

Discriminatie als strafbeïnvloedende omstandigheid bij strafbare feiten

Discriminatie als strafbeïnvloedende omstandigheid bij strafbare feiten

Een rechtsvergelijkende studie

J.M. ten Voorde
S.V. Hellemons
P.M. Schuyt

In opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC), Ministerie van Justitie en Veiligheid.

Opmaak binnenwerk: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© WODC, tenzij anders aangegeven. Auteursrechten voorbehouden. Voor deze publicatie is licentie verleend aan de Universiteit Leiden/Instituut voor Strafrecht & Criminologie.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische vervoelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Inhoudsopgave

DANKWOORD	XI
1 INLEIDING	1
1.1 Aanleiding voor het onderzoek	1
1.2 Onderzoeksvragen	2
1.2.1 Inleiding	2
1.2.2 De onderzoeksvraag en deelvragen	4
1.3 Landkeuze	6
1.4 Onderzoeksmethoden	7
1.5 Terminologie	9
1.6 Leeswijzer	10
2 INTERNATIONAAL KADER	13
2.1 Inleiding	13
2.2 Het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie	14
2.3 De Raad van Europa	17
2.3.1 Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden	17
2.3.2 Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens	18
2.3.3 De European Commission against Racism and Intolerance	19
2.4 Het Kaderbesluit betreffende de bestrijding van vreemdelingenhaat en racisme	21
2.5 Uitleiding	23
3 FRANKRIJK	25
3.1 Inleiding	25
3.2 Het Franse straffoetmingsrecht in vogelvlucht	26
3.2.1 Enkele kenmerken van het sanctiestelsel	26
3.2.2 Straffbeïnvloedende omstandigheden in de Code Pénal	28
3.2.3 Straffoetmting door de rechter	30
3.2.4 Procesrechtelijke aspecten	32
3.3 De wettelijke regeling voor het betrekken van het discriminatoire aspect bij de straffoetmting	34
3.3.1 Achtergrond	34

3.3.2	Discriminatoire motieven als specifieke verzwarende omstandigheid (2003-2017)	35
3.3.3	Discriminatoire motieven als algemene verzwarende omstandigheid (2017-heden)	39
3.4	De toepassing van de verzwarende omstandigheid in de (rechts)praktijk	44
3.4.1	Inleidende opmerkingen	44
3.4.2	Enkele cijfers over strafbare feiten met een discriminatoir kenmerk	45
3.4.3	Strafvorderlijk beleid	46
3.5	Knelpunten in wetgeving en (rechts)praktijk	48
3.6	Tussenconclusie	52
4	BELGIË	55
4.1	Inleiding	55
4.2	Het Belgische straffoemetingsrecht in vogelvlucht	56
4.2.1	Enkele kenmerken van het sanctiestelsel	56
4.2.2	Strafbeïnvloedende omstandigheden in het Strafwetboek	60
4.2.3	Straffoemeting door de rechter	62
4.2.4	Procesrechtelijke aspecten	64
4.3	De wettelijke regeling voor het betrekken van het discriminatoire aspect bij de straffoemeting	66
4.3.1	Achtergrond	66
4.3.2	Vormgeving van de verzwarende omstandigheid	68
4.3.3	De verzwarende omstandigheid is een strafverhogende omstandigheid	70
4.3.4	Het bewijzen van de verzwarende omstandigheid als 'loodzware opdracht'	71
4.4	De toepassing van de verzwarende omstandigheid in de (rechts)praktijk	74
4.4.1	Inleidende opmerkingen	74
4.4.2	Enkele cijfers over strafbare feiten gepleegd onder verzwarende omstandigheden	74
4.4.3	Strafvorderlijk beleid	75
4.4.4	De discriminerende drijfveer in correctionele rechtspraak: vonnissen uit 2019	78
4.5	Knelpunten in wetgeving en (rechts)praktijk	81
4.6	Tussenconclusie	86
5	ITALIË	91
5.1	Inleiding	91
5.2	Het Italiaanse straffoemetingsrecht in vogelvlucht	92
5.2.1	Enkele kenmerken van het sanctiestelsel	92
5.2.2	Strafbeïnvloedende omstandigheden in de Codice Penale	94
5.2.3	Toepassing van strafbeïnvloedende omstandigheden	98

5.2.4	Straftoemeting door de rechter	101
5.2.5	Procesrechtelijke aspecten	103
5.3	De wettelijke regeling voor het betrekken van het discriminatoire aspect bij de straftoemeting	105
5.3.1	Achtergrond	105
5.3.2	Vormgeving van de verzwarende omstandigheid	107
5.4	De toepassing van de verzwarende omstandigheid in de (rechts)praktijk	112
5.4.1	Inleidende opmerkingen	112
5.4.2	Enkele cijfers over strafbare feiten gepleegd onder verzwarende omstandigheden	113
5.4.3	Strafvorderlijk beleid	115
5.4.4	Het discriminatoire motief in de rechtspraak	117
5.5	Knelpunten in wetgeving en (rechts)praktijk	119
5.6	Tussenconclusie	120
6	DUITSLAND	123
6.1	Inleiding	123
6.2	Het Duitse straftoemetingsrecht in vogelvlucht	125
6.2.1	Enkele kenmerken van het sanctiestelsel	125
6.2.2	Strafbeïnvloedende omstandigheden in het Strafgesetzbuch	127
6.2.3	Straftoemeting door de rechter	128
6.2.4	Procesrechtelijke aspecten	135
6.3	De wettelijke regeling voor het betrekken van het discriminatoire aspect bij de straftoemeting	138
6.3.1	Achtergrond	138
6.3.2	Vormgeving van de strafbeïnvloedende omstandigheid	139
6.3.3	De wettekst nader toegelicht	141
6.4	De toepassing van de verzwarende omstandigheid in de (rechts)praktijk	146
6.4.1	Inleidende opmerkingen	146
6.4.2	Enkele cijfers over strafbare feiten gepleegd met mensminachtend motief	148
6.4.3	Strafvorderlijk beleid	152
6.4.4	Het mensminachtende motief in de rechtspraak	154
6.5	Knelpunten in wetgeving en (rechts)praktijk	156
6.6	Tussenconclusie	159
7	IERLAND	163
7.1	Inleiding	163
7.2	Het Ierse straftoemetingsrecht in vogelvlucht	164
7.2.1	Enkele kenmerken van het Ierse sanctiestelsel	164
7.2.2	Strafbeïnvloedende omstandigheden in het Ierse strafrecht	168
7.2.3	Straftoemeting door de rechter	169
7.2.4	Procesrechtelijke aspecten	170

7.3	Het betrekken van het discriminatoire aspect bij de straftoemeting	171
7.3.1	Achtergrond	171
7.3.2	Discriminatie en straftoemeting	173
7.4	De toepassing van de verzwarende omstandigheid in de (rechts)praktijk	175
7.4.1	Inleidende opmerkingen	175
7.4.2	Enkele cijfers over strafbare feiten waarbij discriminatie een rol speelde	176
7.4.3	Van politie tot straftoemeting	177
7.4.4	Strafbare feiten en discriminatie	181
7.5	Knelpunten in wetgeving en (rechts)praktijk	182
7.6	Tussenconclusie	186
8	BEVINDINGEN	189
8.1	Inleiding	189
8.2	Het discriminatoire aspect in wet en/of regelgeving	190
8.2.1	Als er sprake is van een wettelijke regeling, hoe wordt het discriminatoire aspect dan in die wettelijke regeling benoemd?	191
8.2.2	Als er sprake is van een wettelijke regeling, in hoeverre geldt het discriminatoire aspect dan als strafverhogende omstandigheid?	192
8.2.3	Als er sprake is van een wettelijke regeling, geldt het discriminatoire aspect dan voor alle strafbare feiten?	193
8.2.4	Als er geen sprake is van een wettelijke regeling, hoe wordt het discriminatoire aspect dan op andere wijze bij het bepalen van de straf betrokken, wordt dit aan de rechter overgelaten en zo ja, is er sprake van rechterlijk beleid?	194
8.2.5	In hoeverre moet een discriminatoir aspect bij de straftoemeting worden betrokken? Is het betrekken ervan verplicht, of geldt er een discretionaire ruimte?	195
8.2.6	Indien een discriminatoir aspect bij de straftoemeting wordt betrokken, welke bewijsstandaard dient de rechter dan te hanteren?	196
8.3	Het discriminatoire aspect in de (rechts)praktijk	197
8.3.1	Wordt gebruik gemaakt van de wettelijke regeling (of het beleid)?	197
8.3.2	Welke voordelen worden gesignaleerd? Zijn dat de voordelen die ook door de wetgever (of beleidsmaker) werden gesignaleerd?	199
8.3.3	Welke nadelen of knelpunten worden gesignaleerd? Hoe beïnvloeden die de werking van de regeling in de (rechts)praktijk?	199
8.4	Thematische bespreking van de bevindingen	200
8.4.1	Hoe wordt het discriminatoire aspect omschreven (inhoudsbepaling)?	201
8.4.2	Wat is het toepassingsbereik (welke delicten)?	202

8.4.3	Wat is de werking van het discriminatoire aspect (rechtsgevolg)?	202
8.4.4	Welke bewijsstandaard wordt gehanteerd?	202
8.5	Conclusie	203
SAMENVATTING		207
SUMMARY		215
LITERATUURLIJST		223
WET- EN REGELGEVING EN PARLEMENTAIRE STUKKEN		231
BIJLAGE 1: SAMENSTELLING BEGELEIDINGSCOMMISSIE		239
BIJLAGE 2: VRAGENLIJST		241

Dankwoord

In opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum (WODC) verichtten wij in de periode van januari tot en met september 2020 rechtsvergelijkend onderzoek naar discriminatie als strafbeïnvloedende omstandigheid. De coronapandemie leidde ertoe dat het onderzoek deels op een andere wijze is uitgevoerd dan wij ons hadden voorgesteld.

Op deze plaats bedanken wij graag enkele personen en instanties voor de ondersteuning die zij ons tijdens het onderzoek hebben geboden. Dat geldt op de eerste plaats voor de leden van de begeleidingscommissie die ons met raad en daad terzijde stonden. Grote dank gaat tevens uit naar onze collega Adriano Martuffi, universitair docent straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden, voor zijn inhoudelijke commentaren op het landenrapport over Italië en zijn inspanningen om feitelijke informatie over de Italiaanse (rechts)praktijk boven tafel te krijgen.

Verder spreken wij onze dank uit aan enkele nationale mensenrechtenorganisaties die antwoord gaven op de vragen die wij hen stelden. Dit zijn het Belgische *Unia*, de Franse *Commission nationale consultative des droits de l'homme* en het Italiaanse *Ufficio Nazionale Antidiscriminazione Razziali*.

J.M. ten Voorde
S.V. Hellemons
P.M. Schuyt

1 | Inleiding

1.1 AANLEIDING VOOR HET ONDERZOEK

Op 25 april 2018 stelden de Tweede Kamerleden Segers en Buitenweg vragen aan de Minister van Justitie en Veiligheid over het al dan niet in de wet opnemen van strafverzwarende omstandigheden bij geweld met een racistisch, antisemitisch of homofoob oogmerk. De Kamerleden stelden zes vragen, waaronder de (zesde) vraag of de minister bereid is met een voorstel te komen om 'discriminatoire motieven' aan te merken als 'strafverzwarende omstandigheid' die moeten kunnen leiden 'tot een verhoging van de straf'.¹ Wat de aanleiding voor deze vragen was, maken de Kamerleden niet duidelijk. Wie de berichtgeving van april 2018 erop naslaat, ziet dat rond die tijd verschillende gegevens over gevallen van discriminatie bekend werden. Zo werd een toename gesignaleerd van het aantal geweldsincidenten waar discriminatie een rol speelt. Er was volgens een verslag van het Openbaar Ministerie zelfs sprake van een 'aanzienlijke stijging' van dergelijke feiten.²

In antwoord op de door Segers en Buitenweg gestelde vragen stelde de minister onder andere 'dat het van belang is dat een discriminatie-aspect meegewogen wordt bij de straftoemeting en dat een duidelijk signaal wordt afgegeven aan daders en samenleving dat dergelijk gedrag niet geaccepteerd wordt. Het strafrecht heeft ook een normerende rol.' Om die reden besloot de minister 'opnieuw te bekijken' hoe aan die normerende rol invulling kan worden gegeven.³ In een tegelijkertijd met de beantwoording van deze Kamervragen verstuurd brief aan de Tweede Kamer gaat de minister wat dieper in op de aanpak van discriminatie. Discriminatie raakt volgens hem niet alleen individuele personen, maar werkt ook ontwrichtend voor de maatschappij. Discriminatie moet dan ook breed worden aangepakt. Daarbij is een rol voor het strafrecht weggelegd. De minister verwijst daarbij in de eerste plaats op de strafbaarstellingen van discriminatie, aanzetten tot discriminatie en verspreiding van discriminatoire geschriften alsmede op discriminatie die in ambt, beroep of bedrijf wordt begaan (artikel 137c en volgende Sr en artikel 429quater Sr) en de belangen die met deze strafbaarstellingen worden beschermd: de openbare

1 *Aanhangsel van de Handelingen II* 2017/18, nr. 2115.

2 Openbaar Ministerie 2018, p. 27.

3 *Aanhangsel van de Handelingen II* 2017/18, nr. 2481.

orde, het ‘onbelemmerd maatschappelijk functioneren van groepen’ en ‘individuele personen’.⁴

De minister besteedt in de brief ook aandacht aan strafbare feiten die met een discriminatoir motief worden begaan en gaat in op het ter zake ontwikkelde beleid van het Openbaar Ministerie.⁵ De minister hecht er belang aan dat in strafzaken aandacht wordt geschonken aan het discriminatoire motief. Wanneer misdrijven als vernieling of mishandeling worden begaan met een ‘discriminatoir motief raakt het (...) aan belangrijke uitgangspunten van de (pluriforme) samenleving zoals aanspraken van burgers op gelijkheid en het zijn van volwaardig burger. Van het uitdrukkelijk betrekken van een discriminatoir motief, ook bij commune delicten, gaat het signaal uit dat dergelijk gedrag niet wordt getolereerd.’⁶ De minister vervolgt zijn brief met de opmerking dat ‘het introduceren van een discriminatoir oogmerk als een wettelijke strafverzwarringsgrond’ een ‘mogelijke aanvulling op het bestaande beleid vormt’. De minister geeft daarvoor een aantal argumenten waaronder een signaalwerking richting de samenleving en richting het Openbaar Ministerie en de rechter die zich ‘meer rekenschap’ kunnen geven van het discriminatoire motief en dat ook ‘beter zichtbaar’ kunnen maken.⁷ De minister ziet ook moeilijkheden, met name in het bewijzen van het discriminatoire motief. Het is om die reden dat de minister voorstelt 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. Intussen hebben Buitenweg en Segers het initiatiefwetsvoorstel *hatecrimes* ter consultatie aangeboden.⁸ Het voorstel voorziet in het in het Wetboek van Strafrecht opnemen van een discriminatoir oogmerk als algemene, voor alle delicten geldende, strafverhogende omstandigheid.

1.2 ONDERZOEKSVRAGEN

1.2.1 Inleiding

De aanpak van discriminatie kan niet als een puur nationale aangelegenheid worden beschouwd. De internationale aandacht voor de antiracismeprotesten in Amerikaanse steden naar aanleiding van de dood van onder meer Floyd George, alsmede de discussie rondom racisme die zijn gewelddadige dood ook buiten de Verenigde Staten teweegbracht, maken dat eens te meer duide-

4 *Kamerstukken II* 2017/18, 29279 en 30950, nr. 442, p. 2.

5 Zie Aanwijzing discriminatie 2018A009, *Stcrt.* 2018, 68988.

6 *Kamerstukken II* 2017/18, 29279 en 30950, nr. 442, p. 2.

7 *Kamerstukken II* 2017/18, 29279 en 30950, nr. 442, p. 3.

8 Te vinden op www.internetconsultatie.nl/hatecrimes (laatst bekeken op 11 september 2020).

lijk. Wat nu in de publieke opinie doordringt, was in het juridische domein echter al enige decennia bekend: de aanpak van discriminatie is een zaak van bovennationaal belang. Dat blijkt op het niveau van de Verenigde Naties, de Raad van Europa en de Europese Unie. Binnen elk van deze organisaties zijn regelingen en mechanismen tot stand gebracht die de daadwerkelijke aanpak van discriminatie tot doel hebben en de nationale aanpak ervan monitoren. Diverse organisaties geven staten geregeld adviezen hoe zij het bestrijden van discriminatie kunnen verbeteren. Daarbij wordt niet geschroomd ook aanwijzingen te geven op het terrein van het strafrecht. De mogelijkheid daartoe wordt geboden doordat diverse bepalingen in internationale verdragen en andere vormen van regelgeving de mogelijkheid creëren een discriminatoir motief als strafverzwarende omstandigheid in de nationale wetgeving te incorporeren. Het belang daarvan wordt door diverse monitoringsinstellingen benadrukt, zoals in hoofdstuk 2 zal blijken.

Onder andere het EU-Kaderbesluit tegen discriminatie biedt de lidstaten van de Europese Unie de mogelijkheid om een discriminatoir motief als strafverzwarende omstandigheid in nationale wetgeving op te nemen.⁹ De Europese Commissie onderzocht onder meer of en zo ja, op welke wijze de lidstaten een dergelijk motief in hun strafwetgeving hebben opgenomen. In haar rapport uit 2014 constateert de Commissie dat de lidstaten die mogelijkheid op uiteenlopende wijzen in hun recht hebben geïmplementeerd. Ze onderscheidt er vier:

1. bij wet wordt bepaald dat racistische en xenofobe motieven met betrekking tot *alle* misdrijven als een strafverzwarende omstandigheid gelden;
2. bij wet wordt bepaald dat racistische en xenofobe motieven met betrekking tot *bepaalde* misdrijven als een strafverzwarende omstandigheid gelden;
3. racistische en xenofobe motieven moeten door de strafrechter bij het bepalen van de straf in overweging worden genomen, blijkens:
 - een specifieke wettelijke regeling;
 - andere strafbeïnvloedende motieven;
4. racistische en xenofobe motieven moeten bij het bepalen van de straf in overweging worden genomen, blijkens:
 - rechtspraak;
 - ‘officiële richtsnoeren’.¹⁰

In haar rapport noemt de Commissie bij elk van de vier verschijningsvormen van het discriminatoire motief één of meer landen. Op basis van het destijds geldende recht wordt Italië genoemd bij 1), België en Frankrijk bij 2) en Duitsland bij 3). Ierland en Nederland worden bij 4) genoemd. Elk van de verschij-

9 Artikel 4 van het Kaderbesluit 2008/913/JBZ Van de Raad van 28 november 2008 betreffende de bestrijding van bepaalde vormen en uitingen van racisme en vreemdelingenhaat door middel van het strafrecht, *PbEU* L328/55.

10 COM(2014) 27 final, p. 7-8.

ningsvormen roept diverse vragen op: hoe is in de wet het discriminatoire motief tot uitdrukking gebracht, is er altijd sprake van een discriminatoir *motief*, moet de rechter altijd rekening houden met het discriminatoire motief, hoe verhoudt dat zich tot het straftoematingsstelsel in een land, welke bewijsstandaard geldt voor het aantonen van een discriminatoir motief en wat betekent 'strafverzwarende omstandigheid': verzwaring van de straf binnen het op het feit geldende strafmaximum of verhoging van het voor het feit geldende strafmaximum (of -minimum)? Ook kunnen vragen worden gesteld bij de keuze van een bepaald stelsel: waarom koos het ene land er bijvoorbeeld voor het motief op alle strafbare feiten van toepassing te verklaren en het andere land voor een selectie van strafbare feiten? Tevens is de vraag waarom sommige staten kennelijk niet kozen voor een wettelijk stelsel. Lag daaraan een bewuste keuze ten grondslag, zo ja, hoe luidde die keuze en hoe wordt het ontbreken van een wettelijke regeling in het land gewaardeerd? Het overzicht van de Commissie roept al met al aanvullende vragen op.

De uiteenlopende wijzen waarop een discriminatoir motief op grond van het EU-Kaderbesluit in het strafrecht een plaats kan krijgen, maakt het voor de Nederlandse wetgever niet eenvoudig de vraag te beantwoorden of kan worden vastgehouden aan het geldend recht, erop neerkomend dat het Openbaar Ministerie in zijn strafeis uitdrukking kan geven aan de omstandigheid dat een strafbaar feit met discriminatie als motief of aanleiding is begaan, of dat tot een andere aanpak moet worden besloten en zo ja, welke. Tegelijkertijd kan inzicht in deze diversiteit aan manieren om met discriminatie in de straftoemeting rekening te houden argumenten opleveren die de Nederlandse wetgever kunnen begeleiden bij het maken van een keuze voor het al dan niet opnemen van een wettelijke regeling in het Wetboek van Strafrecht. Dit onderzoek is er dan ook op gericht in kaart te brengen hoe op uiteenlopende wijzen door een aantal lidstaten van de Europese Unie rekening wordt gehouden met een discriminatoir motief, alsmede de voor- en nadelen daarvan in de (rechts)praktijk te beschrijven.

1.2.2 De onderzoeksvraag en deelvragen

De onderzoeksvraag die in dit onderzoek wordt beantwoord luidt:

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 beperkt het onderzoek tot lidstaten van de Europese Unie. Dat houdt ermee verband dat deze staten, net als Nederland, in ieder geval aan het EU-Kaderbesluit zijn gebonden, naast diverse andere internationale verdragen, regelgeving en controlemechanismen, onder andere vanuit de Raad

van Europa en de Verenigde Naties. Dit zorgt ervoor dat het internationale kader tussen de onderzochte landen gelijk is, ook al hebben landen een zekere vrijheid dat kader naar hun eigen hand te zetten. Het onderzoek strekt zich nadrukkelijk niet uit tot Nederland. De wijze waarop in de (rechts)praktijk alhier wordt omgegaan met een discriminatoir motief, is elders beschreven.¹¹ In de formulering van de onderzoeksvraag is gekozen voor de term 'strafbeïnvloedende omstandigheid'. We zullen in het verloop van dit onderzoek zien dat discriminatie op uiteenlopende manieren de straftoemeting kan beïnvloeden. Veelal is sprake van een strafverzwarende omstandigheid, maar zouden we die term gebruiken, dan veronderstelt dat een zekere gelijkheid tussen de landen. We zullen zien dat die gelijkheid hoogst betrekkelijk is. Door gebruik te maken van de term strafbeïnvloedende omstandigheid kan de diversiteit tussen landen beter zichtbaar worden gemaakt. Tot slot beperkt de onderzoeksvraag zich niet tot een uiteenzetting van het geldend recht. Het onderzoek is er ook op gericht inzichtelijk te maken hoe het geldend recht in de (rechts)praktijk wordt gebruikt en welke voor- en nadelen in het gebruik daarvan in de onderzochte landen worden gesignaleerd. 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?*

11 Zie Kruize en Gruter 2020.

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?*

De deelvragen maken duidelijk dat het onderzoek juridisch-dogmatisch van aard is en dat daarnaast wordt gekeken naar de concrete toepassing van discriminatie als strafbeïnvloedende omstandigheid in de (rechts)praktijk van de te onderzoeken landen.

Het juridisch-dogmatische onderzoek helpt inzicht te verkrijgen in de betekenis van juridische begrippen, de plaats daarvan binnen de ontwikkeling en structuur van het recht en het belang ervan ten opzichte van andere, al dan niet verwante, begrippen en thema's. In dit onderzoek gaat het er om te bezien of in de te onderzoeken landen wetgeving bestaat die discriminatie als strafbeïnvloedende omstandigheid kent, hoe een en ander in de wet is vormgegeven (als motief of (ook) op andere wijze, met welke discriminatiegronden, enzovoorts?), op welke delicten zij betrekking heeft, waarom voor een bepaalde vormgeving in de wet is gekozen, of waarom niet voor een wettelijke regeling is gekozen, hoe de rechter in zijn uitspraken de betreffende bepalingen interpreteert, welke vrijheid de rechter heeft om rekening te houden met een discriminatoir aspect en welke in wet of rechtspraak ontwikkelde standaarden hij dient te gebruiken bij het beantwoorden van de vraag of sprake was van discriminatie tijdens het begaan van het strafbare feit. Ook de plaats van de wettelijke regeling (of waarom daarvoor niet is gekozen) binnen de ontwikkeling en structuur van het recht maakt deel uit van het onderzoek.

Het tweede deel van het onderzoek zoekt antwoord op de vraag of een discriminatoir aspect (of motief) in de (rechts)praktijk wordt gesignaleerd, of dat ook rechtspraak bereikt en hoe de rechtspraak vervolgens ermee omgaat. Ook worden voordelen en knelpunten in de bestaande wettelijke regeling en het gebruik daarvan beschreven. Tevens wordt ingegaan op eventuele oplossingen voor de gesignaleerde knelpunten, in bijvoorbeeld de vorm van wetswijziging of het introduceren van nieuwe wetgeving en beleid.

1.3 LANDKEUZE

Uit het voorgaande blijkt dat vijf landen ten behoeve van dit onderzoek zijn onderzocht. Het gaat om: België, Duitsland, Frankrijk, Ierland en Italië. De keuze voor deze landen is ingegeven door de volgende overwegingen. Al deze landen waren ten tijde van dit onderzoek lid van de Europese Unie en aangesloten bij andere relevante (mensenrechten)organisaties, waaronder de Raad van Europa en de Verenigde Naties. Dat betekent dat zij aan dezelfde inter-

ationale standaarden moeten voldoen, wat als een gemeenschappelijke basis kan worden beschouwd. Met deze lidstaten zijn alle door de Europese Commissie onderscheiden varianten van het al dan niet (wettelijk) regelen van de invloed van discriminatie op de straftoemeting gedekt, zodat maximale diversiteit wordt gegarandeerd. De wet- en regelgeving in deze landen is beschikbaar in een taal die de onderzoekers ofwel zelf beheersen, of waarvan 'native speakers' werkzaam zijn binnen de afdeling Straf- en strafprocesrecht van de Universiteit Leiden waar de onderzoekers werkzaam zijn en die de onderzoekers ondersteunden bij het onderzoek met betrekking tot dat land. Bovendien wordt in de geselecteerde lidstaten op wetenschappelijk niveau onderzoek gedaan naar discriminatievraagstukken, waardoor we in staat waren in contact te treden met wetenschappelijk onderzoekers die we om aanvullende informatie konden vragen.

1.4 ONDERZOEKSMETHODEN

Ten behoeve van het juridisch-dogmatische deel van het onderzoek werd gebruik gemaakt van juridische bronnen: wetgeving, parlementaire stukken en jurisprudentie, aangevuld met wetenschappelijke literatuur. De juridische bronnen werden op uiteenlopende manieren gevonden. In de eerste plaats geldt dat wetgeving veelal digitaal beschikbaar is op de website van de centrale overheid van de onderzochte landen. Dat geldt ook voor parlementaire stukken die op de websites van de respectievelijke (nationale) parlementen werd aangetroffen. Jurisprudentie van de hogere gerechten in een land blijkt over het algemeen eveneens goed beschikbaar; dat geldt in mindere mate voor uitspraken van lagere gerechten. Daarop komen we hieronder nog terug. Wetenschappelijke literatuur bleek ten dele voorhanden in de juridische bibliotheek van de Universiteit Leiden. De meeste relevante literatuur werd evenwel gevonden in de bibliotheek van *het Max Planck Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht* (het voormalige *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*). Daarnaast werd literatuur beschikbaar gesteld door enkele buitenlandse collega's en kon gebruik worden gemaakt van Belgische en Franse digitale bronnen die met hulp van bekenden van de onderzoekers toegankelijk werden gemaakt.

De onderzoekers hadden bij de vormgeving van het onderzoek naar de (rechts)praktijk het plan opgevat om een vragenlijst te zenden naar diverse mensenrechtenorganisaties in de onderzochte landen om op die manier inzicht te krijgen in het gebruik van het discriminatoire aspect in de (rechts)praktijk. De vragenlijst werd opgesteld (zie bijlage II) en is naar verschillende mensenrechtenorganisaties verzonden. Het verzoek om de vragenlijst in te vullen werd door twee organisaties positief beantwoord. Eén daarvan (de Belgische organisatie Unia) stuurde een ingevulde vragenlijst retour, van de andere organisatie

(de Franse *Commission nationale consultative des droits de l'homme*) ontvingen we na een aanvankelijk positief antwoord en ondanks herhaald verzoek geen reactie. Twee Duitse organisaties gaven een negatief antwoord op ons verzoek: de ene omdat zij de gevraagde informatie niet kon verschaffen, de andere vanwege de coronacrisis die op dat moment in alle hevigheid was losgebarsten en die hen belette medewerking te verlenen. Niet ondenkbaar is dat ook de Franse organisatie om die reden niet meer aan ons verzoek kon voldoen. Van de Ierse organisaties waaraan de vragenlijst was verzonden, ontvingen we – ondanks herhaald verzoek – geen reactie. Door tussenkomst van dr. A. Martufi, universitair docent straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden, ontvingen wij antwoorden van het Italiaanse antiracisme bureau (*Ufficio Nazionale Antidiscriminazione Razziali* (UNAR)). Martufi las ook teksten mee en voorzag ons van relevante informatie. De onderzoekers kregen ook hulp van enkele buitenlandse wetenschappers die bereid waren om per email aanvullende vragen te beantwoorden.

Doordat, vermoedelijk in het bijzonder vanwege de coronacrisis, de verschillende mensenrechtenorganisaties ons niet van dienst konden zijn, hebben wij zelf de benodigde informatie proberen te vergaren. Daarvoor maakten we allereerst gebruik van het feit dat de Europese Commissie tegen Racisme en Intolerantie (European Commission against Racism and Intolerance, afgekort ECRI) de lidstaten van de Raad van Europa geregeld monitort en verslag uitbrengt over de antidiscriminatiewetgeving en -beleid en van de daadwerkelijke bestrijding daarvan door deze lidstaten. Ten behoeve van dit onderzoek maakten we in meer of mindere mate gebruik van de rapporten die onlangs over de in dit onderzoek onderzochte landen verschenen. ECRI rapporteert namelijk ook over de strafrechtelijke antidiscriminatiewetgeving en de toepassing ervan in de verschillende lidstaten. Wat ons daarnaast in het bijzonder hielp is dat de verschillende organisaties die wij de vragenlijst hadden gezonden jaarrapporten publiceren op hun website waarin veel relevante informatie is opgenomen. Op die manier kregen we bijvoorbeeld een goed beeld van de toepassing van het discriminatoire aspect in de Franse strafrechtspleging. In het geval van Ierland kon gebruik worden gemaakt van rapporten van diverse NGO's (non-gouvernementele organisaties) en van een tamelijk recent verschenen wetenschappelijk onderzoek waarin de door ons gestelde vragen reeds in belangrijke mate waren beantwoord. Ook over de situatie in Duitsland vonden we verschillende recente rapporten en documenten. Minder eenvoudig bleek het inzage krijgen in de rechtspraak van lagere gerechten. Een en ander houdt ermee verband dat deze betrekkelijk weinig lijken te worden gepubliceerd (op openbaar toegankelijke websites). Met uitzondering van België kon niet veel relevante feitenrechtspraak worden achterhaald. Hoewel ook de onderzoekers zich door de coronacrisis beperkt zagen in hun mogelijkheden, kon niettemin die informatie worden gevonden die nodig was om de gestelde vragen te beantwoorden.

1.5 TERMINOLOGIE

Tot nu toe maakten we telkens gebruik van de term discriminatie. Die overkoepelende term gebruiken we om elke vorm van ongerechtvaardigd onderscheid van (groepen) mensen op basis van een bepaald kenmerk te omschrijven. De term wordt ook in de door ons onderzochte landen gebruikt en is een internationaal gekende term. Ook in het vervolg van dit onderzoek blijven we van deze term gebruik maken. Dat neemt niet weg dat waar het gaat om discriminatie als strafbeïnvloedende omstandigheid in de door ons onderzochte landen ook andere termen worden gebruikt en het zelfs zo is dat de wet in veel landen de term discriminatie ontbeert. Zo wordt in de wet veelal verwezen naar bepaalde kenmerken, bijvoorbeeld racisme en vreemdelingenhaat. We hebben er daarom voor gekozen ook gebruik te maken van de term 'discriminatorisch aspect', onder meer in de formulering van verschillende deelvragen. Door gebruik te maken van de term discriminatie en discriminatorisch aspect is het mogelijk om tot een meer algemene vergelijking van de onderscheidende landen te komen, waarbij tevens ruimte is om te tonen welke kenmerken wel en welke niet als strafbeïnvloedende omstandigheid worden erkend.

Strafbare feiten waarbij discriminatie een rol speelt (bijvoorbeeld als motief) worden in sommige van de ten behoeve van dit rapport onderzochte landen haatcriminaliteit (*hate crime*) genoemd. Anders dan de term vermoedt, is zij echter niet beperkt tot criminaliteit waarbij sprake was van haat; met haatcriminaliteit worden alle vormen van criminaliteit bedoeld waarbij discriminatie (bijvoorbeeld in de vorm van haat) een rol speelt. Haatcriminaliteit ontbeert voor het overige een algemene betekenis. Voor zover in dit rapport gebruik wordt gemaakt van deze term, volgen we de betekenis die daaraan in het betreffende land wordt gegeven.

In paragraaf 1.2.2 merkten we reeds op in de onderzoeksvraag gebruik te maken van de term strafbeïnvloedende omstandigheid en niet van discriminatorisch motief, omdat de term de mogelijkheid biedt om de diversiteit van rechtsgevolgen (anders gezegd: bestrafing) van de aanwezigheid van discriminatie bij het begaan van een strafbaar feit te kunnen omvatten. Landen hebben ervoor gekozen om discriminatie op verschillende manieren als strafbeïnvloedende omstandigheid in het strafrecht te betrekken. Daarbij wordt veelal aangesloten bij de in dat land reeds bekende terminologie. In de landenrapporten wordt, hoewel telkens vertaald naar het Nederlands, de in het land gehanteerde terminologie overgenomen.

Discriminatie heeft betrekking op een persoon of (een groep van) personen en is ingegeven door een bepaalde negatieve opvatting (bijvoorbeeld haat) van een bepaald kenmerk dat die persoon of (groep van) personen bezit of zou bezitten. Ras en de status van vreemdeling, zijn daarvan een voorbeeld, maar ook seksuele gerichtheid, seksuele of genderidentiteit, handicap, geloofs-overtuiging, nationaliteit en dergelijke zijn kenmerken op basis waarvan

discriminatie plaatsvindt. De termen kunnen in internationale regelgeving worden gevonden; niet alleen het EU-Kaderbesluit, maar ook het Internationaal verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie heeft landen de inspiratie gegeven welke kenmerken op te nemen in de strafbeïnvloedende omstandigheid. Die internationale herkomst neemt niet weg dat landen vaak een eigen invulling geven van deze kenmerken en in de (rechts)praktijk aan het ene kenmerk meer aandacht schenken dan aan het andere kenmerk. Wij hebben er om die reden voor gekozen de kenmerken niet te definiëren of het belang de discriminatie ervan te bestrijden aan de hand van internationale regelgeving te onderbouwen maar uit te gaan van de nationale omschrijvingen en omgang met deze kenmerken. Op die manier kan zichtbaar worden gemaakt hoe in de landen wordt omgaan met de strafbeïnvloedende omstandigheid.

1.6 LEESWIJZER

Dit rapport bestaat, naast een inleiding, uit acht hoofdstukken. In hoofdstuk 2 schetsen we het relevante internationale kader met betrekking tot het opnemen van discriminatie als strafbeïnvloedende omstandigheid. Aan de orde komen het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie alsmede enkele relevante monitoringsmechanismen, de regelgeving die in het kader van de Raad van Europa is ontwikkeld en jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het EU-Kaderbesluit. Doel van dit hoofdstuk is een korte schets te geven van de (internationale) omgeving en visies van internationale organisaties op het al of niet opnemen van discriminatie als strafbeïnvloedende omstandigheid. Juist omdat een aantal van de door ons onderzochte landen zich hierop heeft laten inspireren bij het vormgeven van eigen regelgeving, lijkt het goed het internationale kader voor het voetlicht te brengen, ook al zijn de onderzoeksvragen hier niet op gericht. Het schetsen van het internationale kader biedt ook de mogelijkheid om enkele instanties te introduceren die bijvoorbeeld het naleven van verdragen ten doel heeft en naar wiens landenrapporten wij in dit rapport verwijzen.

Hoofdstuk 3 tot en met 7 zijn de landenrapporten. Achtereenvolgens komen aan bod Frankrijk, België, Italië, Duitsland en Ierland. Deze volgorde hangt samen met de wijze waarop het discriminatoire aspect al dan niet in wetgeving tot uitdrukking wordt gebracht. Met Frankrijk wordt begonnen omdat het Belgische en Italiaanse recht daaraan in meer of mindere mate schatplichtig zijn. Elk van de hoofdstukken is identiek opgebouwd. Begonnen wordt met een algemene schets van het straftoemetingsrecht van de verschillende landen. Vervolgens wordt het zoeklicht gericht op discriminatie als strafbeïnvloedende omstandigheid. Aan bod komen dan de wettekst, de totstandkoming en de betekenis van de verschillende onderdelen van de wettelijke regeling, voor

zover in een wettelijke regeling is voorzien. Het laatste deel van elk hoofdstuk is gericht op een beschrijving van de (rechts)praktijk. Daarin komen ook de knelpunten aan de orde. Indien aanwezig, wordt aan het eind van het hoofdstuk ingegaan op voorstellen tot wijziging van de bestaande wettelijke regeling. De landenrapporten zijn zo opgesteld dat zij zonder de overige delen van het rapport kunnen worden geraadpleegd.

In hoofdstuk 8 geven we antwoord op de gestelde onderzoeksvragen waarbij, op basis van de landenrapporten, steeds verder wordt uitgezoomd. Allereerst worden de bevindingen van de verschillende landen, per land, in onderling perspectief gepresenteerd. Daarna geven we een dwarsdoorsnede van de bevindingen aan de hand van een aantal thematische vragen. Het onderzoek wordt afgesloten met een algemene conclusie, op basis van de bevindingen over het discriminatoire aspect in wet en/of regelgeving en in de (rechts)praktijk.

Aan het rapport zijn twee bijlagen gehecht. De eerste geeft de samenstelling van de begeleidingscommissie weer die ons gedurende het onderzoek met raad en daad terzijde heeft gestaan, de tweede bijlage is de vragenlijst die wij verstuurd naar verschillende mensenrechtenorganisaties in de onderzochte landen.

2 | Internationaal kader

2.1 INLEIDING

De landen die in dit rapport centraal staan – België, Duitsland, Frankrijk, Ierland en Italië – hebben zich gecommitteerd aan de bestrijding van discriminatie. Alle zijn gebonden aan het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie en aan andere internationale verdragen die mede zien op het bestrijden van discriminatie van specifieke groepen (waaronder vrouwen en personen met een beperking). De landen zijn ook lid van de Raad van Europa en om die reden onderworpen aan het controlemechanisme van de Europese commissie tegen racisme en intolerantie. Als lid van de Europese Unie zijn de landen gebonden het Kaderbesluit tegen discriminatie te implementeren. Dat moet sinds 28 november 2010 in het nationale recht zijn geïmplementeerd.¹

Deze internationale regelingen en mechanismen werken door in de in dit rapport onderzochte landen. Het internationale kader maakt zichtbaar dat het hierna voor elk land te bespreken recht en (rechts)praktijk niet een zuiver nationale aangelegenheid is. Tegelijkertijd biedt het internationale kader voldoende ruimte aan verdrags- of lidstaten om een eigen afweging te maken, overeenkomstig de nationale rechtstraditie. Soms wordt bij de rechtsvorming in die landen bij de keuze voor het in de wet opnemen van een strafbeïnvloedende omstandigheid expliciet naar het internationale recht verwezen. In andere gevallen wordt met een beroep op deze regelingen of vanuit de mechanismen gepleit voor aanpassing van wet- en regelgeving. Het is ook vanwege de invloed van deze internationale regelingen en mechanismen dat dit hoofdstuk voorziet in een korte beschrijving daarvan. Achtereenvolgens wordt aandacht besteed aan het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (paragraaf 2.2), aan de Europese commissie tegen racisme en discriminatie en de door deze commissie uitgevaardigde algemene aanbevelingen, alsmede aan enkele andere regelingen en jurisprudentie door organen van de Raad van Europa (paragraaf 2.3) en aan het binnen het verband van de Europese Unie tot stand gekomen Kaderbesluit tegen

1 Artikel 10 lid 1 Kaderbesluit 2008/913/JBZ van de Raad van 28 november 2008 betreffende de bestrijding van bepaalde vormen en uitingen van racisme en vreemdelingenhaat door middel van het strafrecht, *PbEU* L 328/55.

discriminatie (paragraaf 2.4). Zijdelings wordt een aantal andere relevante verdragen en mechanismen besproken, met name op het niveau van de Verenigde Naties (paragraaf 2.2). Ook staan we stil bij rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (paragraaf 2.3).

Het is niet de bedoeling om deze regelingen en mechanismen uitputtend te bespreken. Evenmin wordt hiervan een waardering gegeven. We richten ons enkel op het onderwerp van dit onderzoek: het betrekken van discriminatie als strafbeïnvloedende omstandigheid bij de straftoemeting. Zichtbaar wordt dat in verschillende internationale regelingen, in de uitleg daarvan en in de diverse mechanismen wordt gepleit de omstandigheid dat sprake was van discriminatie te betrekken bij de straftoemeting.

2.2 HET INTERNATIONAAL VERDRAG INZAKE DE UITBANNING VAN ALLE VORMEN VAN RASSENDISCRIMINATIE

Het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (IVRD) of Antiracismeverdrag is een in 1966 binnen de Verenigde Naties tot stand gekomen verdrag dat in veel landen de basis vormt voor de eigen, nationale strafrechtelijke antidiscriminatiewetgeving.² Aan de basis van het Antiracismeverdrag liggen blijkens de preambule bij het verdrag zowel het Handvest van de Verenigde Naties uit 1945 als de Universele verklaring voor de rechten van de mens uit 1948. Daarin staan de inherente waardigheid en gelijkheid van alle mensen voorop³ en wordt tot uitdrukking gebracht dat de rechten van alle mensen overal ter wereld daadwerkelijk worden geëerbiedigd zonder onderscheid naar bijvoorbeeld ras, kleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status (artikel 1 Universele verklaring voor de rechten van de mens). Geweld tegen personen in verband met deze en andere kenmerken wordt van de zijde van de Verenigde Naties scherp afgekeurd.⁴

Het Antiracismeverdrag omschrijft rassendiscriminatie in artikel 1 lid 1 als:

‘elke vorm van onderscheid, uitsluiting, beperking of voorkeur op grond van ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming die ten doel heeft de erkenning, het genot of de uitoefening, op voet van gelijkheid, van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden op politiek, economisch, sociaal of cultureel

² Verdrag van 7 maart 1966, *Trb.* 1966, 237.

³ Handvest van de Verenigde Naties 26 juni 1945, *Trb.* 1979, 37, preambule.

⁴ ‘Governments should do more to support victims of violence’: International Day Commemorating the Victims of Acts of Violence Based on Religion or Belief, 22 August 2020 (te vinden op www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26181&LangID=E, bekeken op 11 september 2020).

gebied, of op andere terreinen van het openbare leven, teniet te doen of aan te tasten, dan wel de tenietdoening of aantasting daarvan ten gevolge heeft’.

Met deze omschrijving wordt beoogd alle vormen van discriminatie van mensen te omvatten, voor zover zij is van raciale aard (*racial nature*).⁵ Tijdens de totstandkoming van het verdrag ontstond over twee gronden discussie, namelijk ras en nationale origine. Van ras werd gesteld dat dit niet bestaat en de term dus niet in het verdrag moest worden opgenomen. Over nationale origine ontstond discussie over de betekenis daarvan. Werden hieronder ook verstaan nationaliteit en burgerschap? Het positieve antwoord op deze vraag leidde ertoe dat aan artikel 1 de leden 2 en 3 werden toegevoegd waarin bepaalde vormen van onderscheid op basis van burgerschap en nationaliteit buiten de reikwijdte van het verdrag werden geplaatst. Een ander punt van discussie betrof de vraag of de bestrijding van discriminatie zich beperkte tot gevallen waarin discriminatie het doel was (subjectieve interpretatie) of de bestrijding ook ziet op discriminatie als effect, ongeacht met welk doel dat effect werd bereikt (objectieve interpretatie). Het antwoord is dat de bestrijding van discriminatie zowel het doel als het effect betreft, waarbij ten aanzien van discriminatie als effect de opstellers van het verdrag van oordeel waren dat er in dat geval niet ook sprake hoeft te zijn van het doel om te discrimineren.⁶ Het verdrag kent dus drie interpretaties van discriminatie: een objectieve, een subjectieve en een gemengd objectief-subjectieve.

Het Antiracismeverdrag heeft een beperkt bereik: discriminatie wegens geslacht, leeftijd, seksuele oriëntatie, genderidentiteit en beperking vallen buiten de tekst van het verdrag. De bescherming tegen discriminatie wegens enkele van deze gronden vinden we onder meer in andere verdragen, waaronder het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, het Verdrag inzake de bescherming van de rechten van het kind en het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap.⁷ Het VN-Vrouwenverdrag ontbeert een bepaling waarin geweld tegen vrouwen expliciet wordt afgekeurd. De centrale bepaling van het verdrag is dat alle vormen van discriminatie tegen vrouwen moeten worden aangepakt (artikel 2). Geweld tegen vrouwen is een uiting van discriminatie van vrouwen en moet bijgevolg worden aangepakt. In een tamelijke recente aanbeveling van het Comité voor de uitbanning van discriminatie tegen vrouwen (Committee on the Elimination of Discrimination against Women) staat dat verdragsstaten alle vormen van gender-gebaseerd geweld tegen vrouwen in alle domeinen strafbaar moeten stellen en moeten bestraffen met sancties die in overeenstemming zijn met

⁵ Lerner 2014, p. 33.

⁶ Lerner 2014, p. 35.

⁷ Respectievelijk Verdrag 18 december 1979, *Trb.* 1981, 61; Verdrag van 20 november 1989, *Trb.* 1990, 46; Verdrag van 13 december 2006, *Trb.* 2007, 169.

de ernst van het feit.⁸ Het Verdrag inzake de bescherming van de rechten van het kind en het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap bepalen expliciet dat kinderen en personen met een handicap moeten worden beschermd door het nemen van ‘passende wetgevende, bestuurlijke, sociale, educatieve en andere maatregelen’ (respectievelijk artikel 19 en 16).⁹

Tot op heden ontbreekt een verdrag inzake de uitbanning van discriminatie wegens seksuele oriëntatie of genderidentiteit. Wel zijn door tientallen leden van de Verenigde Naties (met name afkomstig uit Noord- en Zuid-Amerika en Europa) zogeheten joint statements opgesteld (2006 en 2008). In het tweede joint statement worden de lidstaten van de Verenigde Naties aangespoord om mensenrechtenschendingen op basis van seksuele oriëntatie of genderidentiteit strafrechtelijk te onderzoeken en daders strafrechtelijk aansprakelijk te stellen.¹⁰ Het nemen van wetgevende maatregelen wordt in de *joint statement* niet genoemd maar wordt wel bepleit door de Hoge Commissaris voor de Mensenrechten, M. Bachelet.¹¹

Keren we terug naar het Antiracismeverdrag, dan blijkt artikel 4 de voor dit onderzoek belangrijkste bepaling. Artikel 4, aanhef en onder a, bepaalt dat lidstaten strafbaar moeten stellen:

‘het verspreiden, op welke wijze ook, van denkbare beelden die zijn gegrond op ras-superioriteit of rassenhaat, aanzetting tot rassendiscriminatie, zomede alle daden van geweld of aanzetting daartoe, die zijn gericht tegen een ras of een groep personen van een andere huidskleur of etnische afstamming, alsook het verlenen van steun aan tegen bepaalde rassen gerichte activiteiten, waaronder begrepen de financiering daarvan’.¹²

Artikel 4 draagt de verdragsstaten op om verschillende gedragingen strafbaar te stellen, waaronder alle daden van geweld die zijn gericht tegen een ras of

8 General recommendation No. 35 on gender-based violence against women, updating general recommendation No. 19, CEDAW/C/GC/35, punt 29.

9 Het Comité voor de rechten van personen met een beperking (*Committee on the Rights of Persons with Disabilities*) is met name alert op geweld tegen personen met een handicap, maar eist – vooralsnog – geen bijzondere maatregelen. Zie General comment no. 16 (2018) on equality and non-discrimination, CRPD/C/GC/6, punt 56.

10 <http://arc-international.net/global-advocacy/sogi-statements/2008-joint-statement/> (bekeken op 27 juni 2020).

11 ‘Violence against LGBTI’. LGBTI Core Group event at the UNGA73 Violence against LGBTI Individuals: Extrajudicial, summary or arbitrary executions Statement by UN High Commissioner for Human Rights Michelle Bachelet, New York, 25 September 2018. Te vinden op www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23630&LangID=E (bekeken op 11 september 2020).

12 Vertaling van ‘Shall declare an offence punishable by law all dissemination of ideas based on racial superiority or hatred, incitement to racial discrimination, as well as all acts of violence or incitement to such acts against any race or group of persons of another colour or ethnic origin, and also the provision of any assistance to racist activities, including the financing thereof’.

een groep personen van een andere huidskleur of etnische afstamming. Deze opdracht werd bevestigd door de Commissie voor de uitbanning van rassendiscriminatie (Commission on the Elimination of Racial Discrimination) in een General Recommendation uit 1993.¹³ Uit de algemene aanbevelingen blijkt niet hoe het comité naleving van dit onderdeel van artikel 4 voor zich ziet. In haar meest recente rapport over Nederland beveelt de commissie aan 'in zijn strafwetgeving een racistisch motief als verzwarende omstandigheid bij het bepalen van de straf te introduceren'.¹⁴

2.3 DE RAAD VAN EUROPA

2.3.1 Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden

De Raad van Europa ontbeert een afzonderlijk antiracisme- of antidiscriminatieverdrag. Wel bestaat sinds 2000 een apart protocol bij het EVRM dat discriminatie als onderwerp heeft.¹⁵ Artikel 1 van het Twaalfde Protocol bij het EVRM verbiedt:

'discriminatie op welke grond dan ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status'.

Ook in het EVRM staat een antidiscriminatiebepaling. Artikel 14 EVRM bepaalt dat het genot van de andere in het EVRM vermelde rechten (denk aan het recht op leven, het verbod van foltering of inhumane of vernederende behandeling en het recht op een eerlijk proces, respectievelijk artikel 2, 3 en 6 EVRM) moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook. Artikel 14 EVRM vermeldt bij wijze van voorbeeld geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren

13 General Recommendation XV on article 4 of the Convention (CERD) (1993). In General Recommendation VII relating to the implementation of article 4 (CERD) (1985) werd reeds opgeroepen om artikel 4 in nationale wetgeving om te zetten. De commissie benadrukt strafbaarstelling ook in general recommendations betreffende Roma en niet-burgers, waarmee vluchtelingen worden bedoeld: General Recommendation XXVII on discrimination against Roma (CERD) (2000), punt 12; General Recommendation XXX on discrimination against non-citizens (CERD) (2005), punt 11.

14 Vertaling van '[to] introduce into its criminal legislation racial motivation as an aggravating circumstance in the determination of sanctions for criminal offences'. Concluding observations on the nineteenth to twenty-first periodic reports of the Netherlands, CERD/C/NLD/CO/19-21, paragraaf 10.

15 Protocol nr. 12 bij het Europees Verdrag voor de rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden van 4 november 2000, Trb. 2001, 18.

tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.¹⁶ Andere categorieën die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens erkent zijn onder andere seksuele oriëntatie, huwelijkse staat en financiële status. Om van een categorie als bedoeld in artikel 14 EVRM te spreken, gaat het erom dat zij een persoon of groep van personen onderscheidt van anderen.¹⁷ Artikel 14 EVRM is een afgeleid recht, in die zin dat slechts over discriminatie kan worden geklaagd bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in combinatie met tenminste één van de andere rechten uit dat verdrag. Dat neemt niet weg dat voor het aannemen van een schending van artikel 14 EVRM het niet nodig is dat een ander artikel van het EVRM is geschonden. Staten die verder gaan dan op basis waarvan zij volgens het EVRM zijn verplicht, moeten zich volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ook aan het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM houden. Dit houdt in die gevallen een verruiming in van de reikwijdte van artikel 14 EVRM.¹⁸ In het Twaalfde Protocol ontbreekt een verwijzing naar andere verdragsrechten. Het wordt als een aanvulling op artikel 14 EVRM beschouwd. Tegelijkertijd is het aantal staten dat het protocol heeft geratificeerd beperkt, waardoor het een betrekkelijk geringe rol speelt in de ontwikkeling van het recht op gelijkheid en het verbod van discriminatie.¹⁹

2.3.2 Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft in de zaak *Nachova en anderen versus Bulgarije* racistisch gemotiveerd geweld in scherpe bewoordingen afgekeurd en verlangt in die gevallen van de nationale autoriteiten 'speciale waakzaamheid en een krachtige reactie'.²⁰ Zij moeten alle middelen aanwenden om racisme en racistisch geweld te bestrijden. Het hof erkent dat het vaststellen van een racistisch motief 'bijzonder moeilijk' kan zijn en hanteert voor zijn eigen oordeel van het bewijzen daarvan de maatstaf van 'buiten redelijke twijfel'. Wanneer het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een zaak ter beoordeling voor zich krijgt, beoordeelt het op basis van de feiten die door de nationale autoriteiten zijn vastgesteld of er in het voorliggende geval van racistisch gemotiveerd geweld sprake was. De bewijslast kan worden omgekeerd, wanneer bewijs aanwezig is van een 'cultuur van straffeloosheid' met betrekking tot het onderzoeken van een discriminatoir motief. In die

16 Artikel 14 EVRM en artikel 1 van het Twaalfde Protocol worden geacht identiek te zijn, onder meer voor wat betreft de discriminatiegronden. Zie Explanatory Report to Protocol No. 12, paragraaf 18.

17 Harris, O'Boyle & Warbick 2018, p. 771.

18 Zie Harris, O'Boyle & Warbick 2018, p. 767-768; Jacobs, White & Overy 2017, p. 633-636.

19 Jacobs, Overy & White 2017, p. 659-660.

20 Vertaling van 'special vigilance and a vigorous reaction'. Zie EHRM 6 juli 2005, 43577/98 43579/98, (*Nachova en anderen/Bulgarije*), paragraaf 145.

gevallen is het aan de verdragsstaat om aan te tonen dat het strafbare feit niet door een discriminatoir motief is begaan.

Het hof verlangt van verdragsstaten dat zij onderzoek doen naar het vermoeden dat het strafbare feit met een discriminatoir motief is begaan. Zeker wanneer 'plausibele informatie' voorhanden is, bijvoorbeeld in de vorm van getuigenverklaringen, dat het strafbare feit met een discriminatoir motief is begaan, dient onderzoek naar dat motief plaats te vinden. Het onderzoek moet 'vasthoudend en onpartijdig' zijn, dus ongeacht de (raciale of etnische) achtergrond van het slachtoffer met het oog op het belang om telkens de maatschappelijke veroordeling van racisme en etnische haat te bevestigen en het behoud van het vertrouwen bij minderheden in het vermogen van de nationale autoriteiten om minderheden tegen de dreiging van racistisch geweld te beschermen.²¹

De nationale autoriteiten moeten alle redelijkerwijs denkbare stappen zetten om vast te stellen of sprake was van een discriminatoir motief. De verplichting om onderzoek te doen ontstaat door plausibele feiten in een zaak, die redelijkerwijs de suggestie wekken dat het strafbaar handelen een discriminatoir motief had.²²

2.3.3 De European Commission against Racism and Intolerance

Om aan het belang van de bestrijding van racisme en vreemdelingenhaat concreet gevolg te geven werd in 1993 besloten tot oprichting van de Europese Commissie tegen Racisme en Intolerantie (European Commission against Racism and Intolerance, afgekort ECRI). De commissie stelt algemene beleidsaanbevelingen vast die lidstaten begeleiden bij het vormgeven van antidiscriminatiewetgeving en -beleid en met behulp daarvan het daadwerkelijk bestrijden van discriminatie. Daarbij richt ECRI zich op discriminatie wegens ras, kleur, taal, religie, nationaliteit of nationale of etnische origine.²³ Opvallend afwezig in dit rijtje is discriminatie wegens seksuele oriëntatie en genderidentiteit.²⁴

21 Vertaling van 'having regard to the need to reassert continuously society's condemnation of racism and ethnic hatred and to maintain the confidence of minorities in the ability of the authorities to protect them from the threat of racist violence.' Zie EHRM 6 juli 2005, 43577/98 43579/98, (Nachova en anderen/Bulgarije), paragraaf 157.

22 EHRM 6 juli 2005, 43577/98 43579/98, (Nachova en anderen/Bulgarije), paragraaf 158; EHRM 26 juli 2007, 48254/99 (Cobzaru/Roemenië), paragraaf 97.

23 ECRI General Policy Recommendation no. 7: On national legislation to combat racism and racial discrimination adopted on 13 December 2002 and Amended on 7 December 2017.

24 ECRI noemt 'genderbased discrimination, sexism, homophobia, transphobia' wel in de aanhef van de ECRI General Policy Recommendation no. 15 on combating hate speech, adopted on 8 December 2015.

Ten aanzien hiervan bestaat wel een Resolutie van de Parlementaire Assemblée alsmede een Aanbeveling van de Raad van Ministers over de bestrijding van discriminatie wegens seksuele oriëntatie en genderidentiteit. In de resolutie wordt onder meer opgeroepen ‘om juridische remedies te bieden aan slachtoffers en een einde te maken aan de straffeloosheid van hen die de fundamentele rechten van LHBT-personen schenden, in het bijzonder hun recht op leven en veiligheid’.²⁵ In de aanbeveling wordt het directer geformuleerd. Daarin lezen we namelijk dat bij het bepalen van de sanctie, ‘een discriminatoir motief in verband met seksuele oriëntatie als een strafverzwarende omstandigheid mag worden meegewogen’.²⁶

In het kader van dit onderzoek is een aantal algemene beleidsaanbevelingen het vermelden waard. Al in 1996 beveelt ECRI aan racistische en xenofobe gedragingen streng te bestraffen. Daartoe wordt de lidstaten een aantal opties geboden: creëer naast algemene strafbare feiten ook specifieke strafbare feiten met een racistische of xenofobe aard of maak het mogelijk om racistische of xenofobe motieven van de dader in het bijzonder te betrekken bij het bepalen van de straf.²⁷ Nadien wordt duidelijker wat ECRI voor ogen staat. In Algemene Beleidsaanbeveling nr. 7 lezen we in paragraaf 21: ‘Het recht moet, voor alle strafbare feiten die niet in paragraaf 18 en 19 zijn genoemd, erin voorzien dat een racistisch motief een strafverzwarende omstandigheid is.’²⁸ In paragraaf 18 beveelt ECRI de lidstaten van de Raad van Europa aan het strafbaar stellen van het aanzetten tot geweld, haat of discriminatie, belediging, bedreiging op grond van ras, kleur, taal, religie, nationaliteit of nationale of etnische origine, het publiekelijk uiten van rassuperioriteit, het verspreiden, de productie of opslaan van discriminerende geschriften met het doel deze te verspreiden en het vormen, ondersteunen van of deelnemen aan een groep of leiding geven aan een groep die racisme aanwakkert. In paragraaf 19 wordt de strafbaarstelling van genocide aanbevolen. Paragraaf 21 beveelt dus aan bij andere dan deze delicten een racistisch motief als verzwarende omstandigheid in de wet

25 Vertaling van ‘to provide legal remedies to victims and put an end to impunity for those who violate the fundamental rights of LGBT people, in particular their right to life and security’. Zie Resolution 1728(2010) Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity.

26 Vertaling van ‘a bias motive related to sexual orientation or gender identity may be taken into account as an aggravating circumstance’. Zie Recommendation CM/REC(2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity, paragraaf I.A.2.

27 ECRI General Policy Recommendation No. 1: On combating racism, xenophobia, anti-semitism and intolerance, adopted by ECRI on 4 October 1996.

28 Vertaling van ‘The law should provide that, for all criminal offences not specified in paragraphs 18 and 19, racist motivation constitutes an aggravating circumstance.’ Zie ECRI General Policy Recommendation no. 7: On national legislation to combat racism and racial discrimination adopted on 13 December 2002 and Amended on 7 December 2017, paragraaf 21.

op te nemen. Anders dan het Antiracismeverdrag en anders dan de eerdere aanbeveling wordt hier expliciet gesproken over een racistisch motief.

Onduidelijk blijft wat ECRI bedoelt met verzwarende omstandigheid: betekent dit bijvoorbeeld dat het strafmaximum hoger moet zijn, of kan worden volstaan met een verzwarende omstandigheid zonder dat zij het strafmaximum wijzigt? Een andere vraag is voor welke delicten deze verzwarende omstandigheid zou moeten gelden. Sinds 2004 beschouwt ECRI het racistische motief ('racist motivation') als een verzwarende omstandigheid voor alle strafbare feiten. In die beleidsaanbeveling wordt expliciet vermeld dat antisemitisme zo een racist motivation vormt.²⁹

2.4 HET KADERBESLUIT BETREFFENDE DE BESTRIJDING VAN VREEMDELINGENHAAT EN RACISME

Hoewel binnen het verband van de Europese Unie al vóór het hier te bespreken Kaderbesluit diverse maatregelen tegen racisme en vreemdelingenhaat waren genomen, betrof dit steeds soft law.³⁰ Met andere woorden, de lidstaten waren er niet aan gebonden. Dat is anders ten aanzien van het Kaderbesluit, dat uiterlijk op 28 november 2010 in nationaal recht moest zijn omgezet. Het Kaderbesluit neemt als uitgangspunt dat racisme en vreemdelingenhaat 'door middel van een gemeenschappelijke strafrechtelijke benadering op EU-niveau worden aangepakt, zodat dezelfde gedragingen in alle lidstaten strafbaar zijn en dat er doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties kunnen worden opgelegd aan natuurlijke personen en rechtspersonen die dergelijke strafbare feiten hebben gepleegd of daarvoor aansprakelijk zijn.'³¹ Racisme en vreemdelingenhaat worden beschouwd als schending van de uitgangspunten waarop de Europese Unie is gebaseerd, namelijk 'vrijheid, democratie, eerbiediging van mensenrechten en fundamentele vrijheden en de rechtsstaat'.³² Een aanleiding om tot het vaststellen van een Kaderbesluit te komen, betreft onder andere de wens om tot extra inspanningen te komen ter bestrijding van racisme en vreemdelingenhaat. Een van die extra inspanningen kan zijn het in de strafwetgeving zichtbaar maken dat 'racistische motieven' een rol kunnen spelen 'bij de bepaling van de strafmaat voor gewone delicten als moord, mishandeling of schade aan eigendommen. Sommige lidstaten kennen reeds bepalingen op

29 ECRI General Policy Recommendation No. 9: On the fight against antisemitism adopted on 25 June 2004.

30 Zie bijvoorbeeld Gemeenschappelijk optreden 96/443/JBZ van 15 juli 1996 door de Raad aangenomen op grond van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie ter bestrijding van racisme en vreemdelingenhaat.

31 Voorstel voor een Kaderbesluit van de Raad betreffende de bestrijding van racisme en vreemdelingenhaat, COM(2001)664, p. 2.

32 Voorstel voor een Kaderbesluit van de Raad betreffende de bestrijding van racisme en vreemdelingenhaat, COM(2001)664, p. 2.

dit terrein. Dergelijke bepalingen maken duidelijk dat de EU bereid is dit soort misdrijven te bestrijden. Een allesomvattende en duidelijke wetgeving op dit gebied in alle lidstaten is van belang.³³ Daarbij wordt in het bijzonder genoemd het kunnen prioriteren van het strafrechtelijk onderzoek naar en bewijs vergaren over het racistische of xenofobe motief van het feit. Over het verplichte karakter van het meenemen van een racistisch of xenofob motief of opzet (racist intention) als verzwarende omstandigheid, ontstond tijdens de wetgevingsprocedure verschil van mening. In het voorstel van de Commissie wordt het meewegen van racistische en xenofobe motieven als verplichting voorgesteld (*'should be taken into account'*); het parlement stelde voor daarvan te maken *'may be taken into account'*.³⁴ Dat voorstel werd overgenomen. Over de plaats van de verzwarende omstandigheid is geen duidelijkheid verschaft: gaat het alleen om een verzwarende omstandigheid bij de straftoemeting in een concrete zaak, moet de verzwarende omstandigheid in de wet tot uitdrukking worden gebracht? Zo ja, hoe? En welke kenmerken moeten worden betrokken en wat is de te hanteren bewijsstandaard? De totstandkomingsgeschiedenis geeft op deze en andere vragen geen antwoord.

Artikel 4 van het Kaderbesluit luidt:

'De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat racistische en xenofobe motieven voor andere dan in de artikelen 1 en 2 bedoelde delicten als een verzwarende omstandigheid worden beschouwd, dan wel dat die motieven door de rechter in aanmerking kunnen worden genomen bij de bepaling van de strafmaat'.³⁵

De tekst laat veel ruimte voor interpretatie.³⁶ De bepaling verplicht bijvoorbeeld niet tot het nemen van *wetgevende* maatregelen, ook andere voorzieningen zijn denkbaar.³⁷ Tevens geldt een beperking voor racistische en xenofobe motieven. Wat racistische en xenofobe motieven zijn, wordt niet toegelicht. Het gebruik van het woord 'motief' wijst erop dat opzet in het spel is; het doel van de handeling, niet de uitkomst staat centraal. Artikel 1, sub a, maakt duidelijk wat de discriminatiegronden zijn: ras, huidskleur, godsdienst, afstamming en nationale of etnische afkomst. Aannemelijk is dat de in artikel 4

33 Voorstel voor een Kaderbesluit van de Raad betreffende de bestrijding van racisme en vreemdelingenhaat, COM(2001)664, p. 5.

34 European Parliament, Report on a proposal for a Council framework decision on combating racism and xenophobia, Final A5-0189/2002, p. 6, 27.

35 Kaderbesluit 2008/913/JBZ Van de Raad van 28 november 2008 betreffende de bestrijding van bepaalde vormen en uitingen van racisme en vreemdelingenhaat door middel van het strafrecht, *PbEU* L 328/55.

36 Vgl. European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European non-discrimination law*, Luxembourg: Publications Office of the European Union 2018, p. 82.

37 Sasse van Ysselt *NJCM-Bulletin/NTM* 2003.

genoemde motieven in het bijzonder hierop zien. Het Kaderbesluit beperkt de toepassing van racistische en xenofobe motieven als verzwarende omstandigheid niet tot bepaalde strafbare feiten; op alle strafbare feiten, behalve die in artikel 1 en 2 van het Kaderbesluit zijn genoemd, kan de verzwarende omstandigheid van toepassing zijn.³⁸ Hoewel niet duidelijk wordt wat een verzwarende omstandigheid precies inhoudt, brengt het gebruik van het adjectief 'verzwarende' wel mee dat delicten die met een dergelijk motief worden begaan worden geacht ernstiger te zijn dan het gronddelict, louter omdat ze met een dergelijk motief zijn begaan.³⁹ Hoe die ernst in de te nemen maatregelen tot uitdrukking wordt gebracht is aan de lidstaten.

Artikel 4 lijkt zich niet te lenen voor directe werking; de bepaling lijkt zo vormgegeven dat zij geen rechten voor particulieren in het leven roept. Wel leent de bepaling zich voor kaderbesluitconforme interpretatie, hetgeen betekent dat nationaal recht zoveel mogelijk in overeenstemming met het kaderbesluit moet worden uitgelegd. Dat betekent dat de rechter ook zonder wettelijke grondslag dergelijke motieven in de straftoemeting kan laten meewegen. Het Kaderbesluit laat achterwege hoe de rechter dat kan of zou moeten doen ('in aanmerking kunnen worden genomen'). Volgens de Commissie moet het laatste deel van artikel 4 zo worden gelezen dat de rechter deze motieven in aanmerking neemt bij het bepalen van de strafmaat.⁴⁰ Daarmee is niet gezegd dat racistische en xenofobe motieven altijd tot verhoging van het strafmaximum of strafminimum moeten leiden.

2.5 UITLEIDING

Verskillende internationale verdragen en regelingen en op basis daarvan in het leven geroepen mechanismen maken duidelijk dat discriminatie een omstandigheid is die betrokken moet worden bij het bepalen van de straf van andere delicten dan discriminatie, aanzetten tot discriminatie en het versprei-

38 Artikel 1 stelt het aanzetten tot geweld of haat, het publiekelijk verspreiden van geschriften die aanzetten tot haat, het vergoelijken, ontkennen of verregaand bagatelliseren van genocide, misdaden tegen de menselijkheid en oorlogsmisdaden, het ontkennen van de Holocaust, alsmede (artikel 2) de medeplichtigheid aan en het aanzetten tot het vergoelijken, ontkennen of verregaand bagatelliseren van genocide, misdaden tegen de menselijkheid en oorlogsmisdaden of het ontkennen van de Holocaust.

39 In conceptversies van het Kaderbesluit werd dit in de preambule expliciet tot uitdrukking gebracht. Zie onder andere Proposal for a Council Framework Decision on combating racism and xenophobia (2002/C 75 E/17) COM(2001) 664 final 2001/0270(CNS) (Submitted by the Commission on 29 November 2001).

40 Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over de uitvoering van Kaderbesluit 2008/913/JBZ van de Raad betreffende de bestrijding van bepaalde vormen en uitingen van racisme en vreemdelingenhaat door middel van het strafrecht, COM(2014) 27 final, p. 7.

den van discriminerende geschriften. Welke delicten dat zijn, wordt veelal niet geëxpliciteerd, terwijl ook niet wordt aangegeven in hoeverre en op welke wijze het betrekken van een discriminatoir motief in een rechterlijke uitspraak zichtbaar moet worden gemaakt. In de meeste verdragen en regelingen wordt daarbij voor een discriminatoir motief gekozen in plaats van een discriminatoir gevolg, dat wordt gepresenteerd als verzwarende omstandigheid. Of en zo ja, in welke mate die verzwarende omstandigheid tot een hoger strafmaximum moet leiden, blijkt niet uit de in dit hoofdstuk onderzochte regelingen en documenten. Op basis van de onderzochte stukken zou strafverzwaring ook binnen bestaande strafminima en/of strafmaxima kunnen worden gerealiseerd. Evenmin blijkt of die omstandigheid van invloed moet zijn op de kwalificatie van de gedraging, of dat kan worden volstaan met een verzwarende omstandigheid bij de straftoemeting. De verschillende regelingen (verdragen, resoluties, aanbevelingen en het Kaderbesluit) en mechanismen lopen uiteen over de reikwijdte van de verzwarende omstandigheid: in sommige wordt onderkend dat zij op uiteenlopende discriminatiegronden betrekking zou moeten hebben, in andere wordt de toepassing tot racisme en vreemdelingenhaat beperkt. Over het vergaren van bewijs voor een discriminerend motief bevatten de gevonden documenten niets. De Europese Commissie ziet in het opnemen van een discriminatoir motief in het strafrecht een prikkel om het motief beter te onderzoeken tijdens het opsporingsonderzoek, opdat het bij de straftoemeting kan worden betrokken. Ook het Straatsburgse Mensenrechtenhof hecht belang aan het vergaren van bewijs voor het discriminatoir motief door de nationale autoriteiten.

3 | Frankrijk

3.1 INLEIDING

In dit eerste landenrapport richten wij ons op het Franse strafftoematingsrecht. Vanuit de historische achtergrond van het Franse Wetboek van Strafrecht, de *Code Pénal* (CP), speelt de wet een belangrijke rol bij het beperken van willekeur door de rechter bij het bepalen van de straf. We zullen zien dat de wet ook tegenwoordig een sterke invloed heeft op de strafftoematingsruimte van de rechter. Tegelijkertijd kan niet worden ontkend dat de rechter de nodige vrijheid heeft om binnen de door de wet bepaalde grenzen een straf te bepalen die past bij de persoon van de dader. Centraal in dit landenrapport staan artikel 132-76 en 132-77 CP die sinds 2003 voorzien in een zogenoemde verzwarende omstandigheid waarmee de strafmaat van delicten kan worden verhoogd wanneer deze zijn gepleegd met een racistisch of xenofob motief of seksueel discriminatoir motief.

Voor een breder begrip van deze bepalingen gaan we in paragraaf 3.2 allereerst beknopt in op het Franse strafftoematingsrecht. Daarbij behandelen we enkele algemene kenmerken van het sanctiestelsel, de strafbeïnvloedende omstandigheden, de strafftoemating door de rechter en enkele relevante procesrechtelijke aspecten. Vervolgens richten we ons in paragraaf 3.3 op de hiervoor genoemde verzwarende omstandigheden die het mogelijk maken om discriminatoire motieven bij de strafftoemating te betrekken. Deze bepalingen zijn in 2017 onderworpen aan een omvangrijke herziening. Na het schetsen van de achtergrond van de wettelijke regeling gaan wij zowel in op de bepalingen die golden van 2003 tot 2017, als op de huidige bepalingen die sinds 2017 van kracht zijn.

In paragraaf 3.4 richten we ons op de werking van dit wettelijk kader in de (rechts)praktijk. Allereerst wordt bezien of van de wettelijke regeling gebruik wordt gemaakt. Ter beantwoording van deze vraag starten we met enkele cijfers over de opsporing en vervolging van strafbare feiten met een discriminatoir motief. Vervolgens geven wij aan de hand van de aanwijzing (*circulaire*) van het Ministerie van Justitie (*Ministère de la Justice*) het strafvorderlijk beleid weer dat is ontwikkeld met betrekking tot de aanpak van discriminatoir gedrag.

Ten behoeve van deze paragraaf kon geen gebruik worden gemaakt van antwoorden op een vragenlijst die wij stuurden naar het Franse mensenrechten-

instituut Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH). Deze commissie fungeert als onafhankelijke nationale adviseur en rapporteur in de strijd tegen racisme, mensenhandel en -uitbuiting en haat van personen die lesbisch, homoseksueel, biseksueel of transgender (LHBT) zijn. Wel konden wij gebruik maken van de jaarlijkse rapportages die de CNCDH sinds 2012 uitbrengt. Hierin wordt het beleid tegen racisme, antisemitisme en vreemdelingenhaat geëvalueerd. Voor de totstandkoming van de rapportages maakt de commissie onder meer gebruik van vragenlijsten die zijn verzonden aan diverse ministeries, de *Défenseur des droits* (de Franse ombudsman) en verschillende belangenorganisaties. Omdat de reacties op deze vragenlijsten door de CNCDH integraal zijn gepubliceerd op haar website, hebben wij ook hiervan gebruik gemaakt. De evaluaties van de commissie hebben betrekking op de strafrechtelijke aanpak van discriminatie (met nadruk op racisme, antisemitisme en vreemdelingenhaat). Zij zijn niet specifiek toegespitst op de verzwarende omstandigheid van het discriminatoire motief. Zodoende omvatten de aangehaalde evaluaties, tenzij anders vermeld, ook het delict discriminatie (artikel 225-1 CP) en de uitingsdelicten belediging en haat zaaien in Wet op de persvrijheid 1881 (*Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse*). Wij duiden deze verzameling als strafbare feiten met een 'discriminatoire kenmerk'.

In paragraaf 3.5 bezien we welke voordelen van de geldende regeling worden gesignaleerd en wat de knelpunten zijn. Wij sluiten dit hoofdstuk af met een slotbeschouwing waarin we aan de hand van de deelvragen een bondig overzicht geven van de in dit landenrapport gepresenteerde onderzoeksresultaten.

3.2 HET FRANSE STRAFTOEMETINGSRECHT IN VOGELVLUCHT

3.2.1 Enkele kenmerken van het sanctiestelsel

De in 1994 in werking getreden Code Pénal bestaat uit zes boeken. Boek I bevat de algemene bepalingen van het strafrecht en behandelt in drie titels de algemene beginselen, de strafrechtelijke aansprakelijkheid en de straffen. Het eerste artikel van het wetboek, artikel 111-1 CP, maakt een onderscheid tussen drie typen strafbare feiten: *crimes* (misdaden), *délits* (delicten), en *contraventions* (overtredingen). Voor elke delictgroep is apart benoemd welke rechterlijke colleges tot kennisneming bevoegd zijn en welke straffen kunnen worden opgelegd. De contraventions zijn, op enkele bijzondere bepalingen in Boek VI na, hoofdzakelijk terug te vinden buiten de *Code Pénal*. Zij worden berecht door het tribunal de police (artikel 521 Code de procédure pénale, hierna CCP).¹ De andere delictgroepen treffen we aan in de Boeken II tot en met V

1 Politierechtbanken bestaande uit één rechter (artikel 523 CPP).

van de *Code Pénal*. Op crimes zijn de straffen voor misdaden (*peines criminelles*) van toepassing. Dat zijn de levenslange vrijheidsstraf, verschillende tijdelijke vrijheidsstraffen (*réclusion en détention*) en de geldboete (artikel 131-1 en 131-2 CP). Voor deze delicten is het hof van assisen (*cour d'assises*) bevoegd.² Délits worden gestraft met correctionele straffen (*peines correctionnelles*). Deze bestaan uit gevangenisstraf (*emprisonnement*), verschillende geldboetes, ontzetting uit bepaalde rechten en verschillende vormen van werkstraffen en herstelsancties (artikel 131-3 CP). Zij worden berecht door het tribunal correctionnel (artikel 381 CCP).³

Naast deze hoofdstraffen voorziet de wet in bepaalde gevallen in de mogelijkheid of verplichting om bijkomende straffen op te leggen: de verbeurdverklaring of de openbaarmaking van de uitspraak (artikel 131-10 CP). Daarnaast kan de rechter in bepaalde gevallen veiligheidsmaatregelen opleggen (art 131-36-1 en volgende CP).

Bij ieder afzonderlijk strafbaar feit wordt vermeld welke hoofdstraffen kunnen worden opgelegd. Dit systeem werd geïntroduceerd met de Code Pénal van 1791: het eerste Franse wetboek dat een catalogus met omschrijvingen van de strafbare feiten bevatte.⁴ Vanuit een verlangen naar formele gelijkheid en als reactie op de willekeurige rechtspraak, stelde de wetgever op elk strafbaar feit een vaste straf.⁵ Met de Code Pénal van 1810 verdwenen deze gefixeerde straffen weer uit het wetboek. Voor alle afzonderlijke crimes en délits bepaalde de wet een straf in abstracto door het voorschrijven van een strafminimum en -maximum. De rechter had hierbinnen de vrijheid om in concreto de strafmaat te bepalen. De harde ondergrens van de minimumstraf werd enigszins gerelativeerd door de verzachtende verontschuldigungen (*excuses atténuantes*) en de algemene verzachtende omstandigheid (*circonstance atténuante*).⁶ De verzachtende verontschuldigungen bestonden uit in de wet bepaalde gevallen die aanleiding gaven voor het verlagen van de minimumstraf, zoals uitlokking (provocatie), minderjarigheid of het op heterdaad betrappen van een overspelige echtgenoot. De verzachtende omstandigheid was één algemene strafvermindingsgrond waarvan de invulling werd overgelaten aan de discretie van de rechter. Deze open norm zorgde voor een grote hoeveelheid jurisprudentie waarin werd bepaald welke speelruimte de rechter bij de invulling van deze grond bezat. De verzachtende omstandigheid leidde

2 Gerecht met juryrechtspraak, bestaande uit een rechter, twee accessoren en een jury (artikel 240 CPP).

3 Rechtbanken bestaande uit een voorzitter en twee rechters. In geval van een complexe zaak, kunnen een of meer rechters worden toegevoegd (artikel 398, eerste en tweede alinea, CPP).

4 Pradel 2008, p. 104.

5 Poncela 2001, p. 197.

6 Poncela 2001, p. 198.

ertoe dat het door de wet voorgeschreven strafminimum nauwelijks werd nageleefd.⁷

In de huidige Code Pénal zijn de *circonstance atténuante* en de minimumstraffen afgeschaft. De minimumstraf maakte in 2007 een kortstondige terugkeer in het Franse sanctiestelsel. De artikelen 132-18-1 en 132-19-1 CP schreven een systeem van minimumstraffen voor bij recidive.⁸ Na zeven jaar werden deze artikelen weer ingetrokken,⁹ omdat de doeltreffendheid van de regeling niet kon worden aangetoond en de regeling bijdroeg aan een te hoge gevangenisbezetting.¹⁰ Sindsdien voorziet de Franse strafwet weer uitsluitend in een strafmaximum waarmee de bovengrens van de straftoematingsvrijheid van de rechter wordt aangegeven. Aan deze bovengrens kan echter wel worden getornd.

3.2.2 Strafbeïnvloedende omstandigheden in de Code Pénal

In het algemeen deel over straffen in Boek I voorziet de Code Pénal in straftoemtingsmechanismen, waaronder omstandigheden die leiden tot verhoging, verlaging en vrijstelling van straffen. Ten aanzien van omstandigheden die de straf verhogen bevat de *Code Pénal* algemene verzwarende omstandigheden die gelden voor alle crimes en délits (*circonstances aggravantes générales*). Voorbeelden zijn de nader te bespreken omstandigheid van de discriminatoire motieven (artikel 132-76 en artikel 132-77 CP) en de omstandigheid van gebruikmaking van 'cryptologie', oftewel digitale ontsleuteling (artikel 132-79). Daarnaast bevat de wet de zogenoemde *circonstances aggravantes spéciales*. Deze bijzondere verzwarende omstandigheden worden opgesomd in bepalingen na de afzonderlijke strafbaarstellingen. Zo bepaalt artikel 311-4 CP dat het maximum van drie jaar gevangenisstraf, waarmee artikel 311-3 CP diefstal bedreigt, kan worden verhoogd tot vijf jaar gevangenisstraf, bijvoorbeeld wanneer de diefstal is gepleegd door meer personen, wanneer deze is gepleegd in een woning of wanneer hierbij geweld is toegepast. Vaak voorzien deze artikelen ook in een alinea die de mate van verzwarende regelt wanneer meer omstandigheden van toepassing zijn. In het geval van artikel 311-4 CP bepaalt de derde alinea dat de maximumstraf voor de diefstal kan worden verhoogd tot zeven jaar gevangenisstraf wanneer hij is gepleegd onder twee verzwarende omstandigheden en tot tien jaar gevangenisstraf bij drie verzwarende omstandigheden.

7 Boulloc 2017, p. 571-572.

8 Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, Journal Officiel République France (JORF) nr. 185, p. 13466.

9 Artikel 7, onder 1, van Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, JORF nr. 189, p. 13647.

10 Assemblée Nationale, Project de Loi, 9 oktober 2013, nr. 1413, p. 4.

Er wordt overigens een duidelijk onderscheid gemaakt tussen deze bijzondere verzwarende omstandigheden en de in de strafbaarstelling genoemde omstandigheden die deel uitmaken van de bestanddelen van het gronddelict. Dit onderscheid is van belang voor de competentie van het *cour d'assises*. Daarnaast heeft het ook gevolgen voor de volgorde waarbij de omstandigheden tijdens de beraadslaging van dit hof aan de orde komt. Artikel 356 CCP schrijft voor dat de raadsheren¹¹ en de jury allereerst beraadslagen en stemmen over het ten laste gelegde delict en vervolgens, indien nodig, over verdere vragen, zoals de aanwezigheid van verzwarende of -verzachtende omstandigheden.

In de literatuur wordt voorts een tweede onderscheid gemaakt gebaseerd op basis van het karakter van de omstandigheid.¹² Objectieve verzwarende omstandigheden (*circonstances aggravantes réelles*) hebben betrekking op de uitvoering van het strafbare feit, bijvoorbeeld braak, het gebruik van wapens of voorbedachte raad. Deze omstandigheden hebben betrekking op de aard en ernst van het strafbare feit. Persoonlijke verzwarende omstandigheden (*circonstances aggravantes personnelles*) verzwaren de schuld van de dader en hebben betrekking op de dader zelf. Hierbij kan worden gedacht aan recidive. Daarnaast kent het Franse recht verzwarende omstandigheden waarin beide aspecten voorkomen, de gemengde verzwarende omstandigheden (*circonstances aggravantes mixtes*). Dit zijn omstandigheden die zien op een eigenschap van de persoon van de dader en de aard van het delict, zoals een machtspositie van de dader ten opzichte van het slachtoffer bij seksueel misbruik. Dit onderscheid naar het karakter van de omstandigheid is vooral van belang in geval van mededaderschap. Indien sprake is van een objectieve omstandigheid, geldt de verzwarende ook voor de mededader. Persoonlijke omstandigheden moeten voor elke dader afzonderlijk worden vastgesteld.¹³

Met het afschaffen van de minimumstraffen zijn ook de *excuses atténuantes* en de *circonstance atténuante* uit het wetboek verdwenen. Bij bepaalde delicten, zoals ontvoering of deelneming aan drugshandel, voorziet de wet echter nog steeds in een verzachtende omstandigheid wanneer de dader meewerkt aan het voorkomen, beëindigen of opsporen van het strafbare feit of behulpzaam is bij het redden van diens slachtoffers.¹⁴ Het aantal wettelijke verzachtende omstandigheden is echter beperkt gebleven vanwege het vertrouwen van de wetgever in het vermogen van de rechter om alle omstandigheden van het geval bij de straftoemeting te betrekken. Zonder de wettelijke *circonstance*

11 De wettekst spreekt over *la cour*, maar daarmee worden de raadsheren van het hof bedoeld, vergelijk artikel 355 CPP.

12 Zie onder meer Larguier, Conte & Maistre du Chambon 2018, p. 179; Boulloc 2017, p. 576-578.

13 Larguier, Conte & Maistre du Chambon 2018, p. 179.

14 Zie de artikelen 222-34 tot en met 222-40, 224-3, 224-4, 412-6, 421-1, 421-2 en 442-1 tot en met 442-4 CP.

atténuante en de bijhorende omvangrijke jurisprudentie, is het betrekken daarvan wel impliciet geworden.¹⁵

3.2.3 Straftoemeting door de rechter

Het aanpassen van de straf aan de omstandigheden van het geval en de persoon van de dader wordt ook wel *la personnalisation des peines* genoemd. Dit beginsel is afkomstig uit het veelvuldig aangehaalde werk van Saleilles, *L'individualisation de la peine*, dat voor het eerst werd uitgegeven in 1889. In dit werk benadrukt de auteur het belang van het individualiseren van de straf op de persoon die hieraan wordt onderworpen. Daarbij moet volgens hem niet alleen sprake zijn van 'juridische individualisering' (*individualisation légale*) met behulp van wettelijke verzwarende en verzachtende omstandigheden nu deze alleen uitgaat van de verantwoordelijkheid van de dader. Saleilles onderschrijft vooral de 'gerechtelijke individualisering' (*individualisation judiciaire*) en 'administratieve individualisering' (*individualisation administrative*), waarbij aan de hand van een studie van het individu een keuze kan worden gemaakt in de soort en duur van de op te leggen straf en de wijze waarop deze wordt ten uitvoer gelegd, opdat de straf past bij de werkelijke aard van de dader.¹⁶

De *individualisation des peines* richt zich voor een groot deel op de administratieve individualisering; de individualisering van de tenuitvoerlegging van de straf. De *Code Pénal* biedt verschillende mogelijkheden om de straf gedurende de tenuitvoerlegging op de persoon toe te meten: de opsluiting in een gedeeltelijk gesloten inrichting; het huisarrest onder elektronisch toezicht; de voorwaardelijke veroordeling; de voorwaardelijke invrijheidstelling; de opsplitsen van de straf – waarbij een deel van de straf voorwaardelijk wordt opgelegd –; en de schorsing van de straf – waarbij ook gehele vrijstelling van straf kan worden verleend (artikel 132-24 en volgende CP). Deze nadruk op de tenuitvoerlegging van de straf in het werk van Saleilles komt voort uit de periode waarin gerechtelijke individualisering, vanwege de argwaan die bestond jegens de rechter, verboden was, en de straf voornamelijk op in de fase van tenuitvoerlegging kon worden geïndividualiseerd.¹⁷ Sinds het verschijnen van de eerste druk van het werk van Saleilles is evenwel het nodige veranderd.

Sinds 1994 wordt ook de gerechtelijke individualisering expliciet benoemd in de *Code Pénal*. De tweede en derde volzin van artikel 132-1 CP luiden:

¹⁵ Poncela 2001, p. 198-201.

¹⁶ Saleilles 2001, p. 141-143.

¹⁷ Poncela 2001, p. 220-221.

Elke door de rechtbank uitgesproken straf moet worden geïndividualiseerd. Binnen de door de wet gestelde grenzen bepaalt de rechtbank de aard, de omvang en het regime van de straffen die worden uitgesproken in overeenstemming met de omstandigheden van het strafbare feit en de persoon van de dader, evenals zijn financiële, familiale en sociale situatie, in overeenstemming met doeleinden en functies van de straf.¹⁸

Met de codificatie van de mogelijkheid van gerechtelijke individualisering van de straf omschrijft de wet enkele inhoudelijke criteria waarmee de rechter rekening dient te houden bij het bepalen van de straf in een concreet geval. De rechter moet in zijn oordeel de omstandigheden betrekken waaronder het strafbare feit is begaan en de persoon en omstandigheden van de dader. Daarbij dient hij tevens rekening te houden met de doelen en functies van de straf, bestaande uit het waarborgen van de bescherming van de samenleving, het voorkomen van het plegen van nieuwe strafbare feiten en het herstellen van het sociaal evenwicht, één en ander met inachtneming van de belangen van het slachtoffer (artikel 130-1 CP).

De basis voor gerechtelijke individualisering wordt gevormd door de eigen overtuiging van de rechter (*conviction intime*). De rechter hoeft zijn beslissing in beginsel niet te motiveren.¹⁹ Echter, om het frequent opleggen van vrijheidsstraffen tegen te gaan, moet de rechter bij het opleggen van een onvoorwaardelijke gevangenisstraf expliciet vermelden waarom de ernst van het strafbare feit en de persoon van de dader deze straf noodzakelijk maken (artikel 132-19, tweede alinea, CP). Een vergelijkbare motiveringsplicht is opgenomen in artikel 464-2, eerste lid laatste volzin CCP, in het geval de rechter een gevangenisstraf van één jaar of minder niet omzet in huisarrest onder elektronisch toezicht of voorwaardelijke of gedeeltelijke vrijlating. De motiveringsverplichting is dus beperkt tot gevallen waarin een onvoorwaardelijke gevangenisstraf wordt opgelegd en ziet uitsluitend op de beslissing van de rechter om niet te kiezen voor een alternatieve straf. Voor het overige blijft de ongemotiveerde overtuiging van de rechter bestaan.

Hoewel wij spreken van straftoemeting door de rechter, speelt in de procedure voor het *cour d'assises* ook de jury een rol bij het bepalen van de straf.²⁰ Allereerst beraadslagen en stemmen de rechters en de leden van jury tezamen over de schuld van de verdachte (artikel 356 CCP). Wanneer uit de stemming volgt dat de verdachte schuldig is, leest de voorzitter van het hof enkele van

18 Vertaling van: 'Toute peine prononcée par la juridiction doit être individualisée. Dans les limites fixées par la loi, la juridiction détermine la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités et fonctions de la peine.'

19 Poncela 2001, p. 221-222.

20 Pradel 2008, p. 144.

de straftoemetingsbepalingen uit de *Code Pénal* voor (waaronder de strafdoelen uit artikel 130-1 CP en het beginsel van de individualisering van de straf uit artikel 132-1 CP). Vervolgens beraadslagen en stemmen zij per verdachte over de op te leggen sanctie (artikel 362, eerste alinea, CCP).²¹

3.2.4 Procesrechtelijke aspecten

Het Franse strafprocesrecht bepaalt dat de strafprocedure kan worden ingesteld door de openbaar aanklager, een lid van het *ministère public*. Hij bewaakt het algemeen belang en is net als de rechter magistraat.²² Gelet hierop is de openbaar aanklager gebonden aan het onpartijdigheidsbeginsel (artikel 31 CCP). Het *ministère public* wordt gekenmerkt door een hiërarchische structuur. Dat geldt ten eerste met betrekking tot de interne organisatie. De openbaar aanklager in eerste aanleg, de Procureur de la République, valt onder het gezag van de openbaar aanklager in hoger beroep, de Procureur général.²³ De hiërarchische structuur blijkt ten tweede ten opzichte van het Ministerie van Justitie. Alle leden van het *ministère public* vallen onder de verantwoordelijkheid van de *Garde des sceaux*, oftewel de Minister van Justitie. Hij heeft de verantwoordelijkheid voor het uitvoeren van het strafbeleid van de regering. Daartoe kan hij algemene instructies geven aan de magistraten. Hij mag zich niet mengen in individuele zaken (artikel 30 CCP). De aanklager heeft namelijk een onafhankelijke bevoegdheid om vervolging in te stellen (artikel 40 en 40-1 CCP). Vervolging wordt *action publique* genoemd.²⁴ Daarnaast kan iedereen die persoonlijk rechtstreeks door het delict veroorzaakte schade heeft geleden een *action civile* instellen (artikel 2 CCP). Daarmee begint het slachtoffer zowel een civiele schadevergoedingsprocedure als stafrechtelijke vervolging.²⁵

Wanneer de aanklager na het vooronderzoek besluit om tot vervolging over te gaan, kan hij, in geval van crimes en meer complexe délits (artikel 79 CCP), de zaak voor de onderzoeksrechter (*juge d'instruction*) brengen (artikel 80 CCP). Deze opent vervolgens een gerechtelijk vooronderzoek (*instruction préparatoire*).²⁶ Indien de onderzoeksrechter, na de verdachte te hebben gehoord,

21 Voor de beslissing over de sanctie vereist artikel 362, tweede alinea, CCP een absolute meerderheid. Als voorwaarde voor het opleggen van de maximale vrijheidsstraf (een levenslange gevangenisstraf of een gevangenisstraf van 30 jaar) geldt een gekwalificeerde meerderheid.

22 Pradel 2008, p. 130.

23 Ter zitting worden zij vertegenwoordigd door plaatsvervangende magistraten (artikel 34 CCP). Zie Pradel 2008, p. 131.

24 Garé & Ginestet 2020, p. 323; Pradel 2008, p. 131.

25 Pradel 2008, p. 138-139.

26 Garé & Ginestet 2020, p. 323; Pradel 2008, p. 138. De aanklager kan de inleidende tenlastelegging, en daarmee reikwijdte van het onderzoek van de onderzoeksrechter, uitbreiden met een aanvullende tenlastelegging (*réquisitoire supplétif*) (artikel 82 CPP).

van oordeel is dat er bewijs bestaat dat het waarschijnlijk maakt dat de verdachte de voorgelegde strafbare feiten heeft begaan, stelt hij een tenlastelegging (*mise en examen*) op (artikel 80-1 CCP). Daarin vermeldt de onderzoeksrechter de feiten die aan de rechter worden voorgelegd en de juridische kwalificatie daarvan (artikel 80-2 CCP). Ingeval van minder complexe délits kan de aanklager overgaan tot een rechtstreekse dagvaarding (*citation directe*).²⁷ Ook deze dagvaarding vermeldt de omschrijving van het feit waarvoor de verdachte wordt vervolgd en de wettelijke bepaling die het feit strafbaar stelt (artikel 390-1 CCP).²⁸ Hoewel als zodanig niet in de wet omschreven, worden – indien tijdens het voorbereidend onderzoek daartoe de bewijzen zijn geleverd – verzwarende omstandigheden in de regel in zowel de *mise en examen* als de *citation directe* vermeld.

Tijdens het onderzoek ter terechtzitting kan de rechter de aan hem voorgelegde kwalificatie van de tenlastegelegde feiten wijzigen, op voorwaarde dat de materiële omschrijving van de feiten in de aanklacht niet wordt aangepast. Ook moet de verdachte de kans hebben gekregen om zich tegen de nieuwe kwalificatie te verdedigen.²⁹ Dat betekent dat ook verzwarende omstandigheden tijdens het onderzoek ter terechtzitting aan de tenlastelegging kunnen worden toegevoegd.³⁰ In de procedure voor het *cour d'assises* dient de voorzitter een herkwalificatie van de feiten of verzwarende omstandigheden die niet in de verwijzingsbeslissing voorkomen als een bijzondere vraag voor te leggen aan de rechters en de jury (artikel 350 en 351 CCP).

De CCP kent geen wettelijk bewijsstelsel. Daarentegen geldt het beginsel van de vrije bewijsvoering.³¹ Artikel 427 CCP bepaalt dat strafbare feiten in beginsel kunnen worden vastgesteld door elke bewijsmethode en de rechter beslist naar eigen overtuiging (*conviction intime*). Als bewijsstandaard wordt in de Franse literatuur aangenomen dat de rechter moet uitgaan van de 'Franse variant' van de *beyond a reasonable doubt*-standaard.³² Deze bewijsstandaard geldt voor de gehele tenlastelegging en dus ook voor de daarin opgenomen verzwarende omstandigheden. De bewijsmiddelen, die de rechter in zijn beslissing betreft, moeten tijdens de terechtzitting aan hem zijn voorgelegd terwijl de verdediging de gelegenheid heeft gehad ze te bestrijden. Ook dient de rechter, inclusief het *cour d'assises*, zijn bewijsbeslissing te motiveren.³³

27 Garé & Ginestet 2020, p. 323; Pradel 2008, p. 138.

28 De aanklager brengt geen dagvaarding uit wanneer de oproeping (*avertissement*) wordt gevolgd door een vrijwillige verschijning (artikel 389, eerste alinea, CPP). Ook de oproeping dient een omschrijving van het tenlastegelegde feit en de bijbehorende wettelijke bepalingen te bevatten (artikel 389, tweede alinea, CPP).

29 Larguier & Conte 2014, p. 362; Garé & Ginestet 2020, p. 69-70.

30 Cour de cassation 30 april 1998, No. 97-82.563.

31 Larguier & Conte 2014, p. 431.

32 Pradel 2008, p. 143. Vgl. Garé & Ginestet 2020, p. 283.

33 Garé & Ginestet 2020, p. 284.

3.3 DE WETTELIJKE REGELING VOOR HET BETREKKEN VAN HET DISCRIMINATOIRE ASPECT BIJ DE STRAFTOEMETING

3.3.1 Achtergrond

Het Franse strafrecht kent verschillende bepalingen die vormen van discriminatie strafbaar stellen. Sinds 1956 wordt haat zaaien of het veroorzaken van geweld tegen een persoon of groep personen vanwege hun afkomst, etnische groep, natie, ras of religie strafbaar gesteld in artikel 24 van de Wet op de persvrijheid 1881.³⁴ Daaraan zijn in 1972 de artikelen 32 en 33 toegevoegd, die laster en belediging van personen op grond van deze gronden strafbaar stellen.³⁵ In 1994 werd in de Code Pénal een strafbepaling ingevoerd die discriminatie verbiedt, wanneer deze bestaat uit het weigeren van goederen of diensten te leveren, het belemmeren van een economische activiteit of het niet in dienst nemen, bestraffen of ontslaan van een persoon (artikel 225-2 CP).³⁶ De term discriminatie werd in artikel 225-1 CP voorzien van een definitie, destijds luidende:

‘Discriminatie is elk onderscheid dat wordt gemaakt tussen personen vanwege hun afkomst, hun geslacht, hun gezinssituatie, hun gezondheidstoestand, hun handicap, hun zeden, hun politieke opvattingen, hun vakbondsactiviteiten, hun lidmaatschap of hun niet-lidmaatschap, waar of verondersteld, van een specifieke etnische groep, natie, ras of religie.’³⁷

Ook deze discriminatiegronden werden in de daaropvolgende jaren uitgebreid, zodat deze nu mede de burgerlijke staat, zwangerschap, fysieke verschromping, een bijzondere kwetsbaarheid als gevolg van een economische toestand, achternaam, woonplaats, het verlies van autonomie, genetische kenmerken, seksuele geaardheid, genderidentiteit, leeftijd en het vermogen om zichzelf uit te drukken in een andere taal dan het Frans omvat. Artikel 645-1 CP verbiedt het dragen of tonen van uniformen, insignes of emblemen van een

34 Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, gewijzigd bij Loi de finances pour 1957, *JORF* nr. 304, p. 12638. In 2004 werden de gronden geslacht, seksuele geaardheid, genderidentiteit en handicap toegevoegd. Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant la création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l’égalité, *JORF*, Texte 3 sur 163.

35 Loi n° 72-546 du 1 juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme, *JORF* nr. 154, p. 6803.

36 Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, *JORF* nr. 169, p. 9857.

37 Vertaling van: ‘Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs moeurs, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.’ (versie geldend van 1 maart 1994 tot 17 november 2001).

organisatie die als crimineel is aangemerkt door het Tribunaal van Neurenberg (SS, Gestapo, SD en NSDAP) of van een andere persoon, veroordeeld voor misdaden tegen de menselijkheid. Deze bepalingen maakten het tot op zekere hoogte mogelijk om racistisch gedrag strafbaar te stellen, maar, behoudens zeer ernstige inbreuken zoals genocide, kon door de rechter geen rekening worden gehouden met discriminatoire motieven bij commune delicten jegens personen of eigendommen.³⁸

In het begin van deze eeuw vonden in Frankrijk verschillende racistische en antisemitische incidenten plaats, waaronder een brandstichting in een moskee, een aanval op een Afrikaanse vrouw terwijl racistische beledigingen werden geuit, een poging tot brandstichting in een Joodse school en geweld en beledigingen van gelovigen die een synagoge verlieten.³⁹ Naar aanleiding daarvan ging de Franse wetgever in 2002 over tot het invoeren van nieuwe wetgeving om racistisch en antisemitisch geweld beter te kunnen bestrijden. Daarmee werd mede geanticipeerd op de totstandkoming van het EU-Kaderbesluit ter bestrijding van racisme en vreemdelingenhaat waarin racistische en xenofobe motieven beschouwd kunnen worden als een verzwarende factor bij het bepalen van de straf.⁴⁰

3.3.2 Discriminatoire motieven als specifieke verzwarende omstandigheid (2003-2017)

In 2003 wordt de Wet gericht op het verhogen van de straffen voor strafbare feiten van racistische, antisemitische of xenofobe aard ingevoerd.⁴¹ Hierin zijn discriminatoire motieven als een specifieke verzwarende omstandigheid opgenomen bij bepaalde commune delicten tegen het leven, de lichamelijke integriteit en de eigendom. Zo werd aan artikel 221-4 CP, dat de verzwarende omstandigheden benoemd waarmee de vrijheidsstraf voor moord wordt verhoogd van dertig jaar naar levenslang, een sub 6 toegevoegd, luidende:

‘vanwege het wel of niet behoren, waar of verondersteld, van het slachtoffer tot een bepaalde etnische groep, natie, ras of religie’.⁴²

38 *Assemblée Nationale*, rapport van 4 december 2002, nr. 452, p. 16.

39 *Assemblée Nationale*, rapport van 4 december 2002, nr. 452, p. 7-10; en *Sénat*, rapport van 22 januari 2003, nr. 139, p. 4-7.

40 *Assemblée Nationale*, rapport van 4 december 2002, nr. 452, p. 5-6. Zie over het Kaderbesluit paragraaf 2.4.

41 Loi n° 2003-88 du 3 février 2003 visant à aggraver les peines punissant les infractions à caractère raciste, antisémite ou xénophobe, *JORF* 4 februari 2003, p. 2104.

42 Vertaling van: ‘A raison de l’appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, de la victime à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée’.

Op eenzelfde wijze werd deze verzwarende omstandigheid aanvankelijk alleen toegevoegd bij foltering (artikel 222-3 CP), mishandeling met de dood ten gevolge (artikel 222-8 CP), andere vormen van (zware) mishandeling (artikel 222-10, 222-12 en 222-13 CP) en bij vernieling van eigendom (artikel 322-2). Later is deze ook toegevoegd aan afpersing (artikel 312-2 CP), diefstal (artikel 311-4 CP) en bedreiging (artikel 222-18-1 CP).⁴³ De in de omstandigheid gebruikte bewoording werd door de initiatiefnemers van de wet grotendeels gebaseerd op de bestaande definitie van discriminatie in artikel 225-1 CP en op de verzwarende omstandigheid vanwege discriminatoire motieven bij lijkschennis, verstoring van begrafenis en herdenkingsmonumenten in artikel 225-18 (oud) CP.⁴⁴ Vanuit de laatstgenoemde bepaling is ook de term ‘vanwege’ (*à raison*) afkomstig, wat erop duidt dat het racistische karakter de reden, het motief, vormt voor het plegen van het strafbare feit. Uit de toelichting op artikel 225-18 (oud) CP blijkt dat het bewijs van het discriminatoire motief van het misdrijf in de praktijk moet voortvloeien uit feiten, zoals het bestaan van racistische leuzen op de geschonden graven en monumenten.⁴⁵

Een racistisch motief is bij geweld of vernieling niet altijd eenvoudig vast te stellen, bijvoorbeeld vanwege het ontbreken van racistisch taalgebruik. Toen het wetsvoorstel belandde bij de wetgevingscommissie (*Commission des lois*) van de Franse Tweede Kamer (*Assemblée Nationale*) uitte zij de vrees dat de omstandigheid zou leiden tot een moeizame zoektocht naar de innerlijke motieven van de dader – hetgeen een novum zou zijn in de Franse strafrechtsdoctrine – of tot bewezenverklaringen die uitsluitend gebaseerd zouden zijn op subjectieve veronderstellingen of niet-onderbouwde beoordelingen. Om dit te voorkomen, werd op initiatief van de commissie een definitie en een geobjectiveerde omschrijving van de verzwarende omstandigheid aan het wetsvoorstel toegevoegd.⁴⁶ Dit resulteerde in artikel 132-76 CP, luidende:

‘In de gevallen waarin de wet voorziet, worden de straffen voor een misdaad of een delict verzwwaard wanneer het strafbare feit wordt gepleegd vanwege het behoren of het niet-behoren, waar of verondersteld, van het slachtoffer tot een etnische groep, een natie, ras of religie.’

De verzwarende omstandigheid die in de eerste alinea is gedefinieerd, is aanwezig wanneer het strafbare feit wordt voorafgegaan, vergezeld of gevolgd door woorden, geschriften, afbeeldingen, voorwerpen of handelingen van welke aard dan ook die de eer of goede naam van het slachtoffer of een groep van personen waarvan het slachtoffer lid is aantasten vanwege hun lidmaat-

43 Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JORF* nr. 59, p. 4567.

44 *Assemblée Nationale*, rapport van 4 december 2002, nr. 452, p. 18.

45 *Assemblée Nationale*, rapport van 4 december 2002, nr. 452, p. 18.

46 Le Guehec, *JCP G* 2003/20, p. 870; D’assa le Deist, *Gaz.Pal.* 8-11 mei 2013, p. 2025.

schap of hun niet-lidmaatschap, waar of verondersteld, tot een specifieke etnische groep, natie, ras of religie.⁴⁷

De eerste alinea van het artikel herinnert aan de strafverzwaring zoals deze destijds in bijvoorbeeld artikel 221-4 CP werd omschreven. De tweede alinea voorziet in een omschrijving van de feitelijke omstandigheden waaruit het discriminatoire motief moet blijken.⁴⁸ Daarmee kan het motief bewezen worden aan de hand van een onderzoek naar het feitencomplex.⁴⁹ Hiermee wordt beoogd bewezenverklaringen die uitsluitend gebaseerd zijn op subjectieve veronderstellingen of niet-onderbouwde beoordelingen te voorkomen. Met de zinssnede 'of een groep van personen waarvan het slachtoffer lid is' wordt de mogelijkheid geboden om de omstandigheid van toepassing te achten als de racistische uitingen door de dader niet specifiek gericht zijn op de eer of goede naam van het slachtoffer.⁵⁰ De wetgever was zich ervan bewust dat er gevallen zullen zijn die door de tweede alinea niet als verzwarende omstandigheid kunnen worden betrokken. Als voorbeeld wordt de situatie genoemd van agressie tegen studenten die een Joodse school verlaten, terwijl er geen sprake is van racistische opmerkingen. Overwogen is om de definitie uit te breiden tot alle situaties waarin het plegen van het strafbare feit niet kan worden verklaard uit andere dan racistische redenen. De omkering van de bewijslast, die zich moeilijk laat verenigen met het vermoeden van onschuld, en het risico dat deze uitbreiding ruimte zou kunnen geven aan misbruik van de verzwarende omstandigheid, heeft de wetgever hiervan weerhouden.⁵¹

Later is op soortgelijke wijze een verzwarende omstandigheid gecreëerd in geval van homofobie.⁵² Aan de artikelen 221-4, 222-3, 222-8, 222-10, 222-12, 222-13, 222-24 en 222-30 CP werd een sub toegevoegd, luidende:

'Vanwege de seksuele oriëntatie van het slachtoffer.'

47 Vertaling van: 'Dans les cas prévus par la loi, les peines encourues pour un crime ou un délit sont aggravées lorsque l'infraction est commise à raison de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, de la victime à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. La circonstance aggravante définie au premier alinéa est constituée lorsque l'infraction est précédée, accompagnée ou suivie de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature portant atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.' (Versie van 10 maart 2004 tot 29 januari 2017, Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JORF* nr. 59, p. 4567).

48 *Assemblée Nationale*, rapport van 4 december 2002, nr. 452, p. 25.

49 Le Guehec, *JCP G* 2003/20, p. 870.

50 *Assemblée Nationale*, rapport van 4 december 2002, nr. 452, p. 26.

51 *Assemblée Nationale*, rapport van 4 december 2002, nr. 452, p. 26.

52 Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *JORF* nr. 66, p. 4761.

Ook deze omstandigheid werd met de invoering van artikel 132-77 CP voorzien van een geobjectiveerde omschrijving in het algemene deel over verzwarende omstandigheden, luidende:

‘In de gevallen waarin de wet voorziet, worden de straffen voor een misdaad of een delict verzwwaard wanneer het strafbare feit wordt gepleegd vanwege de seksuele geaardheid van het slachtoffer.’

De verzwarende omstandigheid die in de eerste alinea is gedefinieerd, wordt gevormd wanneer het strafbare feit wordt voorafgegaan, vergezeld of gevolgd door woorden, geschriften, gebruik van afbeeldingen of objecten of handelingen van welke aard dan ook die de eer of goede naam van het slachtoffer aantasten of een groep mensen waartoe het slachtoffer behoort vanwege hun ware of vermeende seksuele geaardheid.⁵³

Bij amendement door de Franse Eerste Kamer (*Sénat*) op de Wet op de seksuele intimidatie is de grond ‘seksuele geaardheid’ in 2012 gewijzigd in ‘seksuele geaardheid of identiteit’ om meer bescherming te kunnen bieden aan transgenders. Aanleiding voor deze wijziging is dat ook zij veelvuldig het doelwit zijn van seksuele intimidaties.⁵⁴

Deze oorspronkelijke vormgeving van de verzwarende omstandigheden zorgde in de praktijk voor knelpunten. De kritiek richtte zich in de eerste plaats op de groep delicten waarop de verzwaring van toepassing was. Deze werd als te beperkt beschouwd. Gevallen waarbij vaststaat dat de dader heeft gehandeld vanuit een discriminatoir motief, maar waar het betreffende delict niet door de wetgever van de specifieke verzwaringsgrond is voorzien, vielen daardoor buiten de reikwijdte. Hierdoor zou het beeld kunnen ontstaan dat racisme voor bepaalde delicten acceptabeler is dan bij anderen. Naast beperkend werd de aanvankelijke lijst met delicten aangeduid als inconsistent. Er ontbraken strafbare feiten die evident kunnen zijn ingegeven door een racistisch motief, zoals bedreiging, afpersing en seksueel geweld.⁵⁵ In het rapport over Frankrijk uit 2015 was ook ECRI kritisch over de beperkte reikwijdte van de verzwarende omstandigheid. Zij beval aan om het bereik te vergroten tot alle strafbare feiten.⁵⁶

53 Vertaling van: ‘Dans les cas prévus par la loi, les peines encourues pour un crime ou un délit sont aggravées lorsque l’infraction est commise à raison de l’orientation sexuelle de la victime. La circonstance aggravante définie au premier alinéa est constituée lorsque l’infraction est précédée, accompagnée ou suivie de propos, écrits, utilisation d’images ou d’objets ou actes de toute nature portant atteinte à l’honneur ou à la considération de la victime ou d’un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de leur orientation sexuelle vraie ou supposée.’

54 Amendement nr. 40bis op commissietekst nr. 620 (2011-2012) bij Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, *JORF* nr. 182, p. 12921.

55 D’assa le Deist, *Gaz.Pal.* 8-11 mei 2013, p. 2024.

56 ECRI report on France, adopted on 8 December 2015, p. 13.

In de tweede plaats richtte de kritiek zich op de wettekst. De tweede alinea van de artikelen 132-76 en 132-77 CP werd op verschillende manieren geïnterpreteerd: als toepassingsvereiste of als onweerlegbaar wettelijk vermoeden.⁵⁷ In het laatste geval is het kennelijk irrelevant wat ten tijde van het delict in de verdachte omgng; voor het bewijs van het motief zijn slechts objectieve omstandigheden voldoende. Ook in het eerste geval kon niet worden uitgesloten dat voor het vaststellen van het discriminatoire motief irrelevant is wat ten tijde van het delict in de verdachte omgng. In de literatuur werd daartegen bezwaar gemaakt. Het motief is een vorm van bijzonder opzet en daarvoor zijn objectieve criteria weliswaar relevant, maar niet doorslaggevend. Zeker in het geval waarin bij een strafbaar feit discriminatoire motieven slechts zijdelings een rol lijken te spelen, werd het als ongewenst ervaren de verzwarende omstandigheid desalniettemin toe te passen, omdat zij op basis van objectieve omstandigheden kon worden bewezen. Er is dan wellicht in objectieve zin sprake van de verzwarende omstandigheid, wat volgens de wet volstaat, maar die zou bij gebrek aan duidelijkheid over wat in de verdachte is omgegaan ten tijde van het delict onvoldoende de aanzienlijke verhoging van het strafmaximum rechtvaardigen.⁵⁸

3.3.3 Discriminatoire motieven als algemene verzwarende omstandigheid (2017-heden)

Als onderdeel van een veelomvattender project van de Franse regering tegen racisme, wordt in 2015 aangekondigd dat racisme, antisemitisme en discriminatie strenger en doeltreffender bestraft zullen worden en slachtoffers beter zullen worden beschermd.⁵⁹ Als uitvloeisel van dit project werd in 2017 de Wet betreffende de gelijkheid en het burgerschap ingevoerd, die onder andere een hervorming van het discriminatoire motief behelst.⁶⁰ In het oog springt dat de specifieke verzwarende omstandigheden werden vervangen door een algemene verzwarende omstandigheid. Het discriminatoire motief verdween uit de afzonderlijke opsommingen met specifieke verzwarende omstandigheden en de artikelen 132-76 en 132-77 CP kregen een zelfstandige betekenis, terwijl zij daarvoor slechts een definitie omvatten. Zij luiden nu als volgt:

Artikel 132-76 CP:

‘Wanneer een misdaad of een delict wordt voorafgegaan, vergezeld of gevolgd door woorden, geschriften, afbeeldingen, voorwerpen of handelingen van welke aard dan ook die schadelijk zijn voor de eer of de goede naam van het slachtoffer

⁵⁷ Detraz, *Gaz.Pal.* 24 april 2017, p. 1311.

⁵⁸ D’assa le Deist, *Gaz.Pal.* 8-11 mei 2013, p. 2025-2026.

⁵⁹ DILRA, *La république mobilisée contre le racisme et l’antisémitisme. Plan national 2015-2017*, 2015, p. 7-9.

⁶⁰ Loi n° 2017-86 van 27 janvier 2017 relative à l’égalité et à la citoyenneté, *JORF* nr. 24.

of van een groep personen waarvan het slachtoffer lid is vanwege zijn lidmaatschap of niet-lidmaatschap, waar of verondersteld, van een vermeend ras, een etnische groep, een natie of een bepaalde religie, hetzij vaststellen dat de feiten om een van deze redenen tegen het slachtoffer zijn begaan, wordt het maximum van de vrijheidsstraf als volgt verhoogd: [...].⁶¹

Artikel 132-77 CP:

‘Wanneer een misdaad of een delict wordt voorafgegaan, vergezeld of gevolgd door woorden, geschriften, afbeeldingen, voorwerpen of handelingen van welke aard dan ook die schadelijk zijn voor de eer of de goede naam van het slachtoffer of van een groep personen waarvan het slachtoffer lid is vanwege zijn geslacht, zijn ware of vermeende seksuele geaardheid of genderidentiteit, hetzij vaststellen dat de feiten om een van deze redenen tegen het slachtoffer zijn begaan, wordt het maximum van de vrijheidsstraf als volgt verhoogd: [...].⁶²

Door het toekennen van een algemene werking aan de verzwarende omstandigheid is het toepassingsbereik vergroot tot alle crimes en délits waarop een vrijheidsstraf of gevangenisstraf is gesteld. Op *contraventions* of crimes en délits die alleen kunnen worden bestraft met een geldboete is de verzwarende omstandigheid niet van toepassing. De laatste alinea's van de artikelen 132-76 en 132-77 CP voorzien daarnaast in enkele uitzonderingen voor gevallen waarin in het gronddelict zelf reeds rekening wordt gehouden met het discriminatoire aspect of zelf al een verzwaarde variant betreft. Toepassing van de omstandigheid zou dan voor dubbele verzwaring zorgen. Zo zijn de verzwarende omstandigheden uitgesloten bij een reeds verzwaarde variant van mishandeling (artikel 222-13 CP), bij de strafbaarstelling van discriminatie (artikel 225-1 CP) en bij de discriminatoire uitingsdelicten uit de Wet op de Persvrijheid 1881. Het motief van seksuele discriminatie uit artikel 132-77 CP heeft geen verzwarende werking bij seksuele intimidatie (artikel 222-33 CP), bij een strafbaar feit dat is gepleegd door de echtgenoot of partner van het slachtoffer, om het slachtoffer te dwingen een huwelijk aan te gaan of vanwege het weigeren om een huwelijk aan te gaan.

61 Vertaling van: ‘Lorsqu’un crime ou un délit est précédé, accompagné ou suivi de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature qui soit portent atteinte à l’honneur ou à la considération de la victime ou d’un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une prétendue race, une ethnie, une nation ou une religion déterminée, soit établissent que les faits ont été commis contre la victime pour l’une de ces raisons, le maximum de la peine privative de liberté encourue est relevé ainsi qu’il suit : [...]’

62 Vertaling van: ‘Lorsqu’un crime ou un délit est précédé, accompagné ou suivi de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature qui soit portent atteinte à l’honneur ou à la considération de la victime ou d’un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de son sexe, son orientation sexuelle ou identité de genre vraie ou supposée, soit établissent que les faits ont été commis contre la victime pour l’une de ces raisons, le maximum de la peine privative de liberté encourue est relevé ainsi qu’il suit : [...]’

Artikel 132-76 CP benoemt als beschermde eigenschappen het lidmaatschap, of niet- lidmaatschap, van een vermeend ras, een etnische groep, een natie of een bepaalde religie. De nieuwe wettekst spreekt, in tegenstelling tot eerdere wettelijke bepalingen over deze materie, van 'vermeend ras' om niet de indruk te wekken dat de wetgever het bestaan van verschillende rassen onder mensen erkent.⁶³ Artikel 132-77 CP ziet daarnaast op seksuele discriminatie en vult de discriminatiegronden aan met het geslacht, de seksuele geaardheid of de genderidentiteit. Vóór de wetwijziging van 2017 sprak dit artikel van 'seksuele identiteit', maar met de term 'genderidentiteit' doelt de wetgever op het geslacht waarmee een persoon zich identificeert, los van het geslacht dat van diegene in de officiële registers staat opgenomen. Daarmee is beoogd in de wet expliciet naar voren te laten komen dat de wet ook van toepassing is op transfobie, waarvan transgenders en travestieten slachtoffer kunnen zijn.⁶⁴

Met de herziening van de strafbare omstandigheden is de geobjectiveerde omschrijving als zodanig verdwenen. De hierin genoemde criteria zijn nu opgenomen in de definitie van de verzwarende omstandigheid zelf. Daaruit vloeit voort dat de feitelijke omschrijving niet slechts een onweerlegbaar wettelijk vermoeden voor het bestaan van het discriminatoire motief behelst. Er is sprake van een toepassingsvereiste; indien bewezen moet de rechter het discriminatoire motief kwalificeren en bij de straftoemeting betrekken. Nieuw is dat de in de wet genoemde feitelijke uitingen (uitspraken, geschriften, afbeeldingen, voorwerpen of handelingen van welke aard dan ook) niet langer geschikt moeten zijn om de eer of goede naam van het slachtoffer of de groep waartoe deze behoort aan te tasten. Ook wanneer zij op zichzelf daarvoor niet geschikt zijn, maar uit deze feitelijke uitingen wel kan worden afgeleid dat het strafbare feit met een van de discriminatoire motieven is gepleegd, kan de verzwarende omstandigheid worden bewezen. Er is met andere woorden een grotere rechterlijke vrijheid gecreëerd om het discriminatoire motief te bewijzen.

In de literatuur wordt opgemerkt dat de in 2017 herziene wettekst nog gebruik maakt van de term 'vanwege' (*à raison*). Dit is opvallend, omdat deze term in de algemene definitie van discriminatie (artikel 255-1 CP) werd vervangen door de woorden 'op basis van' (*sur le fondement*).⁶⁵ Aan de keuze om bij het discriminatoire motief gebruik te blijven maken van de term 'vanwege' ligt ten grondslag dat volgens de wetgever discriminatie niet enkel de *basis* moet vormen waarop de dader het slachtoffer selecteert, maar dat het misdrijf ook daadwerkelijk *vanwege* die discriminatoire reden tegen het slachtoffer is

63 Bulletin Officiel du Ministère de la Justice van 28 april 2017, nr. 2017-04, JUSD1712060C, p. 3.

64 Bulletin Officiel du Ministère de la Justice van 28 april 2017, nr. 2017-04, JUSD1712060C, p. 3.

65 Artikel 86 van Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JORF nr. 269.

gepleegd.⁶⁶ Zo is het bijvoorbeeld onvoldoende dat uit het gedrag van een afperser kan worden afgeleid dat hij het slachtoffer heeft uitgekozen op basis van zijn of haar geaardheid; tevens moet blijken dat de afpersing *vanwege* die geaardheid is gepleegd. De verzwarende omstandigheid van het discriminatoire motief wordt door het Hof van Cassatie (*Cour de cassation*), ondanks de objectivering, dan ook aangemerkt als een persoonlijke verzwarende omstandigheid. In de zaak waarover het hof zich boog, oordeelde het Parijse Hof van Beroep (*Cour d'appel de Paris*) dat de handelingen waaruit het racistische en xenofobe motief in de desbetreffende zaak bleek (het uiten van discriminatoire beledigingen) een reëel en objectief karakter hebben nu deze voortvloeien uit het feitencomplex en van materiële aard zijn. Zodoende zou de omstandigheid van toepassing zijn op alle daders en medeplichtigen van het strafbare feit.⁶⁷ Hier ging de cassatierechter echter niet in mee, het Hof van Cassatie overwoog:

‘de verzwarende omstandigheid [...] is moreel en persoonlijk van aard en kan daarom alleen aan een beklaagde worden toegeschreven als vaststaat dat hijzelf persoonlijk is bezield door een xenofob motief’.⁶⁸

Met het verdwijnen van het discriminatoire motief uit de specifieke hiervoor genoemde strafverhogingsbepalingen, moeten de artikelen 132-76 en 132-77 CP voorzien in algemeen geldende verhogingsregels. Deze wijze van verhoging komt overeen met de eerder in de Code Pénal opgenomen algemene verzwarende omstandigheden van cryptologie (artikel 132-79 CP) en terrorisme (artikel 421-3 CP). Na de inhoudelijke omschrijving van de omstandigheid bepalen de artikelen een trapsgewijze verhoging van het strafmaximum, gebaseerd op de oorspronkelijk op het strafbare feit gestelde maximale vrijheidsstraf. Deze luidt voor de artikelen 132-76 en 132-77 CP als volgt:

‘[...]’

1° hij [de maximale vrijheidsstraf] wordt verhoogd tot levenslange vrijheidsstraf wanneer het strafbare feit wordt gestraft met 30 jaar gevangenisstraf;

2° hij wordt verhoogd tot dertig jaar vrijheidsstraf wanneer het strafbare feit wordt gestraft met twintig jaar gevangenisstraf;

3° hij wordt verhoogd tot twintig jaar vrijheidsstraf wanneer het strafbare feit wordt gestraft met vijftien jaar gevangenisstraf;

4° hij wordt verhoogd tot vijftien jaar vrijheidsstraf wanneer het strafbare feit wordt bestraft met tien jaar gevangenisstraf;

5° hij wordt verhoogd tot tien jaar gevangenisstraf wanneer het strafbare feit wordt gestraft met zeven jaar gevangenisstraf;

⁶⁶ Detraz, *Gaz.Pal.* 24 april 2017, p. 1312.

⁶⁷ Het gerecht in hoger beroep voor zaken behandeld door het tribunal correctionnel.

⁶⁸ Cour de cassation 16 december 2014, nr. 14-80854, Vertaling van: ‘la circonstance aggravante [...] présente un caractère moral et personnel, et ne peut, ainsi, être imputée à un prévenu que s’il est établi qu’il était lui-même, personnellement, animé par un mobile xénophobe’.

- 6° hij wordt verhoogd tot zeven jaar gevangenisstraf wanneer het strafbare feit wordt gestraft met vijf jaar gevangenisstraf;
7° hij wordt verdubbeld wanneer het strafbare feit wordt gestraft met een gevangenisstraf van maximaal drie jaar. [...]⁶⁹

Voor veel delicten voorzien deze algemene verhogingsregels in eenzelfde verhoging als waarin werd voorzien onder de specifieke verzwarende omstandigheid. Bij sommige delicten wordt de maximumstraf zelfs verder verhoogd. De maximale vrijheidsstraf voor vernieling (twee jaar, artikel 322-1 CP) werd onder de oude regeling (artikel 322-2 CP) verhoogd tot drie jaar. Met de nieuwe verhogingsregels wordt deze verdubbeld tot vier jaar. De algemene werking van de verzwarende omstandigheid, en daarmee het verdwijnen van de omstandigheid uit de opsomming bij de afzonderlijke strafbaarstellingen, heeft echter als neveneffect dat deze niet langer bijdraagt aan de dubbele verhoging waarin bij specifieke verzwarende omstandigheden wordt voorzien. In sommige gevallen leidt dit juist tot minder verhoging dan mogelijk was toen het discriminatoire motief was vormgegeven als specifieke verzwarende omstandigheid.⁷⁰ Zo was bij een door racisme gemotiveerde gewelddadige diefstal vóór de wetwijziging van 2017 sprake van twee specifieke verzwarende omstandigheden (het discriminatoire motief en het geweld). Daardoor kon het maximum van drie jaar gevangenisstraf worden verhoogd tot zeven jaar gevangenisstraf. Algemene verzwarende omstandigheden worden echter toegepast op de maximumgevangenisstraf van het gronddelict.⁷¹ Zodoende kan de maximumgevangenisstraf in de voornoemde situatie na de wetwijziging niet verder worden verhoogd dan zes jaar.

69 Vertaling van: '1° Il est porté à la réclusion criminelle à perpétuité lorsque l'infraction est punie de trente ans de réclusion criminelle ;

2° Il est porté à trente ans de réclusion criminelle lorsque l'infraction est punie de vingt ans de réclusion criminelle ;

3° Il est porté à vingt ans de réclusion criminelle lorsque l'infraction est punie de quinze ans de réclusion criminelle ;

4° Il est porté à quinze ans de réclusion criminelle lorsque l'infraction est punie de dix ans d'emprisonnement ;

5° Il est porté à dix ans d'emprisonnement lorsque l'infraction est punie de sept ans d'emprisonnement ;

6° Il est porté à sept ans d'emprisonnement lorsque l'infraction est punie de cinq ans d'emprisonnement ;

7° Il est porté au double lorsque l'infraction est punie de trois ans d'emprisonnement au plus.'

70 Detraz, *Gaz.Pal.* 24 april 2017, p. 1312.

71 Cour de cassation 6 maart 2012, nr. 1-84711, *Bulletin criminel* 2012, nr. 60.

3.4 DE TOEPASSING VAN DE VERZWARENDE OMSTANDIGHEID IN DE (RECHTS)-PRAKTIJK

3.4.1 Inleidende opmerkingen

De bescherming van de gelijkheid van de burger wordt in Frankrijk beschouwd als één van de fundamenteën van de Franse Republiek. Artikel 1 van de Grondwet ‘garandeert de gelijkheid voor de wet’. Onder verwijzing naar deze bepaling worden racistisch, antisemitisch en homofob gedrag en haatzaaiende uitingen in officiële stukken met regelmaat omschreven als ‘een belediging voor de Republiek en voor Frankrijk’ (*un outrage à la République et à la France*), een aanval op de waarden van de Republiek of een plaag die de sociale cohesie verzwakt.⁷² Vanuit deze overtuiging stelt de Franse overheid zich actief op in de bestrijding van uiteenlopende vormen van discriminatie. De drijfveer achter het Franse antidiscriminatiebeleid wordt gevormd door nationale plannen die de regering sinds 2012 elke drie jaar uitbrengt. In deze plannen worden, op het gebied van beleid en wetgeving, actiepunten geformuleerd.

Voor het ontwikkelen van plannen en de uitvoering daarvan te coördineren en te leiden is in 2014 de Délégation Interministérielle à la Lutte Contre le Racisme, l’Antisémitisme et la Haine anti-LGBT (DILCRAH) opgericht. Met het eerste plan dat door deze instelling werd ontworpen, getiteld *La République mobilisée contre le racisme et l’antisémitisme 2015-2017* (De Republiek tegen racisme en antisemitisme gemobiliseerd 2015-2017), is een stap gezet in de bestrijding van racisme, antisemitisme en homofobie op het gebied van het strafrecht en het onderwijs. Onderdeel hiervan was onder meer de hervorming van de verzwarende omstandigheid van het discriminatoire motief. De meest recente versie van het plan, dat in maart 2018 werd gepubliceerd, richt zich voornamelijk op het bestrijden van haat op internet, het tegengaan van vooroordelen en stereotypen, het verlenen van betere steun aan slachtoffers en het mobiliseren van onder meer sportorganisaties, jongeren, potentiële geldschietters en maatschappelijke organisaties in de strijd tegen discriminatie.

Ook op internationaal gebied zet Frankrijk zich in tegen discriminatie. Het Ministerie van Justitie en de DILCRAH zijn naar aanleiding van een oproep van de Europese Commissie het project ‘Preventing Racism and Intolerance’ (Project PRINT) gestart waarmee Frankrijk in samenwerking met Duitsland de harmonisatie van strafrechtelijke middelen tegen racistische en xenofobe handelingen onderzoekt. Dit heeft als doel om de strafrechtelijke reactie op discriminatie-

72 *Assemblée Nationale*, Proposition de loi visant à aggraver les peines punissant les infractions à caractère raciste et à renforcer l’efficacité de la procédure pénale, 7 november 2002, nr. 350, p. 2; Ministère de l’Intérieur, *Communiqué de presse le 12 février 2019*, p. 1; Plan national d’action contre le racisme et l’antisémitisme 2012-2014, p. 5.

delicten te verbeteren en uitwisseling tussen gerechtelijke (en andere) autoriteiten te stimuleren.⁷³

3.4.2 Enkele cijfers over strafbare feiten met een discriminatoir kenmerk

Uit de statistische gegevens die het Ministerie van Justitie aanleverde bij het CNCDH ontstaat een globaal beeld van de zaakstromen van en veroordelingen voor strafbare feiten met een discriminatoir motief.⁷⁴ De informatie is verzameld in het interne systeem van justitie, het *système d'information décisionnelle* (SID), waarin de inkomende zaken worden geregistreerd en doorverwezen naar het parket, en uit het nationaal strafregister, waarin alle veroordelingen zijn opgenomen.⁷⁵

Uit deze bronnen blijkt dat er in 2018 6.603 zaken met een discriminatoir kenmerk zijn geregistreerd. Daarbij waren 6.107 verdachten betrokken.⁷⁶ In 39% van die gevallen is daadwerkelijk vervolging ingesteld. Daarvan werd 42% voor de strafrechter gebracht, in de overige gevallen werd gekozen voor een alternatieve procedure.⁷⁷ Het aantal veroordelingen dat in het strafregister is opgenomen (393), ligt aanzienlijk lager dan het aantal zaken dat voor de rechter is gebracht (985). Als reden voor deze discrepantie noemt het ministerie dat zaken waarin vrijspraak volgt voor het discriminatoire kenmerk niet in het register worden opgenomen.⁷⁸ Het vrijspraakpercentage van ongeveer 16% bij discriminatiedelicten ligt aanzienlijk hoger dan het algemene gemiddelde van 6%. Het Ministerie van Justitie verklaart dit hoge aantal door de moeilijke bewijsbaarheid van het discriminatoire motief. Veel delicten, het ministerie wijst vooral op geweldsdelicten, die door het Openbaar Ministerie met de verzwarende omstandigheid van het discriminatoire motief aan de rechter zijn voorgelegd, worden vanwege de bewijsproblematiek door de

73 Bijdrage van het Ministère de la justice aan het CNCDH-rapport van 2019, p. 15, geraadpleegd via: www.cncdh.fr/fr/publications/contributions-au-rapport-2019-sur-la-lutte-contre-le-racisme-lantisemitisme-et-la (laatst bekeken op 4 september 2020).

74 Statistische bijdrage van het Ministère de la justice aan het CNCDH-rapport van 2019, geraadpleegd via: www.cncdh.fr/fr/publications/contributions-au-rapport-2019-sur-la-lutte-contre-le-racisme-lantisemitisme-et-la (laatst bekeken op 4 september 2020).

75 Het Ministerie van Justitie maakt bij de data afkomstig uit het SID de volgende opmerking: 'het racistische kenmerk wordt niet altijd in de registratiefase door de wetshandavingsinstantie vastgesteld. De meest voorkomende overtredingen worden in geregistreerd naar gelang van het soort overtreding dat is begaan (bijvoorbeeld geweld), waarbij geen verzwarende redenen of omstandigheden aan het licht komen. Bijgevolg zijn in het registratiesysteem slechts een deel van de gevallen met een racistisch kenmerk opgenomen.' (Statistische bijdrage van het Ministère de la justice, p. 2).

76 Statistische bijdrage van het Ministère de la justice, p. 3.

77 Zoals een herstelsanctie, mediation of een waarschuwing, Statistische bijdrage van het Ministère de la justice, p. 5-6.

78 Statistische bijdrage van het Ministère de la justice, p. 8.

rechter gekwalificeerd en bestraft zonder de verzwarende omstandigheid.⁷⁹ Het gronddelict wordt in die gevallen wel bestraft, maar het discriminatoire motief is uit de kwalificatie verdwenen en kan bijgevolg niet betrokken worden bij het bepalen van de straf.

De Franse gerechten kwamen in 2018 tot 122 veroordelingen voor delicten tegen personen of goederen gepleegd met een racistisch motief. In deze gevallen betrof het specifiek de verzwarende omstandigheid op grond van ras, etniciteit, nationaliteit of geloof. Door het Ministerie van Justitie wordt hierbinnen een onderscheid gemaakt tussen delicten tegen het leven en geweldplegingen (40), bedreigingen (62) en delicten tegen de eigendom (20).⁸⁰ De door het ministerie aangeleverde statistieken maken over strafbare feiten met de verzwarende omstandigheid vanwege geslacht, seksuele oriëntatie of genderidentiteit slechts zijdelings melding. In het jaar 2018 ging het om 61 gevallen.⁸¹

3.4.3 Strafvorderlijk beleid

In maart 2018 publiceerde de Franse Minister van Justitie een *circulaire* met strafvorderlijk beleid dat moet voorzien in een toegankelijk en gemoderniseerd rechtssysteem en een efficiënte rechtspleging.⁸² In dit algemene beleidsplan wordt de bestrijding van alle vormen van racisme en discriminatie als specifiek aandachtspunt benoemd. Daarvoor moeten de parketten stimuleren dat dergelijke feiten worden opgespoord en vervolgd. Ook wordt gewezen op de bijkomende straf van de bekendmaking van de uitspraak om zo publiciteit rondom de veroordeling te verzekeren.⁸³ In navolging op dit algemene beleid volgde in april 2019 een nieuwe *circulaire* die specifiek is gericht op de bestrijding van discriminatie en haatdragende taal en gedragingen.⁸⁴ Het hierin gepresenteerde beleid berust op vier speerpunten.

Ten eerste wordt er opgeroepen tot ‘extreme waakzaamheid’ en een proactieve houding van het Openbaar Ministerie. Dit door racistisch, antisemitisch en homofob gedrag dat aan het licht komt te beëindigen en te vervolgen, maar ook door het beleid ten aanzien van discriminatie en haat te leiden, te coördineren en te evalueren. De *circulaire* zet de strafrechtelijke instrumenten in de Wet op de persvrijheid 1881 en de Code Pénal, die de Procureur de la République ter beschikking staan, uiteen en wijst daarbij in het bijzonder op de vereiste zorgvuldige analyse van het feitencomplex om de verzwarende omstandigheid

⁷⁹ Statistische bijdrage van het Ministère de la justice, p. 7-8.

⁸⁰ Statistische bijdrage van het Ministère de la justice, p. 13.

⁸¹ Statistische bijdrage van het Ministère de la justice, p. 13.

⁸² *Circulaire de politique pénale*, nr. CRIM-2018- 0023-Pl6, 21 maart 2018, p. 1-2.

⁸³ *Circulaire* CRIM-2018- 0023-Pl6, p. 5-6.

⁸⁴ *Circulaire relative à la lutte contre les discriminations, les propos et les comportements haineux*, nr. Crim.2019- 6/E 1/ 04.04.2019, 4 april 2019.

van het racistische, antisemitische of homofobe motief van delicten te kunnen vaststellen.⁸⁵

Ten tweede wordt het belang van een onmiddellijke en passende strafrechtelijke reactie benadrukt. Het Openbaar Ministerie wordt aangemoedigd om verdachten van aanvallen op personen of ernstige aanvallen op eigendommen met een 'haatdragend karakter' zo spoedig mogelijk te vervolgen door middel van een zogeheten comparution immédiate.⁸⁶ Daarnaast spreekt de minister een sterke voorkeur uit voor sancties met een educatief karakter. In het bijzonder wanneer de dader geen strafblad heeft, moet gebruik worden gemaakt van zogenoemde burgerschapskursussen die 'de republikeinse waarden van tolerantie en respect voor de menselijke waardigheid' in herinnering brengen.⁸⁷ Aan deze burgerschapskursussen is een speciale module over haatdragend gedrag toegevoegd.⁸⁸

Ten derde richt de *circulaire* zich tot de opsporingsdiensten. Vanwege de bewijsproblemen in de (rechts)praktijk acht de minister het noodzakelijk dat opsporingsdiensten specifieke instructies krijgen zodat snel de juiste opsporingsbevoegdheden kunnen worden toegepast. Tevens moeten in het bijzonder instructies worden gegeven over de opvang van slachtoffers. Tijdens het onderzoek moet ervoor worden gezorgd dat de feiten, die de verzwarende omstandigheid van racisme, antisemitisme of homofobie kunnen objectiveren, duidelijk uit de verklaringen naar voren komen. Daarnaast wordt aangemoedigd dat de opsporingsdiensten slachtoffers doorverwijzen naar slachtofferhulp en dat zij op de hoogte worden gehouden van de stappen die naar aanleiding van hun aangifte worden genomen. In het geval dat het feit een grote maatschappelijke impact heeft gehad, wordt aanbevolen om ook belangenorganisaties te informeren over de voortgang van de strafzaak.⁸⁹

Ten vierde moeten openbaar aanklagers zich specialiseren in de aanpak van criminaliteit met een discriminatoir motief en moet de samenwerking met maatschappelijke organisaties worden versterkt. Bij het Openbaar Ministerie wordt bij ieder parket een 'referentiemagistraat' aangesteld die toezicht houdt op de naleving van instructies door de opsporingsdiensten en die het aanspreekpunt is voor lokale belanghebbenden. De parketten nemen ook deel aan lokale commissies, de zogenoemde comités opérationnels de lutte contre le racisme et l'antisémitisme (CORA), die een regionaal preventiebeleid ontwik-

85 *Circulaire* Crim.2019- 6/E 1/ 04.04.2019, p. 2-4.

86 In deze versnelde procedure wordt de verdachte onmiddellijk nadat hij in hechtenis is genomen berecht.

87 *Circulaire* Crim.2019- 6/E 1/ 04.04.2019, p. 5. Vertaling van 'les valeurs républicaines de tolérance et de respect de la dignité humaine'.

88 *Circulaire* Crim.2019- 6/E 1/ 04.04.2019, p. 4-5.

89 *Circulaire* Crim.2019- 6/E 1/ 04.04.2019, p. 5-6.

kelen. In de *circulaire* wordt aanbevolen regelmatig bijeenkomsten met vertegenwoordigers van joodse en islamitische instellingen en de verenigingen die strijden tegen racisme, antisemitisme en homofobie te organiseren met het oog op het uitwisselen van informatie.⁹⁰

3.5 KNELPUNTEN IN WETGEVING EN (RECHTS)PRAKTIJK

De verzwarende omstandigheid is ook na de in 2017 herziene formulering kritisch besproken in de Franse rechtswetenschappelijke literatuur. Detraz signaleert dat het niet meer uitsluitend vaststellen van het discriminatoire motief aan de hand van de feitelijke uitingen waarmee het misdrijf wordt voorafgegaan, vergezeld of gevolgd, de wet er niet overzichtelijker op heeft gemaakt. Vooral omdat de wetgever geen indicatie geeft van de plaats van deze feiten (plaats delict, of ook elders?), binnen welk tijdsverloop (enkele ogenblikken voor of na het delict, of ook uren, dagen of maanden later?) en op wiens initiatief de feiten tot uiting worden gebracht (uitsluitend de dader, of ook mededaders of derden?). Ook kan het gebruik van de term ‘slachtoffer’ (victime) – waaronder in de Franse jurisprudentie vooral het directe slachtoffer wordt verstaan⁹¹ – volgens Detraz gevallen uitsluiten waarin het slachtoffer door de dader is aangevallen, omdat het slachtoffer een band heeft met een persoon van een bepaalde afkomst of een bepaald geloof.⁹² Hij stelt dat gevallen waarin duidelijk sprake is van een discriminatoir motief hierdoor buiten de werking van de omstandigheid kunnen vallen indien de rechter de wettekst strikt interpreteert.⁹³

Eind juni 2020 publiceerde de CNCDH haar rapportage over de strijd tegen racisme, antisemitisme en vreemdelingenhaat in 2019.⁹⁴ De inhoud van dit rapport komt in grote lijnen overeen met de analyses en aanbevelingen die in het rapport over 2018 naar voren zijn gebracht.⁹⁵ In haar rapportage betreft de commissie zowel de wetgeving als het beleid en de (rechts)praktijk.

Het strafrechtelijk kader wordt door de commissie ‘in het algemeen als bevredigend’ beschouwd.⁹⁶ Daarmee lijkt zij te bedoelen dat de wettelijke bepalingen adequaat zijn om tot een veroordeling te kunnen komen. Bij het

90 *Circulaire* Crim.2019- 6/E 1/ 04.04.2019, p. 6-7.

91 Zie bijvoorbeeld Cour de cassation 21 januari 2019, nr. 07-88330, *Bulletin criminel* 2009, n° 22.

92 Detraz, *Gaz.Pal.* 24 april 2017, p. 1311-1312.

93 Detraz, *Gaz.Pal.* 24 april 2017, p. 1312.

94 CNCDH, *La lutte contre le racisme, l’antisémitisme et la xénophobie. Année 2019*, Parijs: Direction de l’information légale et administrative 2020.

95 CNCDH, *La lutte contre le racisme, l’antisémitisme et la xénophobie. Année 2018*, Parijs: Direction de l’information légale et administrative 2019.

96 CNCDH 2020, p. 239.

gebruik van de opsomming met discriminatiegronden in de wet ziet de commissie een punt van verbetering. Bij de kwalificatie van het delict onderzoekt de rechter deze lijst vaak opeenvolgend. Het delict kan met de vaststelling van iedere grond worden gekwalificeerd. Het is dus niet ongebruikelijk dat zich in werkelijkheid een opeenstapeling van verschillende discriminatiegronden voordoet, maar dat bij de juridische kwalificatie van het delict slechts één grond wordt vastgesteld. Hierdoor moet een slachtoffer dat op meer dan één grond is gediscrimineerd, genoeg nemen met een veroordeling voor één van deze gronden. Deze methode heeft als voordeel dat de procedure wordt vereenvoudigd. Hoewel dit vervolging niet in de weg staat, heeft zij als nadeel dat opsporingsinstanties en de rechter niet worden gestimuleerd om het delict in al zijn facetten te onderzoeken, dat de dader mogelijk minder op de hoogte is van het precieze gedrag dat hem of haar wordt verweten en dat er minder recht wordt gedaan aan de aard van het misdrijf en de gevoelens van het slachtoffer. Meer praktisch gezien heeft het bovendien tot gevolg dat de statistische data, aan de hand waarvan de verschillende vormen van discriminatie worden onderzocht, een vertekend beeld kunnen geven.⁹⁷ Deze kritiek moet worden begrepen in het kader van de zogenoemde 'intersectionaliteit' van discriminatie; een sociologisch begrip dat duidt op de interactie tussen verschillende beschermde eigenschappen die afzonderlijke discriminatiegronden vormen.⁹⁸ Zo kan iemand worden gediscrimineerd op basis van zijn of haar religie, terwijl dit in sterke mate samenhangt met discriminatie op basis van afkomst. De CNCDH adviseert de Franse wetgever om de wet te heroverwegen zodat rekening zal worden gehouden met een meervoud aan discriminatiegronden die de verschillende aspecten van het delict kunnen weerspiegelen.⁹⁹ In hoeverre de voorgestelde wetswijziging daadwerkelijk zal leiden tot wijziging van de (rechts)praktijk, valt, onder andere gelet op het opportunititeitsbeginsel, te bezien.

De kritiek van de CNCDH richt zich echter vooral op het beleid en de (rechts)praktijk. Volgens de commissie staat de inspanning die wordt geleverd niet in verhouding tot de omvang van de discriminatieproblematiek.¹⁰⁰ We bespreken de meest relevante bevindingen waarop de commissie deze conclusie stoelt.

Een eerste punt van kritiek betreft de belemmeringen voor slachtoffers van discriminatie om aangifte te doen. Het gaat om twee aspecten: de angst van slachtoffers om aangifte te doen en een praktijk waarin de klacht enkel wordt opgenomen in een politieregister. De angst om aangifte te doen kan in verband staan met een vrees voor vergelding door de dader, maar ook uit een vrees

97 CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*. Année 2019, Parijs: Direction de l'information légale et administrative 2020, p. 261-262.

98 CNCDH 2020, p. 261.

99 CNCDH 2020, p. 262.

100 CNCDH 2020, p. 268.

dat politiemedewerkers zijn of haar klacht niet begrijpen waardoor het moeilijk is om bloot te leggen waarom de geschonden gevoelens voor hen zo belangrijk zijn.¹⁰¹ Dit is volgens het CNCDH problematisch, omdat er door de lage aangiftebereidheid sprake is van een grote onderrapportage. Uit slachtofferonderzoek blijkt namelijk dat er een grote discrepantie bestaat tussen het aantal incidenten waarover slachtoffers rapporteren en het aantal zaken dat onder de aandacht van politie en justitie wordt gebracht.¹⁰² De CNCDH wijst op een 'bijzondere verantwoordelijkheid' van het politiepersoneel die de aangifte opnemen. Zij beveelt aan dat rechercheurs en politiepersoneel bewust worden gemaakt van het belang van de juiste bejegening van slachtoffers, dat wordt aangedrongen op een grondig verhoor waarbij het discriminatoire motief wordt benadrukt en op het tijdig en juist herkennen van de wettelijke kwalificaties van het discriminatoire motief.¹⁰³ De tweede belemmering wordt aangeduid als 'la pratique des mains courantes'. Dit is een praktijk waar politiepersoneel slachtoffers ontmoedigt om aangifte te doen. In plaats daarvan krijgen zij de mogelijkheid om hun klacht te laten registreren in een politieregister (mains courantes), dat niet is bedoeld om de dader te vervolgen en dus niet onder de aandacht van het Openbaar Ministerie komt.¹⁰⁴ Het CNCDH is al jaren zeer kritisch op deze praktijk, mede omdat volgens de wet enkel het Openbaar Ministerie bevoegd is om over de opportuniteit van vervolging te oordelen. De commissie signaleert dat de actieve houding van het Ministerie van Justitie om deze praktijk tegen te gaan, lijkt af te zwakken. Ze verwijst naar het recentelijk ingenomen standpunt van het ministerie dat de praktijk van het politieregister niet verboden moet worden, omdat dat deze in sommige gevallen nuttig kan blijken.¹⁰⁵ Over welke gevallen dit zijn, maakt het rapport van de commissie geen melding.¹⁰⁶ Het CNCDH beveelt aan dat er duidelijke instructies worden gegeven aan politiepersoneel en rechercheurs om klachten niet op te nemen in het politieregister, dat er disciplinaire maatregelen worden genomen wanneer dit desondanks wel wordt gedaan en dat aan het afschaffen van deze praktijk ruchtbaarheid wordt gegeven zodat de samenleving hiervan op de hoogte wordt gebracht.¹⁰⁷

Een tweede punt van kritiek in de rapportage van het CNCDH richt zich op de bestaande bewijsproblematiek. De commissie wijst erop dat de moeilijk-

101 CNCDH 2020, p. 249.

102 CNCDH 2020, p. 249.

103 CNCDH 2020, p. 250-251.

104 CNCDH 2020, p. 252.

105 CNCDH 2020, p. 254.

106 In het algemeen gaat het bijvoorbeeld om het melden van burengerucht. Zie www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F11182 (bekeken op 13 september 2020). Melding daarvan zou op een later moment relevant kunnen zijn voor het starten van een strafrechtelijk onderzoek.

107 CNCDH 2020, p. 253-254. Zie ook www.sexosafe.fr/Ma-vie/Les-violences-LGBTQ/Homophobie-ca-suffit (bekeken op 13 september 2020). Sexosafe.fr is onderdeel van de website van de Franse publieke gezondheid (www.santepubliquefrance.fr/).

heid bij het onderzoeken van racistische misdrijven ligt in het vergaren van objectief bewijs voor het discriminatoire motief. Volgens haar blijft dit tot problemen leiden, omdat het onderzoek daarnaar technische vaardigheid vergt van opsporingsambtenaren waarvoor maar een beperkt aantal van hen is opgeleid. Naast dit gebrek aan vaardigheden is er tevens een gebrek aan ervaring, nu het aantal gemelde gevallen van racistische misdrijven laag is. Volgens de CNCDH is het voor een grondig strafrechtelijk onderzoek noodzakelijk dat de verklaring van het slachtoffer zorgvuldig wordt opgetekend zonder daarbij te vragen of deze zijn of haar klacht kan bewijzen. De feitelijke omstandigheden die de verklaring van het slachtoffer ondersteunen, moeten worden gevonden door zorgvuldig onderzoek te doen naar de omgeving van het slachtoffer, de omgeving en achtergrond van de dader, de plaats delict en de *modus operandi*.¹⁰⁸ Daarbij benadrukt de commissie dat wanneer 'het onderzoek zich niet concentreert op het zoeken naar bewijs voor het discriminatoire motief, en zich beperkt tot eenvoudige daden van diefstal of geweld, de zaak niet volledig zal worden opgehelderd, het slachtoffer zich niet herkend zal voelen en de dader niet zal worden gestimuleerd om de volledige betekenis van zijn of haar daad te begrijpen'.¹⁰⁹ Aanbevolen wordt daarom om diepgaand onderzoek te stimuleren, een gewoonte te creëren om te zoeken naar bewijs voor racistische incidenten en om voldoende middelen ter beschikking te stellen om dit onderzoek te kunnen uitvoeren. Daarnaast roept CNCDH het Openbaar Ministerie op om eerst na te gaan of een onderzoek naar het discriminatoire motief is uitgevoerd alvorens de vervolging te staken.¹¹⁰

Een derde punt van kritiek van het CNCDH richt zich op het opleggen van de gevangenisstraf en vrijheidsstraf. Uit de gegevens die het Ministerie van Justitie aanleverde, blijkt volgens de commissie dat de vrijheidsstraf en gevangenisstraf nog steeds de meest courante straf is. Zo werd in 2018 voor bedreiging in 75% van de veroordelingen een vrijheidsstraf en gevangenisstraf opgelegd, voor misdrijven tegen het leven en geweldpleging in 64% van de gevallen en voor vermogensdelicten in 40% van de gevallen.¹¹¹ Door de commissie wordt al langere tijd benadrukt dat, in lijn met de Code Pénal (zie paragraaf 3.2.3), de straf dient te worden geïndividualiseerd op basis van de feiten en de persoon van de dader. In het geval van discriminatiedelicten zou volgens de commissie in plaats van vrijheidsstraf en gevangenisstraf beter worden gekozen voor een alternatieve straf met een educatief doel, in het bijzonder de burgerschapscursus.¹¹²

¹⁰⁸ CNCDH 2020, p. 259-260.

¹⁰⁹ CNCDH 2020, p. 260.

¹¹⁰ CNCDH 2020, p. 260.

¹¹¹ CNCDH 2020, p. 266. Zie ook Statistische bijdrage van het Ministère de la justice, p. 10.

¹¹² CNCDH 2020, p. 266-267.

3.6 TUSSENCONCLUSIE

Deze paragraaf formuleert een antwoord op de deelvragen die in de inleiding van dit rapport zijn gesteld, voor zover Frankrijk betreffende. Voor de deelvragen verwijzen we naar paragraaf 1.2.2. In antwoord op die vragen kan het volgende worden gesteld.

Met artikel 132-76 CP kent Frankrijk een wettelijke regeling die het mogelijk maakt om strafbare feiten gepleegd vanwege een vermeend ras, een etnische groep, een natie of een bepaalde religie van het slachtoffer zwaarder te bestraffen. Artikel 132-77 CP voorziet in eenzelfde verzwaringsgrond wanneer het strafbare feit is gepleegd vanwege de vermeende seksuele geaardheid of de genderidentiteit van het slachtoffer. Hoewel de bepalingen zien op het motief van de dader om het strafbare feit te plegen, is er geen sprake van een subjectief vereiste. Voor het vaststellen van het discriminatoire motief voorziet de wet namelijk in een aantal objectieve criteria: het voorafgaan, vergezellen of volgen van het strafbare feit door woorden, geschriften, afbeeldingen, voorwerpen of handelingen van welke aard dan ook. Deze feitelijke handelingen moeten schadelijk zijn voor de eer of de goede naam van het slachtoffer of van een groep personen waarvan het slachtoffer lid is of hieruit moet kunnen worden vastgesteld dat de feiten om een van de discriminatoire redenen tegen het slachtoffer zijn begaan. Met deze geobjectiveerde omschrijving heeft de wetgever een moeizame zoektocht naar (het bewijs van) de innerlijke beweegredenen van de dader willen voorkomen.

De regeling is binnen het Franse strafrecht vormgegeven als een strafmaximumverhogende omstandigheid. Dit zijn in de wet gedefinieerde omstandigheden waarvan het bewijs de straftoemeteringsruimte van de rechter vergroot door het voor het strafbare feit gestelde wettelijke strafmaximum te verhogen. De artikelen 132-76 en 132-77 CP bepalen trapsgewijs waarmee het strafmaximum wordt verhoogd. De vrijheids- en gevangenisstraffen nemen telkens met een trede toe; een gevangenisstraf van vijf jaar wordt verhoogd tot zeven jaar, een gevangenisstraf van zeven jaar wordt verhoogd tot tien jaar, enzovoorts. In zes treden wordt de tijdelijke vrijheids- en gevangenisstraf zo verhoogd tot dertig jaar. De zevende trede verhoogt deze gevangenisstraf van dertig jaar tot levenslange vrijheidsstraf.

Sinds 2017 hebben de verzwarende omstandigheden uit artikel 132-76 en 132-77 CP een algemene werking. Zij zijn in beginsel van toepassing op alle misdaden (*crimes*) en delicten (*délits*). Daarnaast noemt de wet enkele strafbare feiten waarop de verzwarende omstandigheden niet van toepassing zijn, omdat het discriminatoire aspect reeds in de delictsommschrijving van het strafbare feit tot uitdrukking wordt gebracht. Het gaat om een reeds verzwaarde variant van mishandeling (artikel 222-13 CP), discriminatie (artikel 225-1 CP) en de uitingsdelicten in de Wet op de Persvrijheid 1881. Het motief van seksuele discriminatie uit artikel 132-77 CP heeft geen verzwarende werking bij seksuele

intimidatie (artikel 222-33) en bij een strafbaar feit dat is gepleegd door de echtgenoot of partner van het slachtoffer, om het slachtoffer te dwingen een huwelijk aan te gaan of vanwege het weigeren om een huwelijk aan te gaan.

Het discriminatoire motief van de dader moet worden ten laste gelegd en worden bewezen. Indien het bestaan ervan bewezen wordt geacht, moet deze worden toegepast; dit is niet overgelaten aan de discretie van de strafrechter. Dit houdt echter niet in dat de straf in concreto door de vaststelling van de verzwarende omstandigheden altijd hoger uitvalt. In het Franse straftoemetingsrecht heeft de rechter een grote discretionaire ruimte om, binnen de straftoemetingskaders die de wet formuleert, en door de verzwarende omstandigheden worden verruimd, een concrete straf te bepalen. De wet geeft daarbij enkele inhoudelijke criteria (artikel 132-1 CP), maar de eigen overtuiging (*conviction intime*) van de rechter, welke in beginsel geen motivering behoeft, is leidend. Deze *conviction intime* geldt als de bewijsstandaard binnen het Franse strafrecht. Voor het vaststellen van verzwarende omstandigheden geldt dezelfde bewijsstandaard.

Met de wettelijke regeling beoogt de Franse wetgever discriminatoir geweld, in het bijzonder racistisch en antisemitisch geweld, beter te kunnen bestrijden. Uit de statistische gegevens van het Franse Ministerie van Justitie blijkt dat de verzwarende omstandigheid van het discriminatoire motief van de dader in de (rechts)praktijk wordt toegepast. Het ontbreekt echter aan informatie om uitspraken te kunnen doen over of de wettelijke regeling bijdraagt aan het verwezenlijken van de doelstelling om discriminatoir geweld ook daadwerkelijk te bestrijden. De Franse wetgever zit niet stil en heeft met de herziening van de regeling in 2017 enkele knelpunten van de regeling uit 2003 weggenomen. Zo is de werking van de verzwarende omstandigheden verruimd naar een algemene verzwarende omstandigheid voor vrijwel *crimes* en *délits*. Daarnaast is onduidelijkheid weggenomen over de rol van de geobjectiveerde omschrijving. Met de nieuwe formulering heeft de wetgever duidelijk gemaakt dat deze als een toepassingsvereiste geldt, en niet slechts als een onweerlegbaar wettelijk vermoeden voor het bestaan van het discriminatoire motief.

Hoewel de geobjectiveerde omschrijving door enkele auteurs ook na de herziening wordt geproblematiseerd, ontstaat het beeld dat er binnen de (rechts)praktijk een zekere tevredenheid bestaat over de huidige vormgeving van de regeling. Door het CNCDH worden echter wel enkele knelpunten gesignaleerd met betrekking van de toepassing van de regeling in de (rechts)praktijk. Zo melden zij dat er voor slachtoffers drempels zijn om discriminatoir gemotiveerde strafbare feiten te melden bij de politie en worden gedane meldingen niet altijd doorgestuurd naar het Openbaar Ministerie. Ook is het discriminatoire motief vaak moeilijk te bewijzen door een gebrek aan diepgaand onderzoek daarnaar en een tekort aan gespecialiseerde onderzoekers. Ten slotte meldt het CNCDH dat de waarde van het opleggen van alternatieve straffen met een educatief doel, in het bijzonder de burgerschapscursus, bij

discriminatoire gemotiveerde delicten lijkt te worden onderschat. Dit blijkt uit het veelvuldig opleggen van vrijheids- en gevangenisstraffen. Uit deze knelpunten blijkt dat naast de wettelijke regeling ook de afhandeling door politie en justitie de nodige aandacht verdient bij de aanpak van discriminatoire gemotiveerde delicten. Op dit punt kan worden gewezen op de *circulaire* van de Minister van Justitie van april 2019 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.

4 | België

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staan we allereerst stil bij het Belgische strafftoematingsrecht. De regels daaromtrent zijn tamelijk complex. Dit houdt onder meer verband met de organisatie van de Belgische strafrechtspleging en de daarbij horende uiteenlopende strafrechtelijke en strafprocesrechtelijke regelgeving. Tevens is relevant dat de Belgische strafrechter zich vanouds tamelijk soeverein opstelt als het gaat om de strafftoemeting; binnen de wettelijke kaders acht de Belgische rechter zich vrij de straf te bepalen. In paragraaf 4.2 volgt een bondige bespreking van het geldende Belgische strafftoematingsrecht. We richten ons op de algemene kaders en de strafbeïnvloedende omstandigheden.

In paragraaf 4.3 gaan we in op de strafrechtelijke antiracismewetgeving in België. De Belgische (federale) wetgever heeft zich op het terrein van antiracisme actief opgesteld. Sinds 1981 geldt de, nadien diverse malen gewijzigde, Antiracismewet. In deze wet staan ook strafbepalingen, namelijk met betrekking tot het aanzetten tot discriminatie, alsmede een aantal daarmee verband houdende strafbaarstellingen, waaronder een verspreidingsdelict. Sinds 2003 is in het Belgische Strafwetboek (Sw) op verschillende plaatsen een zogeheten verzwarende omstandigheid ingevoerd. Paragraaf 4.3 geeft een korte beschrijving van de strafrechtelijke antiracismewetgeving en gaat tevens in op deze verzwarende omstandigheid. We besteden aandacht aan de redenen waarom tot invoering van de verzwarende omstandigheid is besloten en hoe zij in het systeem van het Belgische strafftoematingsrecht moet worden begrepen. Delicten die met de verzwarende omstandigheid worden begaan worden haatmisdrijf genoemd.

Over de toepassing van de verzwarende omstandigheid in de (rechts)praktijk is tamelijk veel bekend. In paragraaf 4.4 wordt inzicht gegeven in de wijze waarop de verzwarende omstandigheid in de rechtspraak wordt toegepast, het belang dat daaraan wordt gehecht en welke voor- en nadelen aan de wettelijke regeling kleven. We bespreken de relevante Omzendbrief van het College van Procureurs-Generaal, over 2019 gewezen rechtspraak waarin de verzwarende omstandigheid aan de orde kwam en gaan in op voorstellen tot aanpassing van de bestaande wetgeving. Ten behoeve van deze paragraaf werd gebruik gemaakt van antwoorden op een vragenlijst die wij stuurden naar het interfederale (landelijke) mensenrechteninstituut Unia en antwoorden van

enkele Nederlandstalige onderzoekers die aan Belgische universiteiten zijn verbonden. Tevens werd gebruik gemaakt van op de website van Unia gepubliceerde rechtspraak en maakten we gebruik van literatuur en parlementaire stukken. Ten behoeve van deze paragraaf werd ook kennisgenomen van het meest recente rapport van ECRI over België.

In paragraaf 4.5 worden enkele knelpunten van de bestaande wettelijke regeling besproken. Om die reden staan we in die paragraaf ook stil bij een wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek in België. Onderdeel van dit wetsvoorstel is een wijziging van de regeling van verzwarende omstandigheden die antwoord geeft op de geconstateerde knelpunten.

We sluiten dit hoofdstuk af met een tussenconclusie (paragraaf 4.6).

4.2 HET BELGISCHE STRAFTOEMETINGSRECHT IN VOGELVLUCHT

4.2.1 Enkele kenmerken van het sanctiestelsel

Het Belgische strafrecht vertoont gelijkenis met het Franse. Beide komen voort uit de Franse Code Pénal van 1810. Naar dit model maakt het in 1867 ingevoerde Belgische Strafwetboek een onderscheid tussen drie typen strafbare feiten, in het Belgisch strafrecht overigens misdrijven genoemd: misdaden (*crimes*), wanbedrijven (*délits*) en overtredingen (*contraventions*).¹ Dit onderscheid is gebaseerd op de op het strafbare feit gestelde straf (artikel 1 Sw) en heeft onder meer gevolgen voor de rechterlijke competentie. Misdaden worden bestraft met criminele straffen. Op wanbedrijven zijn correctionele straffen gesteld. Overtredingen worden bestraft met politiestraffen.

Het Belgisch Strafwetboek bestaat uit twee boeken: Boek I, getiteld 'De misdrijven en de bestraffing in het algemeen' en Boek II, getiteld 'De misdrijven en hun bestraffing in het bijzonder'. In het algemeen deel staan bepalingen over de sancties en een aantal algemene leerstukken, waaronder de poging, de samenloop en de deelneming. In Boek II staan in verschillende titels de misdrijven vermeld. Deze titels zijn vaak opgedeeld in verschillende hoofdstukken. De meerderheid van de in het Strafwetboek opgenomen misdrijven zijn misdaden en wanbedrijven die vaak in één titel worden behandeld. Sinds zijn inwerkingtreding zijn veel overtredingen uit het Strafwetboek verwijderd.

Het Belgische strafftoemетingskader wordt als zeer complex omschreven.² Dat houdt verband met de vele uitbreidingen van het sanctiearsenaal die

1 In het meertalige België bestaan van het Strafwetboek (en andere wetten) een officiële Duitse, Franse en Nederlandse uitgave. Wij gebruiken telkens de Nederlandse tekst.

2 Dupont heeft in 1985 getracht de verschillende strafftoemетingsnormen in een overzichtelijke tabel vorm te geven. Zie tamelijk recent samengevat door Van Den Berge 2013, p. 114-115.

resulteerden in een ruime bevoegdheid voor de rechter.³ Ook het vervagen van de grenzen tussen de onderscheiden strafbare feiten (onder meer tot uitdrukking komend in de zogeheten correctionalisering van de misdaden)⁴ draagt bij aan deze complexiteit. Het tweede hoofdstuk van boek I van het Strafwetboek bevat de algemene bepalingen over straffen. Artikel 7 Sw bepaalt de toepasselijke straffen op misdrijven die door natuurlijke personen zijn gepleegd. Oorspronkelijk kende de wet slechts drie hoofdstraffen: de vrijheidsstraf, de geldboete en de bijzondere verbeurdverklaring. De vrijheidsstraf is de verzamelterm voor uiteenlopende termen die het Strafwetboek daarvoor gebruikt: opsluiting, hechtenis, correctionele gevangenisstraf en politiegevangenisstraf. Het aantal straffen is met de introductie van de werkstraf, het elektronisch toezicht en de autonome probatiestraf uitgebreid tot zes (artikel 7 Sw).⁵

Misdaden kunnen worden bestraft met opsluiting en hechtenis.⁶ Ook de geldboete, bijzondere verbeurdverklaring, ontzetting van bepaalde politieke en burgerlijke rechten en terbeschikkingstelling van de strafuitvoeringsrechtbank kunnen worden opgelegd. De terbeschikkingstelling kan worden opgelegd met het oog op de bescherming van de maatschappij tegen personen die bepaalde ernstige strafbare feiten plegen die de integriteit van personen aantasten. Zij gaat in, na ommekomst van de vrijheidsstraf voor ten minste vijf en ten hoogste vijftien jaar (artikel 34bis en 34ter Sw). Wanbedrijven en overtredingen worden bestraft met gevangenisstraf, straf onder elektronisch toezicht, werkstraf, autonome probatiestraf⁷ en geldboete, alsmede de bijkomende straf van bijzondere verbeurdverklaring, ontzetting van bepaalde politieke en burgerlijke rechten en terbeschikkingstelling van de strafuitvoeringsrechtbank. Overtredingen kunnen worden bestraft door gevangenisstraf, straf onder elektronisch toezicht, werkstraf, autonome probatiestraf, geldboete en bijzondere verbeurdverklaring.⁸

De overige artikelen in het hoofdstuk over straffen bepalen onder meer de duur waarvoor de straffen kunnen worden opgelegd. Zo bepalen artikel 8 en 10 Sw dat opsluiting en hechtenis levenslang of tijdelijk kunnen worden opgelegd. Artikel 9 en 11 Sw voorzien in de termijnen waarbinnen de duur van de opsluiting kan worden gekozen: vijf tot tien jaar, tien tot vijftien jaar,

3 Raats 2016, p. 16.

4 Daarmee wordt bedoeld dat voor de berechting van deze misdaden naast het hof van assisen ook de correctionele rechtbank bevoegd is, met verhoging van de door de correctionele rechtbank op te leggen gevangenisstraf (artikel 25 Sw). De volledige correctionalisering van alle misdaden werd door het Grondwettelijk Hof overigens ongrondwettig verklaard (arrest van 21 december 2017, *B.St.* 12 januari 2018, p. 1393).

5 Raats 2016, p. 16-17.

6 Hechtenis wordt gebruikt bij politieke misdaden, waaronder de misdaden tegen de veiligheid van de staat. Tussen opsluiting en hechtenis bestaat feitelijk nauwelijks verschil.

7 Een autonome probatiestraf is een zelfstandige straf waarbij de veroordeelde zich gedurende een gegeven periode aan bepaalde voorwaarden moet houden (artikel 37octies-37undecies Sw).

8 Raats 2016, p. 17.

vijftien tot twintig jaar, twintig tot dertig jaar of dertig tot veertig jaar. Hetzelfde geldt voor de correctionele en de politiegevangenisstraf (artikel 25 en 28 Sw). Dit illustreert dat de Belgische wet niet enkel voorziet in een bijzondere maximumstraf, maar telkens ook een bijzondere minimumstraf voorschrijft. Deze boven- en ondergrens zijn bepaald voor vrijwel alle vrijheidsstraffen, geldboetes en werkstraffen. De levenslange vrijheidsstraf is daarvan uitgezonderd. Zij is in bepaalde gevallen de enige straf die de rechter mag opleggen. Verzachtende omstandigheden maken het voor de rechter evenwel mogelijk af te zien van deze straf en een tijdelijke vrijheidsstraf op te leggen (artikel 80 en 81 Sw).

Boek II van het Strafwetboek bevat een catalogus met strafbare feiten. Daarbij bepaalt de wet bij ieder afzonderlijk delict in abstracto de toepasselijke straf. Meestal worden enkel de twee oorspronkelijke hoofdstraffen, de vrijheidsstraf en de geldboete, genoemd. Met de introductie van de nieuwere hoofdstraffen heeft de wetgever de individuele strafbaarstellingen ongemoeid gelaten. Het staat de rechter vrij om de klassieke hoofdstraffen te vervangen door één van de nieuwere straffen, tenzij de wet anders bepaalt. Zo mag de rechter voor een autonome probatiestraf kiezen indien een feit van dien aard is om door een politie- of correctionele straf gestraft te worden (artikel 37octies Sw). Daarvan uitgesloten is onder andere verkrachting (artikel 375 jo. artikel 37octies Sw). Hetzelfde lezen we met betrekking tot de werkstraf (artikel 37quinquies Sw). Ook is in de wet geregeld dat gevangenisstraf, straf onder elektronisch toezicht, werkstraf en autonome probatiestraf niet tezamen mogen worden toegepast (artikel 7 Sw).

De wet bepaalt dat de straf onder elektronisch toezicht voor dezelfde duur kan worden opgelegd als wanneer de rechter een gevangenisstraf zou opleggen (artikel 37ter Sw). De minimale en maximale duur van de werkstraf en de autonomie probatiestraf zijn in de wet geregeld (artikel 37quinquies en 37octies Sw). Ten aanzien van de werkstraf bepaalt de duur ervan of sprake is van een politie- of een correctionele (werk)straf. (artikel 37quinquies Sw). Hetzelfde geldt voor de autonome probatiestraf (artikel 37octies Sw). De wet bepaalt voor de meeste nieuwere straffen niet hoe deze zich verhouden tot de gevangenisstraf. Dit mag de rechter naar eigen inzicht invullen.⁹

In een enkel geval heeft een strafbepaling een verplichtend karakter met betrekking tot de op te leggen straf. Zo is levenslange opsluiting de enige straf die kan worden opgelegd in geval van moord (artikel 394 Sw). In verreweg de meeste gevallen hebben de straffen echter een facultatief karakter. Dat wil zeggen dat de wet de minimum- en maximumstraf formuleert. Dat kan alleen een vrijheidsstraf zijn (brandstichting wordt bijvoorbeeld bedreigd met opsluiting van tien tot vijftien jaar (artikel 511 Sw)), maar ook een combinatie van vrijheidsstraf en geldboete (opzettelijk toebrengen van verwondingen of slagen wordt bedreigd met gevangenisstraf van acht dagen tot zes maanden en

9 Raats 2016, p. 17-18.

geldboete van zesentwintig tot honderd euro (artikel 398 Sw)). In die gevallen wordt het aan de discretionaire bevoegdheid van de rechter overgelaten om de straf in concreto te bepalen.¹⁰

Bevoegd voor het behandelen van strafzaken zijn de politierechtbank, de correctionele rechtbank en het hof van assisen. De competentie van deze gerechten loopt niet helemaal parallel met de onderverdeling in misdaden, wanbedrijven en overtredingen. De politierechtbank is competent voor de overtredingen (artikel 137 Wetboek van Strafvordering (Sv)), tenzij de wet anders bepaalt (artikel 137 en 138 Sv).¹¹ De politierechtbank bestaat uit een enkelvoudige kamer (artikel 91 van het Gerechtelijk Wetboek (GerW)). De correctionele rechtbank dient als appelinstantie (artikel 174 Sv). In eerste aanleg neemt de correctionele rechtbank kennis van alle misdrijven waarvan de gevangenisstraf hoger is dan zeven dagen en de geldboete hoger dan 'vijfentwintig frank' (artikel 179 Sv). Ook de correctionele rechtbank bestaat uit een enkelvoudige kamer, tenzij zij als appelinstantie dient of kennisneemt van een misdrijf waarop een straf van meer dan twintig jaar opsluiting staat (artikel 91 en 92 GerW). In die en andere gevallen genoemd in artikel 92 GerW bestaat de correctionele rechtbank uit een kamer met drie rechters. Het hof van beroep dient als appelinstantie (artikel 200 Sv).

In elke provincie en in het administratief arrondissement Brussel-Hoofdstad worden assisen gehouden voor de berechting van beschuldigen die het hof van beroep daarnaar verwijst, aldus artikel 114 GerW. Een hof van assisen bestaat uit een voorzitter en twee assessoren (allen ervaren rechters) en wordt bijgestaan door een jury met twaalf gezworenen (artikel 119, 120, 121 en 123 GerW). Het hof is bevoegd kennis te nemen van misdaden (artikel 216novies Sv). In de Belgische Grondwet wordt berechting door een jury voor misdaden, politieke en drukpersmisdrijven (uitgezonderd de welke die door racisme en xenofobie zijn ingegeven) expliciet genoemd (artikel 150).¹² Van berechting door een hof van assisen kan worden afgezien wanneer sprake is van verzachtende omstandigheden (artikel 216novies Sv). In die gevallen is de correctionele rechtbank competent (artikel 2 van de Wet op de verzachtende omstandigheden). Deze bepaling maakt het mogelijk om, onder aanneming van verzachtende omstandigheden, alle misdaden door de correctionele rechtbank te laten behandelen. Het Grondwettelijk Hof heeft het onttrekken van *alle* misdaden

10 De Nauw & Deruyk 2017, p. 63; Van den Wyngaert 2011, p. 459; Rozie, RW 2006/38, p. 1482; Dupont & Verstraeten 1990, p. 435-436.

11 Bij verzachtende omstandigheden kan de politierechtbank ook bevoegd zijn kennis te nemen van wanbedrijven. Vgl. artikel 85 Sw.

12 De uitzondering kwam tot stand met de Wijziging van de Grondwet van 7 mei 1999, B.S. 29 mei 1999. Als reden voor deze wijziging wordt genoemd het gebrek aan bereidheid om dergelijke zaken voor het hof van assisen te vervolgen vanwege onder andere de lange duur, de hoge kosten en het ontbreken van de mogelijkheid van hoger beroep en de bijgevolg de facto bestaande strafrechtelijke immuniteit die als onwenselijk werd aangemerkt. Zie *Parl. St.* Kamer 1998/1999, 1936/001, p. 2-3.

aan het hof van assisen gelet op het bepaalde in artikel 150 van de Belgische Grondwet evenwel ongrondwettig verklaard.¹³

4.2.2 Strafbeïnvloedende omstandigheden in het Strafwetboek

De rechter is bij het bepalen van de straf gehouden aan de wettelijke grenzen. In de meeste gevallen betekent dit dat de rechter een straf moet bepalen binnen de in de wet geformuleerde minimum- en maximumstraf. De rechter kan van deze grenzen afwijken met wettelijke verzachtende en -verzwarende gronden. Hoewel deze gronden de rechter een grotere bewegingsruimte biedt bij het bepalen van de straf in een concreet geval, wordt met het oog op het legaliteitsbeginsel exact in de wet bepaald in welke mate de rechter van de vooraf bepaalde algemene kaders mag afwijken.¹⁴

De door het strafminimum gevormde ondergrens verliest zijn hardheid door de verschoningsgronden en verzachtende omstandigheden. Verschoningsgronden zijn in de wet genoemd en moeten, indien aanwezig, verplicht worden toegepast.¹⁵ Zij kunnen een strafverminderende werking hebben – waarbij zowel het strafminimum als het strafmaximum kan worden verlaagd – of een strafuitsluitende werking hebben – waarbij de rechter wordt verboden een straf op te leggen. Een voorbeeld van een strafverminderende verschoningsgrond is wanneer de dader tot de daad is geprovoceerd (artikel 411 en 414 Sw). Een voorbeeld van een uitsluitende verschoningsgrond is het bekend maken van valsmunterij voordat het geld is uitgegeven of voordat het feit wordt vervolgd (artikel 192 Sw). Verschoningsgronden hebben blijkens het voorgaande een bijzonder karakter. Zij hebben, in tegenstelling tot rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden, geen algemene werking, maar zijn gebonden aan een specifieke strafbaarstelling.¹⁶ Verzachtende omstandigheden kunnen vrijwel altijd door de rechter worden aangenomen. De wet bevat een omschrijving van de strafverminderende werking (artikel 79-85 en 566 Sw), maar benoemt geen specifieke omstandigheden. De rechter is vrij om bepaalde factoren tijdens de straftoemeting als zodanig aan te merken. De verzachtende omstandigheden zijn persoonlijk en zien op de individualisering van de straf. Sinds 2008 kunnen verzachtende omstandigheden ook worden gebruikt om het delict te denatureren. Het Openbaar Ministerie of het onderzoeksgerecht (dat wil zeggen de raadkamer of kamer van inbeschuldigingstelling) kan voorafgaand aan het onderzoek ter terechtzitting verzachtende omstandigheden toepassen zodat de aard van het delict wordt gewijzigd (artikel 2 van de Wet

13 Arrest van 21 december 2017, *B.St.* 12 januari 2018, p. 1393.

14 Rozie, *NC* 2013/1, p. 6; Van den Wyngaert 2011, p. 280.

15 Van den Wyngaert 2011, p. 462.

16 Van den Wyngaert 2006, p. 238-239; Raats 2016, p. 19-20.

op de verzachtende omstandigheden). Zo kan een misdaad worden gewijzigd in een wanbedrijf en een wanbedrijf worden gewijzigd in een overtreding. Dit wordt correctionalisering respectievelijk contraventionalisering genoemd.¹⁷

De door het delict gestelde maximumstraf is eveneens niet absoluut. Door middel van de wettelijke regelingen van herhaling (recidive) (artikel 54-57 Sw) en samenloop van misdrijven (artikel 58-65 Sw) kan de opgelegde straf boven deze grens uitkomen. Ook verzwarende omstandigheden maken het mogelijk om de maximumstraf te overschrijden. Het legaliteitsbeginsel maakt het niet mogelijk dat de rechter zelfstandig op basis van de concrete omstandigheden een straf oplegt die hoger is dan het wettelijk bepaalde strafmaximum. Dit kan enkel voortvloeien uit een vooraf bij wet bepaalde en uitdrukkelijk aan strafverzwaring gekoppelde factor.¹⁸ Net als de verschoningsgronden hebben verzwarende omstandigheden een bijzonder karakter; zij zijn gebonden aan een specifieke strafbaarstelling. De vaststelling van een verzwarende omstandigheid brengt een in de wet geformuleerde strafverhoging met zich mee. Strafverhoging vindt plaats door verhoging van de maximumgrens, door een verhoging van de minimumgrens of door een combinatie van beide.¹⁹

In de literatuur worden verschillende onderscheiden gemaakt van de in de wet tot uitdrukking komende verzwarende omstandigheden. In de eerste plaats kan strafverhoging zijn ingegeven door het feit zelf, de zogeheten reële (of materiële) verzwarende omstandigheden, of zij kunnen betrekking hebben op de persoon van de dader, de persoonlijke verzwarende omstandigheden. Reële omstandigheden zijn bijvoorbeeld braak, inklimming of het gebruik van valse sleutels bij het plegen van een diefstal (artikel 467 Sw). De hoedanigheid van 'loondienaar' bij het plegen van een diefstal (artikel 464 Sw) is een voorbeeld van een persoonlijke omstandigheid. Dit onderscheid is vooral van belang wanneer meer dan één dader bij het feit betrokken is. Alleen reële verzwarende omstandigheden gelden voor alle mededaders; ook indien zij niet hebben deelgenomen aan of zelfs niet op de hoogte waren van de verzwarende omstandigheid.²⁰ Persoonlijke verzwarende omstandigheden moeten daarentegen voor iedere dader afzonderlijk worden vastgesteld. Een tweede onderscheid wordt gemaakt tussen omstandigheden die op zichzelf een strafbaar feit vormen – bijvoorbeeld het gebruikmaken of dreigen met wapens tijdens een diefstal (artikel 472 Sw) – en omstandigheden die op zichzelf geen strafbaar feit vormen – bijvoorbeeld de familiale band bij oudermoord (artikel 195 Sw).²¹

17 De Nauw & Deruyk 2017, p. 63. Zie over verzachtende omstandigheden uitgebreid Rozie, NC 2013/1.

18 Van den Wyngaert 2011, p. 280.

19 Dupont & Verstraeten 1990, p. 442.

20 De Nauw & Deruyk 2017, p. 65.

21 Van den Wyngaert 2006, p. 250.

Hoewel de verzwarende omstandigheden technisch gezien onderdeel vormen van de straftoemeting, zijn zij nauw verbonden met het delict. Zij vormen in die zin geen tegenhanger van de verzachtende omstandigheden. Deze zien immers uitsluitend op de straf. Verzwarende omstandigheden zien daarentegen op de kwalificatie van het feitencomplex. De vaststelling van verzwarende omstandigheden transformeert het basisdelict tot een verzwaard delict. Ook wanneer de verzwarende omstandigheid op zichzelf een strafbaar feit vormt, smelten zij samen tot één delict. Vanuit de regel dat de rechter aan het tenlastegelegde feit de juiste kwalificatie moet geven (artikel 163, 195 en 344 Sv), is hij verplicht om de verzwarende omstandigheden toe te passen wanneer hij het bestaan ervan vaststelt. Het staat de rechter om die reden niet vrij om een verzwarende omstandigheid die ook op zichzelf een strafbaar feit vormt af te splitsen van het basisdelict en als zelfstandig delict, door toepassing van de samenloopregeling met het basisdelict, in de straftoemeting te betrekken.²² De verzwarende omstandigheid wordt dus toegepast bij de kwalificatie van het feitencomplex. Toch moeten de verzwarende omstandigheden en de bestanddelen van het basisdelict van elkaar worden onderscheiden. Dit onderscheid is bijvoorbeeld van belang gelet op de volgorde van de vragen in de procedure voor het hof van assisen.²³ Bij die procedure wordt namelijk eerst over het 'hoofdfeit' en daarna over elke omstandigheid beraadslaagd (artikel 329 Sv).

4.2.3 Straftoemeting door de rechter

Hierboven werd duidelijk dat de Belgische wet voorziet in de grenzen van de straftoemeting en de regels bepaalt waarmee deze grenzen kunnen worden verlaagd en verhoogd. Binnen deze kaders heeft de rechter een soevereine en onaantastbare straftoemetingsvrijheid.²⁴ Het ontbreekt daarbij aan inhoudelijke criteria of concrete richtlijnen.²⁵ Enkel op het gebied van de geldboete biedt de wetgever enige sturing. Artikel 163 en 195, derde lid, Sv bepalen dat de rechter bij het vaststellen van de hoogte van de geldboete rekening moet houden met de aangevoerde argumenten over de sociale toestand van de beschuldigde. Meer algemeen is in de jurisprudentie de vaste formule ontwikkeld dat 'de feitenrechter [...], binnen de door de wet gestelde perken, op onaantastbare wijze de strafmaat [bepaalt] die hij in verhouding acht tot de zwaarte van de bewezen verklaarde misdrijven en de individuele strafwaardigheid van elke beklaagde, zonder de redenen te hoeven opgeven waarom hij de

22 Van den Wyngaert 2011, p. 266 en 281; Dupont & Verstraeten 1990, p. 442-443.

23 Dupont & Verstraeten 1990, p. 441.

24 Dupont & Verstraeten 1990, p. 435-436; Van den Wyngaert 2011, p. 462; Van Den Berge 2013, p. 115.

25 Rozie, RW 2006/38, p. 1481-1482.

mede-beklaagden al dan niet tot een gelijke straf veroordeelt'.²⁶ De literatuur omschrijft de straftoemeting als een 'menschwetenschap' die afhangt van de inzichten van de individuele rechter. Daarbij is het theoretische uitgangspunt dat deze professionele rechter het 'gerechtigheidsgehalte' van de straf waarborgt.²⁷

Vanuit een vrees dat dit individualisme tot willekeur in de straftoemeting leidt en de wens om rechters ertoe aan te zetten op bedachtzame wijze de straf te bepalen, heeft de wetgever in 1987 een motiveringsverplichting ingevoerd (zie ook artikel 149 van de Belgische Grondwet).²⁸ Artikel 195 en 364bis Sv verplichten de correctionele rechtbank en het hof van assisen om in het vonnis de redenen op te nemen waarom, indien de wet dit overlaat aan de vrije beoordeling van de rechter, een bepaalde straf of maatregel is uitgesproken.²⁹ Deze motivering moet de strafmaat voor elke uitgesproken straf of maatregel rechtvaardigen. De redenen moeten nauwkeurig, maar op een wijze die beknopt mag zijn, in het vonnis worden opgenomen.³⁰ Het Hof van Cassatie stelt geen hoge eisen aan de door het gerecht gegeven strafmotivering. Een enkele overweging over de strafsoort en -maat is voldoende.³¹ Wanneer door de verdachte geen verweer wordt gevoerd over een in de tenlastelegging opgenomen verzwarende omstandigheid, kan de feitenrechter volgens het Hof van Cassatie volstaan met die omstandigheid 'in de bewoordingen van de wet bewezen te verklaren'.³²

De motiveringsplicht is erop gericht inzicht te krijgen in de straftoemeting en consistentie daartussen te vergroten. Door het gebrek aan inhoudelijke sturing van de motivering en omdat veel rechters hun soevereine beoordelingsvrijheid als zeer belangrijk beschouwen, zijn deze door de wetgever geformuleerde verwachtingen beperkt waargemaakt.³³

26 Hof van Cassatie 13 augustus 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 1519. Zie ook Rozie, *NC* 2007/3, p. 178.

27 Rozie, *RW* 2006/38, p. 1481.

28 Van den Wyngaert 2011, p. 464.

29 Ten aanzien van de politierechtbank geldt een algemene motiveringsverplichting (artikel 163 Sv); de verplichting de opgelegde straf te motiveren wordt niet uitdrukkelijk vermeld. Wel wordt ten aanzien van de geldboete bepaald dat de politierechtbank rekening houdt met de draagkracht van de veroordeelde.

30 Zie uitgebreid Smetryns *CABG* 2005/1, p. 30-34. Wanneer de rechter mag kiezen tussen geldboete of gevangenisstraf, dient hij het enkel opleggen van de minimumgevangenisstraf toe te lichten. In dat geval rijst de vraag waarom niet (ook) voor een geldboete is gekozen.

31 Rozie, *NC* 2007/3, p. 179; Van Den Berge 2013, p. 122.

32 Hof van Cassatie 16 november 1999, *Arr. Cass.* 1999, nr. 608.

33 Van den Wyngaert 2011, p. 464. Zie uitgebreid Rozie, *RW* 2006/38, p. 1481-1491.

4.2.4 Procesrechtelijke aspecten

De straftoemeting door de rechter staat niet op zichzelf, maar wordt beïnvloed door de procespartijen.³⁴ De verdediging mag alle mogelijke elementen aanvoeren met betrekking tot de straftoemeting. Daarbij bevindt deze zich in een enigszins geprivilegieerde positie vanwege het laatstewoordprincipe.³⁵ Het laatste woord geeft de verdachte immers alle ruimte om als laatste zijn versie van het gebeurde te geven. Voorts mag de rechter het weigeren schuld te bekennen en het gebrek aan verantwoordelijkheidszin en schuldinzicht niet ten nadele van de verdachte meewegen in de straftoemeting. Uit rechtspraak blijkt dat de afwezigheid van spijtbetuigingen, de gemoedsgesteldheid van de verdachte of de houding ten opzichte van het slachtoffer wel ter onderbouwing van de straftoemeting (ten nadele en ten voordele van de dader) mogen dienen.³⁶

Van de procespartijen heeft het Openbaar Ministerie echter de meeste invloed op de straftoemeting. Al voorafgaand aan de procedure functioneert het als een filterorgaan bij het bepalen welke zaken voor de rechter verschijnen. Daarnaast kan het bij wijze van correctionalisering of contraventionalisering van het delict, al voor de straftoemeting, ervoor zorgen dat de strafruimte voor de rechter wordt beperkt. Ook tijdens de procedure heeft het Openbaar Ministerie met diens verantwoordelijkheid voor de samenstelling van het strafdossier en het vorderen van de strafeis een grote invloed op de straftoemetingsbeslissing.³⁷ Met de strafeis doet deze een voorzet voor de op te leggen straf. In de Belgische literatuur wordt de invloed die de vordering op de straftoemeting heeft de ‘verankeringstheorie’ genoemd. De strafeis van het Openbaar Ministerie vormt als het ware het ankerpunt voor de rechter bij het bepalen van de straf. Ook in het pleidooi van de advocaat wordt deze vordering vaak tot ankerpunt verheven. Het Openbaar Ministerie is overigens niet gehouden een inhoudelijke strafeis te presenteren. Met het ontbreken van formele strafvorderingsrichtlijnen komt het nogal eens voor dat enkel ‘de toepassing van de strafwet’ wordt gevorderd.³⁸

Verzwarende omstandigheden kunnen voor aanvang van het onderzoek ter zitting in de dagvaarding (bij de assisenprocedure akte van beschuldiging genoemd) zijn vermeld, zij kunnen ook tijdens het onderzoek naar voren

34 Rozie, NC 2014/2, p. 91-92.

35 Rozie, NC 2014/2, p. 94.

36 Rozie, NC 2014/2, p. 98. Vanwege het gebrek aan scheiding tussen schuld en straf in de procedure, kan de verdediging daarbij in een lastige positie komen te verkeren. Wanneer deze in de eerste plaats onschuld bepleit, komt het in de tweede plaats getoonde spijt al snel als ongeloofwaardig over. Idem, p. 99-103.

37 Rozie, NC 2014/2, p. 99-103.

38 Rozie, NC 2014/2, p. 95-97.

komen.³⁹ Ten aanzien van het hof van assisen is dit uitdrukkelijk in de wet bepaald (respectievelijk artikel 261, sub 2° en artikel 324 Sv). Zijn verzwarende omstandigheden voor aanvang van de zitting in de akte vermeld, dan wordt deze verzwarende omstandigheid behandeld bij de schuldvraag ('Is de beschuldigde schuldig aan die bepaalde doodslag, die bepaalde diefstal of die bepaalde andere misdaad?'; artikel 323 Sv). Komen de verzwarende omstandigheden pas tijdens het onderzoek ter terechtzitting naar voren, dan dient de jury na de vorige vraag ook de vraag 'Heeft de beschuldigde de misdaad gepleegd met die of die omstandigheid' afzonderlijk te beantwoorden (artikel 324 Sv). Een veroordelend arrest dient melding te maken 'van de redenen die hebben geleid tot de bepaling van de opgelegde straf' en vermeldt de toepasselijke wetsbepaling (artikel 344 Sv).

Bij de politierechtbank en de correctionele rechtbank ontbreekt een dergelijk niveau van detail. Met betrekking tot de politierechtbank bepaalt artikel 161 Sv dat indien de beklaagde schuldig wordt bevonden, zij de straf uitspreekt, die met redenen is omkleed. Het vonnis vermeldt ook de toepasselijke wetsbepaling (artikel 163 Sv). Ten aanzien van de correctionele rechtbank bepaalt artikel 195 Sv dat ieder veroordelend vonnis in ieder geval de feiten vermeldt waaraan de gedaagde zich schuldig heeft gemaakt of waarvoor hij aansprakelijk wordt geoordeeld, alsmede de straf en de toegepaste wetsbepaling.

Het bewijsstelsel in strafzaken in België geldt als een vrij stelsel. Dat betekent dat de wet niet bepaalt welke als bewijsmiddelen worden erkend; de rechter is in beginsel volledig vrij zijn overtuiging op alle aanwezige informatie te baseren.⁴⁰ De bewijslast rust op het Openbaar Ministerie (en de burgerlijke partij). Is dat niet in staat de rechter te overtuigen van de schuld van de beklaagde of beschuldigde, dan dient de rechter hem vrij te spreken. Dit wordt ook goed zichtbaar in de procedure bij het hof van assisen. De beslissing van de jury voor of tegen de beschuldigde wordt volgens artikel 331 Sv genomen bij meerderheid van stemmen; bij staking van de stemmen is de beslissing ten gunste van de beschuldigde. Bij het bepalen van de straf zijn de rechters en juryleden 'die zich het minst gunstig ten aanzien van de beschuldigde hebben uitgesproken,' verplicht zich met de meer gunstige mening te verenigen (artikel 343 Sv). Het hof van assisen moet over de op te leggen straf met volstreekte meerderheid (eenparigheid) beslissen, waarbij bij uiteenlopende opvattingen men zich steeds met de meer gunstige mening heeft te verenigen

39 Omstandigheden die tijdens het onderzoek ter terechtzitting naar voren komen moeten aan de tenlastelegging worden toegevoegd.

40 In de assisenprocedure geldt dat een schuldigverklaring slechts kan worden uitgesproken wanneer 'uit de toegelaten bewijselementen voortvloeit dat de beschuldigde boven elke redelijke twijfel schuldig is aan de ten laste gelegde feiten'. Deze aanwijzing wordt voor aanvang van de beraadslaging door jury en rechters door de voorzitter voorgelezen en moet volgens de wet 'in grote letters op de meest in het oog vallende plaats van de beraadslagingskamer worden opgehangen' (artikel 327 Sv). Deze regel geldt ook bij het bewijzen van de verzwarende omstandigheden. Zie over dat laatste De Hert, NC 2020/4.

(artikel 343 Sv). Dat betekent bijvoorbeeld dat bij gebrek aan eenparigheid van stemmen ten aanzien van de aanwezigheid van een verzwarende omstandigheid, zij die zich op het standpunt stellen dat die omstandigheid aanwezig is, zich moeten verenigen met die rechters en/of leden van de jury die er niet van overtuigd zijn dat die omstandigheid zich voordoet.

Het vrije bewijsstelsel is ook van toepassing op de verzwarende omstandigheden. Ook hier geldt dat het aan het Openbaar Ministerie is de informatie aan te dragen die de rechter in staat stelt ook van de verzwarende omstandigheden buiten elke redelijke twijfel de overtuiging te bekomen. Wanneer die overtuiging ontbreekt, dient de rechter de beklaagde of beschuldigde van de verzwarende omstandigheid vrij te spreken. In hoger beroep tegen correctionele vonnissen kan op de verzwarende omstandigheden worden teruggekomen. Artikel 211bis Sv bepaalt dat het hof van beroep slechts 'met eenparige stemmen van zijn leden' kan veroordelen waar de beklaagde of beschuldigde in eerste aanleg is vrijgesproken. Eenstemmigheid is ook vereist wanneer het hof de straf verzwart. Voor hoger beroep van vonnissen van de politierechtbank ontbreekt een dergelijke bepaling. Artikel 176 Sv bepaalt slechts dat de bepalingen die gelden voor eerste aanleg ook in hoger beroep van toepassing zijn.

4.3 DE WETTELIJKE REGELING VOOR HET BETREKKEN VAN HET DISCRIMINATOIRE ASPECT BIJ DE STRAFTOEMETING

4.3.1 Achtergrond

Al sinds 1960 zijn in België met verschillende wetsvoorstellen pogingen gedaan om uitingen van rassenhaat en antisemitisme met behulp van het strafrecht te bestrijden.⁴¹ In het initiatiefwetsvoorstel van (het toen socialistische) Kamerlid E. Glinne uit 1966 werd beoogd om bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden te kunnen bestraffen.⁴² Ondanks herhaaldelijke pogingen werd het wetsvoorstel niet aangenomen. De goedkeuring van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie in 1975 spoorde de Belgische wetgever echter aan om de kwestie alsnog op zich te nemen.⁴³ Dit resulteerde in de Wet tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenofobie ingegeven daden, hierna aangeduid als de Antiracismewet, die in 1981 werd ingevoerd.⁴⁴ Met deze wet worden zowel uitingen als handelingen strafbaar gesteld. De verboden uitingen betreffen het aanzetten tot haat

41 *Parl.St.* Kamer, 1959-1960, nr. 411/1; *Parl.St.* Senaat, 1959-1960, nr. 99.

42 *Parl.St.* Kamer, 1966-1967, nr. 309/1.

43 *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden* 1999, p. 3-4.

44 *B.S.*, 8 augustus 1981.

of geweld jegens personen of groepen vanwege hun ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming en het geven van publiciteit aan een voornemen tot rassendiscriminatie (artikel 20 en 21 Antiracismewet).⁴⁵ De verboden handelingen omvatten het discrimineren bij het leveren van diensten of goederen, het lidmaatschap van of medewerking verlenen aan een racistische groepering en de ontzegging van bepaalde rechten door ambtenaren aan personen op discriminatoire gronden (artikel 22 en 23 Antiracismewet). Deze eerste stap op het gebied van discriminatiewetgeving leverde veel discussie op in het parlement. De bezwaren waren onder meer gericht op de beperkingen die gesteld worden aan het recht van vrije meningsuiting en aan het recht van vrijheid van vereniging. Op de achtergrond van de discussies speelde de vrees dat de wet een middel zou gaan vormen bij het beslechten van geschillen tussen de verschillende bevolkingsgroepen (met name Vlamingen en Walen).⁴⁶

In de daaropvolgende jaren is de discriminatiewetgeving veelvuldig gewijzigd en aangevuld. Zo bleek al snel na de inwerkingtreding van de nieuwe wet dat de praktische waarde ervan beperkt was. In slechts 0.8% van de aangedragen zaken kwam het op basis van deze wet tot een veroordeling.⁴⁷ In 1994 werd de wet voor het eerst inhoudelijk gewijzigd.⁴⁸ Deze vernieuwing omvatte een verzwaring van de strafmaat van de onderscheiden delicten en tekstuele aanpassingen. Hoewel de wijzigingen werden gezien als verbeteringen, bleef de wet in de praktijk tot bewijsproblemen leiden.⁴⁹ In januari 2003 volgde een nieuwe wetswijziging.⁵⁰ Ook deze wijziging betrof voornamelijk een tekstuele aanpassing waarmee bepaalde termen werd aangescherpt. De woorden 'het ras' werden bijvoorbeeld vervangen door 'een zogenaamd ras' (zie bijvoorbeeld artikel 4, sub 4° Antiracismewet).⁵¹

Een maand later vond de eerste grote inhoudelijke aanvulling plaats met de invoering van de nieuwe Antidiscriminatiewet.⁵² Met deze wet werd be-

45 De uitingen moeten plaatsvinden in omstandigheden, bedoeld in artikel 444 Sw, dat wil zeggen: in openbare bijeenkomsten of plaatsen, in tegenwoordigheid van verscheidende personen, in een plaats die niet openbaar is maar toegankelijk voor een aantal personen die het recht hebben er te vergaderen of ze te bezoeken, om het even welke plaats, in tegenwoordigheid van de beledigde en voor getuigen en door geschriften.

46 Dupont, *Panopticon* 1981/5, p. 504-505.

47 Stokx, *Panopticon* 1994/6, p. 503.

48 Wet tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, B.S. 14 mei 1994, 12885.

49 Stokx, *Panopticon* 1994/6, p. 504-511.

50 Wet van 20 januari 2003 tot de versterking van de wetgeving tegen racisme, B.S. 12 februari 2003.

51 Op die manier werd tot uitdrukking gebracht dat ras 'met geen enkele wetenschappelijke realiteit overeenkomst [sic]'. *Parl.St.* Kamer, 2000-2001, 1407/001, p. 8.

52 Wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding, B.S. 17 maart 2003.

oogd de reikwijdte van de bestaande Belgische antidiscriminatiewetgeving te vergroten.⁵³ Naast het toevoegen van een civielrechtelijke tak, werd het strafrechtelijk instrumentarium uitgebreid. De bestaande discriminatiegronden werden aangevuld met de gronden seksuele geaardheid, leeftijd, geloof of levensbeschouwing en handicap en in het Strafwetboek werd een nieuwe verzwarende omstandigheid toegevoegd: de 'discriminerende drijfveer' of het discriminatoire motief van de dader. Deze verzwarende omstandigheid doet zich voor wanneer de drijfveren van het plegen van het delict bestaan uit:

'de haat tegen, het misprijzen van of de vijandigheid tegen een persoon wegens diens zogenaamd ras, zijn huidskleur, zijn afkomst, zijn nationale of etnische afstamming, zijn geslacht, zijn seksuele geaardheid, zijn burgerlijke staat, zijn geboorte, zijn leeftijd, zijn fortuin, zijn geloof of levensbeschouwing, zijn huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap of een fysieke eigenschap'.

In het oorspronkelijke wetsontwerp wenste de regering deze strafverzwaring in de Antiracismewet op te nemen. Daarvan zag zij uiteindelijk af: 'Omwille van de leesbaarheid van de teksten is het inderdaad verkieslijk gebleken om deze regel uit te drukken in het corpus van het Strafwetboek'.⁵⁴ De Raad van State overwoog in zijn advies dat de regering een onderbouwing moet geven van de selectie van strafbare feiten waarbij de verzwarende omstandigheid kan worden toegepast.⁵⁵ Voor zover wij hebben kunnen achterhalen, heeft de regering haar keuze nooit onderbouwd. Het wetsvoorstel werd vooral bekritiseerd door parlementsleden ter rechterzijde van het politieke spectrum. Pogingen de verzwarende omstandigheid uit het wetsontwerp te verwijderen, faalden echter.⁵⁶ In de Senaat ontstond onder andere discussie over de vraag over de verhouding tussen het basisdelict en de verzwarende omstandigheden. De Minister van Justitie gaf aan dat hij erop 'heeft toegezien dat er geen overlapping was tussen het basismisdrijf en de constitutieve elementen van de verzwarende omstandigheid'.⁵⁷

4.3.2 Vormgeving van de verzwarende omstandigheid

Sinds 2003 zijn discriminerende drijfveren in de Belgische strafwet opgenomen als een verzwarende omstandigheid. Net als de overige verzwarende omstandigheden hebben zij een bijzonder karakter; zij zijn verbonden aan specifieke

53 De Antiracismewet bleef bestaan en werd in 2007 grondig herzien. Wet van 10 mei 2007 tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *B.S.* 30 mei 2007.

54 *Parl.St.* Kamer, 2001-2002, 1578/003, p. 12.

55 *Parl.St.* Kamer, 2001-2002, 1578/002, p. 8.

56 *Parl.St.* Kamer, 2001-2002, 1578/006, p. 3; *Parl.St.* Kamer, 2001-2002, 1578/008, p. 68-70.

57 *Parl.St.* Senaat, 1999-2000, nr. 2-12/22.

strafbaarstellingen. Zo benoemt artikel 377bis Strafwetboek discriminerende drijfveren als een verzwarende omstandigheid bij verschillende vormen van aanranding van de eerbaarheid of verkrachting (artikel 372-377 Sw). De andere delicten waarbij de strafverzwaring van toepassing is, zijn: opzettelijke doding, opzettelijk toebrengen van lichamelijk letsel, foltering, onmenselijke behandeling en ontorende behandeling (artikel 392-405ter Sw); schuldig verzuim (artikel 422bis-422ter Sw); aanslag op de persoonlijke vrijheid en op de onschendbaarheid van de woning, gepleegd door bijzondere personen (artikel 434-437 Sw); belaging (artikel 442bis Sw); aanranding van de eer en van de goede naam van personen (artikel 443-453 Sw); brandstichting (artikel 510-514 Sw); vernieling van gebouwen, bouwwerken en machines (artikel 521-523 Sw); vernieling en beschadiging van roerende eigendommen (artikel 528-532 Sw); het vervalsen van koopwaren en het aanbrengen van graffiti (artikel 533-534ter Sw).⁵⁸

De wettelijke bepalingen bevatten een uitvoerige lijst met gronden voor discriminatie. De Antiracismewet van 1981 noemde als beschermde eigenschappen ras, huidskleur, afkomst en nationale of etnische afstamming. Met de invoering van de Antidiscriminatiewet van 2003 werd deze lijst door de wetgever aangevuld met andere eigenschappen die mensen, naar eigen zeggen, 'te beurt vallen en die zij niet of niet helemaal onder controle hebben'.⁵⁹ Deze eigenschappen zijn het geslacht, de seksuele geaardheid, de burgerlijke staat, de geboorte, het fortuin, de leeftijd, het geloof of de levensbeschouwing, de huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap of een fysieke eigenschap. Deze in de Antidiscriminatiewet opgenomen limitatieve lijst van discriminatiegronden stuitte echter op problemen bij het toenmalige Arbitragehof.⁶⁰ Dat was namelijk van oordeel dat deze lijst niet past bij de algemene doelstelling van de wet om discriminatie te bestrijden. De Belgische Grondwet, de fundamentele vrijheden en de internationale bepalingen verbieden iedere vorm van discriminatie wanneer het verschil in behandeling niet op een objectief criterium berust en redelijk is verantwoord. Dat bepaalde discriminatiegronden, zoals taal en politieke voorkeur, niet binnen de bescherming van deze wet vielen, achtte het Arbitragehof in strijd met dit uitgangspunt. De in het algemene deel van de wet opgesomde lijst van beschermde gronden werd om die reden door het Hof vernietigd,⁶¹ met als gevolg dat de wet voortaan in beginsel bescherming bood tegen alle vormen van discriminatie, ongeacht de grond waarop zij is gebaseerd. Hoewel de vernietiging geen gevolgen had voor de individuele strafbaarstellingen, vond de wetgever het, mede om redenen van rechtszeker-

58 Zie respectievelijk artikel 405quater, 422quater, 438bis, 442ter, 453bis, 514bis, 525bis, 532bis en 534quater Sw.

59 *Parl.St.* Senaat, 1999-2000, nr. 2-12/1, p. 2.

60 Sinds 2007 het Grondwettelijk Hof.

61 Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004; Grondwettelijk Hof 12 februari 2009, nr. 17/2009, r.o. B.96.5.

heid, niet wenselijk dat het bestuurlijke en civiele deel van de wet werd onderworpen aan een open norm en het strafrechtelijke deel werkte met een gesloten lijst van discriminatiegronden. Met de herziening van 2007 werd daarom een nieuwe lijst van discriminatiegronden opgenomen. Om de houdbaarheid van deze lijst te waarborgen, mocht daarin geen enkel 'belangrijk criterium' ontbreken.⁶² De lijst van strafrechtelijke discriminatiegronden werd aangevuld met de nationaliteit, de taal, de politieke overtuiging, de genetische eigenschap en de sociale afkomst.⁶³ De syndicale overtuiging, ten slotte, werd in 2010 toegevoegd.⁶⁴

De verzwarende omstandigheid wordt uitsluitend aangenomen wanneer kan worden aangetoond dat een van de drijfveren van de misdaad of het wanbedrijf bestaat in de haat tegen, het misprijzen van of de vijandigheid tegen een persoon wegens een van deze beschermde eigenschappen.⁶⁵ Hoewel de term drijfveer niet door de wet wordt gespecificeerd, is duidelijk dat hieronder moet worden verstaan dat dit één van de redenen voor het plegen van het delict is.⁶⁶ Het delict moet zijn gepleegd omdat de dader de persoon vanwege die bepaalde eigenschap haat, misprijst of zich daartoe vijandig verhoudt. Het betreft dus een subjectieve omstandigheid waarbij de interne beweegredenen van de dader moeten worden nagegaan. Zodoende betreft het een persoonlijke verzwarende omstandigheid waarbij de drijfveer, in het geval van meer dan één dader, voor iedere medeverdachte afzonderlijk moeten worden aangetoond. De wettekst sluit overigens niet uit dat er naast de discriminerende drijfveer ook andere drijfveren voor het delict kunnen bestaan. Een rangorde hoeft echter niet te worden aangetoond; als het delict ook met de discriminerende drijfveer is gepleegd, kan de verzwarende omstandigheid door de rechter worden vastgesteld.

4.3.3 De verzwarende omstandigheid is een strafverhogende omstandigheid

Wanneer het bestaan van een verzwarende omstandigheid is vastgesteld, dan kan de op het delict gestelde straf worden verhoogd. In beginsel is de strafverhoging zo vormgegeven dat de minimumstraf wordt verdubbeld of – voor zover relevant – het minimum, in het geval van de vrijheidsstraf opsluiting,

62 *Parl.St.* Senaat, 1999-2000, nr. 2-12/1, p. 15-17.

63 Daarbij werd onder meer aansluiting gezocht bij internationale instrumenten zoals het EU-grondrechtenhandvest en het IVBPR (*Parl.St.* Kamer, 2006-07, nr. 2722/001, p. 14-20, 115).

64 Wet van 30 december 2009 houdende diverse bepalingen, *B.S.* 30 december 2009, artikel 107-118.

65 Zie ook Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004, onder B.68.

66 Evens, *T. Strafr.* 2007/1, p. 68. Men spreekt ook wel van een systeem van 'verwerpelijke motieven', *Parl.St.* Kamer, 2006-2007, 2722/001, p. 32.

met een vaste duur van twee jaar wordt verhoogd.⁶⁷ In deze gevallen kan worden gesproken van een stimulans om geen al te lage straf op te leggen.

Artikel 405quater Sw vormt de uitzondering op deze systematiek. Deze bepaling voor levensdelicten en verschillende vormen van mishandeling is in 2013 aangepast waardoor deze nu een overzicht bevat waarin voor de afzonderlijke delicten een hoger strafmaximum is bepaald wanneer de verzwarende omstandigheid wordt toegepast.⁶⁸ Zo wordt de straf van minimaal twintig tot maximaal dertig jaar opsluiting voor doodslag verhoogd tot levenslange opsluiting, wordt de maximumstraf voor sommige vormen van mishandeling verdubbeld en wordt voor andere vormen van mishandeling en vergiftiging de maximum- en minimumstraf verhoogd. In de parlementaire stukken wordt als aanleiding voor deze breuk in de systematiek genoemd een geweldsincident waarbij een jonge homoseksuele man kwam te overlijden. Volgens de wetgever volstond het enkel verhogen van het minimum van de straffen voor deze levensdelicten en verschillende mishandelingsvormen niet om de dader af te schrikken en om de slachtoffers voldoende te beschermen.⁶⁹ Het gevolg van deze wetswijziging is dat een aantal delicten niet meer in artikel 405quater Sw wordt genoemd, omdat de straf die op deze delicten staat gesteld niet kan worden verhoogd. Het gaat om de delicten genoemd in de artikelen 394-397 Sw (onder andere moord, artikel 394 Sw); meer dan levenslange gevangenisstraf kan naar Belgisch recht niet worden opgelegd. Het gevolg is dat deze delicten niet meer als 'haatmisdrijf' kunnen worden gekwalificeerd.⁷⁰

4.3.4 Het bewijzen van de verzwarende omstandigheid als 'loodzware opdracht'

Al bij de totstandkoming van de regeling werd erkend dat het bewijzen van de drijfveer een 'juridisch loodzware opdracht' vormt.⁷¹ Tijdens het feitenonderzoek zal voldoende aandacht moeten worden besteed aan het aantonen van de redenen achter het gepleegde misdrijf. In de assisenprocedure moeten de ten laste gelegde feiten boven elke redelijke twijfel verheven worden aangetoond (artikel 326 en 327 Sv). Bij de politierechtbank en correctionele rechtbank ontbreekt een dergelijke frase; aangenomen wordt echter dat zij ook in deze procedure geldt. Dat geldt ook voor de verzwarende en verzachtende omstandigheden. Hoewel omstandigheden die het strafmaximum verhogen technisch

67 Zie de artikelen 377bis, 422quater, 438bis, 442ter, 453bis, 514bis, 525bis, 532bis en 534quater Sw.

68 Wet van 14 januari 2013 tot wijziging van artikel 405quater van het Strafwetboek en artikel 2 van de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden, *B.S.* 31 januari 2013.

69 *Parl.St.* Kamer, 2012-2013, nr. 2473/001, p. 6.

70 Borghs, *NC* 2018/2, p. 157.

71 *Parl.St.* Senaat, 1999-2000, nr. 2-12/15, p. 29-30.

gezien onderdeel vormen van de straftoematingsfase, zijn zij nauw verbonden met de kwalificatie van het basisdelict. Zij moeten dus worden bewezen. Vanuit de eerdergenoemde plicht van de rechter om de tenlastelegging juist te kwalificeren, zal de omstandigheid van de discriminerende drijfveer, indien nodig zonder vordering van het Openbaar Ministerie, moeten worden toegepast.⁷² Ten aanzien van de assisenprocedure wordt dat expliciet in de wet vermeld (artikel 324 Sv). De verzwarende omstandigheid wordt in de kwalificatie van het delict vermeld.

Dit verplichte karakter is evenwel onderwerp van discussie. De wettekst spreekt in de meeste gevallen namelijk van een minimum dat kan worden verduubeld. In de literatuur wordt aangevoerd dat hierdoor slechts sprake is van een facultatieve verzwaring.⁷³ Zelfs al meent men dat de toepassing van de verzwaring verplicht is, dan blijft de vraag of er in een concreet geval daadwerkelijk een hogere straf moet worden opgelegd voorbehouden aan de rechter. Met het aannemen van verzachtende omstandigheden of door het bestaan van verminderende verschoningsgronden, kan de rechter, ondanks de verhoogde minimumstraf, alsnog een lagere straf opleggen. Een wettelijke verplichting tot materiële verzwaring van de straf doet zich slechts voor in het geval van (het gewijzigde) artikel 405quater Sw.⁷⁴ Daarin wordt bepaald dat bij een discriminerende drijfveer 'de straffen de volgende' zijn. Deze verplichting staat er evenwel niet aan in de weg dat in een concreet geval ook verminderende verschoningsgronden van toepassing kunnen zijn, waardoor van een netto verzwaring geen sprake hoeft te zijn.

In 2019 wees het Hof van Cassatie een arrest over de verzwarende omstandigheid dat op een aantal punten meer duidelijkheid verschaft over de toepassing ervan.⁷⁵ In de aan het arrest ten grondslag liggende zaak is het slachtoffer mishandeld door verdachte, volgens het slachtoffer vanwege zijn seksuele geaardheid. Het hof van beroep verklaarde de verzwarende omstandigheid als bedoeld in artikel 405quater Sw bewezen. Het oordeelde dat de verdachte 'naar het slachtoffer had uitgehaald omdat weliswaar laatstgenoemde een gedrag vertoonde dat hem tegen de borst stuitte, maar meer bepaald omdat dit gedrag paste in het kader van zijn seksuele geaardheid, waarvan de eiser nog vóór de feiten wel degelijk op de hoogte was.' Volgens het Hof van Cassatie is dat voor het bewijs van de verzwarende omstandigheid niet voldoende. Het Hof:

'De verzwaring is enkel mogelijk indien is aangetoond dat het slachtoffer behoort tot een van de in de wet opgesomde categorieën van personen, dat de drijfveer

72 Vergelijk Van den Wyngaert 2011, p. 266 en 281; Dupont & Verstraeten 1990, p. 442-443.

73 Evens, T. *Strafr.* 2007/1, p. 69-70, benoemt verschillende argumenten voor deze lezing.

74 Borghs, NC 2018/2, p. 156.

75 Hof van Cassatie 19 juni 2019, met noot van J. De Hert, NC 2020/4.

van de pleger van het misdrijf, met name, bestaat in haat, misprijzen of vijandigheid, ingegeven door het feit dat het slachtoffer tot een van die categorieën behoort, en dat het gepleegde misdrijf gepaard is gegaan met gedragingen, uitlatingen, opschriften of geschriften waaruit de rechter die drijfveer kan afleiden.’

Deze overweging stelt aan het bewijs van de verzwarende omstandigheid drie cumulatieve eisen: bewezen moet worden dat

‘het slachtoffer behoort tot een van de in de wet opgesomde categorieën van personen’;
‘dat de drijfveer van de pleger van het misdrijf bestaat in haat, misprijzen of vijandigheid, ingegeven door het feit dat het slachtoffer tot een van die categorieën behoort’;
‘dat het gepleegde misdrijf gepaard is gegaan met uitlatingen, opschriften of geschriften waaruit de rechter die drijfveer kan afleiden’.⁷⁶

In de literatuur worden enkele bezwaren gemaakt tegen deze tamelijk strikte interpretatie van het Hof van Cassatie, dat op diverse punten eerdere rechtspraak van het Grondwettelijk Hof (en diens voorganger) volgt. Tegen het standpunt dat moet vaststaan dat het slachtoffer behoort tot een van de in de wet opgesomde categorieën pleit dat het motief van de dader centraal staat, ‘niet het loutere feit dat het slachtoffer behoort tot een van de opgesomde categorieën.’ Ook vermeend daartoe behoren zou tot toepassing van de verzwarende omstandigheid moeten kunnen leiden. Een ander bezwaar is dat de bewijslast zwaar op het Openbaar Ministerie kan drukken, in het bijzonder wanneer het slachtoffer niet aan het onderzoek wilde of durfde mee te werken. Wanneer wordt uitgegaan van het motief van de dader, is irrelevant of het slachtoffer zijn medewerking aan het onderzoek verleende. Bij het derde punt wordt de kanttekening geplaatst dat de limitatieve opsomming van handelingen (‘gedragingen, uitlatingen, opschriften of geschriften’) met behulp waarvan de drijfveer moet worden bewezen. Deze opsomming zou op gespannen voet staan met het vrije bewijsstelsel.⁷⁷

⁷⁶ De Hert, NC 2020/4.

⁷⁷ De Hert, NC 2020/4. In de literatuur werd ook de aard van de toegebrachte schade genoemd als een relevante omstandigheid voor het bepalen van de drijfveer. Zie Evens, *T. Strafr.* 2007/1, p. 69.

4.4 DE TOEPASSING VAN DE VERZWARENDE OMSTANDIGHEID IN DE (RECHTS)-PRAKTIJK

4.4.1 Inleidende opmerkingen

In België wordt de aanpak van discriminatie als een belangrijk sociaal en politiek thema beschouwd.⁷⁸ Dat houdt allereerst verband met de verplichtingen die België is aangegaan door diverse mensenrechtenverdragen, waaronder het Antiracismeverdrag, te ondertekenen en te ratificeren en door de binding aan het in paragraaf 2.4 besproken EU-Kaderbesluit tegen discriminatie. De aandacht voor discriminatie houdt vermoedelijk ook verband met de al lange tijd bestaande aantrekkingskracht van extreemrechtse bewegingen in de Belgische politiek en samenleving en de door die bewegingen uitgedragen opvattingen over minderheden.⁷⁹ De actualiteit en het belang van het thema worden in het bijzonder uitgedragen door Unia, het in 2013 opgerichte interfederaal gelijkekansencentrum,⁸⁰ dat verschillende taken uitoefent, waaronder het creëren van bewustwording, het geven van onderwijs en advies aan de landelijke, gemeenschaps- en gewestelijke overheden en het geregeld als burgerlijke partij optreden in strafprocedures. Unia is een organisatie die veel naar buiten treedt en aandacht vraagt voor de problematiek en de aanpak van discriminatie. Unia houdt in jaarverslagen vrij nauwkeurig bij hoe het met de gelijke kansen in België is gesteld. Unia rapporteert ook over de strafrechtelijke aanpak van discriminatie. Ten behoeve daarvan worden gegevens verzameld over de discriminerende drijfveer: het aantal gevallen, de discriminatiegronden en de strafbare feiten. Het meest recent jaarverslag waarvan wij ten behoeve van dit rapport gebruik konden maken, rapporteert over het jaar 2019. We maakten ten behoeve van ons onderzoek ook van oudere rapporten gebruik.

4.4.2 Enkele cijfers over strafbare feiten gepleegd onder verzwarende omstandigheden

In het jaarverslag van Unia over 2019 lezen we dat in 2019 319 strafbare feiten via Unia bij politie en justitie bekend zijn geworden waarbij een verzwarende omstandigheid aanwezig was. Veruit het merendeel van de gevallen betreft de verzwarende omstandigheid bij intimidatie en pesterijen (artikel 442bis Sw) (bijna 75%). De tweede categorie (bijna 18%) bestaat uit de verzwarende omstandigheid bij mishandeling (artikel 405quater, onder 2° Sw). De overige gevallen betreffen vernieling, huisvredebreuk, misbruik van gezag, beschadi-

78 Zie *ECRI report on Belgium*, adopted on 12 December 2019, p. 17-18.

79 Concreet over Vlaanderen, zie onder andere De Waele 2013.

80 Voor 2013 Centrum voor gelijkheid van kansen en racismebestrijding geheten.

ging van eigendommen en bekladden met graffiti en doodslag.⁸¹ 221 gedragingen hadden een raciale drijfveer (dat wil zeggen betrekking op huidskleur, afkomst, nationaliteit en nationale of etnische origine),⁸² 38 op godsdienst of levensbeschouwing en 52 op seksuele geaardheid.⁸³ Het jaarrapport vermeldt niets over de mogelijk opgelegde straffen.

Het aantal zaken dat hiervoor werd weergegeven, is niet het totaal aantal zaken waarmee politie en Openbaar Ministerie bekend zijn geraakt.⁸⁴ Dat heeft in de eerste plaats ermee te maken dat Unia alleen die zaken registreert waarin het zelf betrokken is. Aan verbetering van de registratie door politie en Openbaar Ministerie wordt gewerkt. In de tweede plaats wordt ervan uitgegaan dat 'tal van personen' waarschijnlijk geen aangifte doen. Daarvoor worden geen specifieke redenen aangevoerd, behalve dat de gerechtskosten een 'hinderpaal' kunnen vormen.⁸⁵ Onderzoek wijst echter ook op een gebrekkige bereidheid van slachtoffers om aangifte doen. Dat geldt onder meer voor transgenders, maar ook voor andere groepen.⁸⁶

4.4.3 Strafvorderlijk beleid

De strafrechtelijke aanpak van discriminatie wordt van belang geacht. De in 2013 opgestelde Omzendbrief van het College van Procureurs-Generaal wordt beschouwd als bewijs van het belang om discriminatie strafrechtelijk daadwerkelijk aan te pakken.⁸⁷ De brief (COL/2013/13) kwam tot stand in samenwerking met verschillende mensenrechtenorganisaties en formaliseert die samenwerking tamelijk specifiek. Hij vermeldt de telefoonnummers van de mensenrechtenorganisaties waarbij informatie kan worden opgevraagd en in samenwerking met deze organisaties wordt relevante informatie actueel gehouden.

⁸¹ Unia 2020, p. 64.

⁸² Unia 2020, p. 5.

⁸³ Unia 2020, p. 64.

⁸⁴ Zie *ECRI report on Belgium* 2019, p. 17.

⁸⁵ Antwoord op vraag C.3 van de in Bijlage 2 van dit rapport opgenomen Questionnaire die naar Unia werd verzonden. Gerechtskosten zijn kosten voor dagvaarding, het oproepen van getuigen en specifieke onderzoekshandelingen. Deze moeten door de beklaagde of beschuldigde worden betaald wanneer deze wordt veroordeeld. De burgerlijke partij die zich in het strafproces heeft gesteld, moet (of kan) eveneens de gerechtskosten betalen, in het bijzonder wanneer deze in het ongelijk is gesteld (artikel 162, 176, 194, 211 en 350 Sv). De verplichting tot het betalen van kosten werd in 2014 geschrapt, om onredelijke gevolgen voor het slachtoffer te voorkomen. In hoeverre slachtoffers zich door de mogelijke veroordeling tot het betalen van gerechtskosten weerhouden zich als burgerlijke partij te stellen, is ons op basis van het onderhavige onderzoek niet duidelijk geworden.

⁸⁶ De Vos, *Cahier Politiestudies* 2015, p. 165-182; Unia 2016, p. 26; Unia 2017, p. 29.

⁸⁷ Antwoord op vraag B.1 van de Questionnaire. Zie voor de Questionnaire bijlage 2 van dit rapport. Zie ook *ECRI report on Belgium* 2019, p. 7.

De Omzendbrief is in het bijzonder gericht tot de parketten en de politiediensten en regelt een aantal zaken. De volgende springen in het oog.

Met de Omzendbrief wordt beoogd diverse doelstellingen na te streven:

- efficiënter identificeren en registreren van feiten van discriminatie en haatmisdrijven;
- vergroten van gevoeligheid van de parketmagistraten, het arbeidsauditoraat,⁸⁸ de politie en de bevoegde sociale inspectiediensten voor de problematiek en de bestaande wetgeving;
- doeltreffender oriënteren van leden van het Openbaar Ministerie en politiemensen op het terrein in de opsporing en vervolging van deze misdrijven;⁸⁹
- verbeteren van de wederzijdse samenwerking en de uitwisseling tussen de gerechtelijke en politionele actoren onderling en tussen het mensenrechteninstituten;
- bijzondere aandacht schenken aan de opsporing van misdrijven die via het internet gepleegd zijn, en specifieke samenwerkingen uitwerken.⁹⁰

Om de doelstellingen te kunnen bewerkstelligen is binnen het Openbaar Ministerie voor het gehele land één coördinerend magistraat aangesteld die als taak heeft informatie te vergaren die noodzakelijk is om de Omzendbrief bij de tijd te houden en indien gewenst te verbeteren. Hij is ook de ‘bevoorrechte gesprekspartner’ met Unia. Tevens is de coördinerend magistraat verantwoordelijk voor het actueel houden van het Lexicon, een niet uitputtend maar wel ‘overzichtelijk en praktisch’ overzicht van wetgeving en rechtspraak op het terrein van discriminatie.⁹¹ De coördinerend magistraat verzamelt alle relevante rechtspraak.⁹² Hij dient ook als vraagbaak voor de (rechts)praktijk (de parketten bij de hoven van beroep en de rechtbanken van eerste aanleg, et cetera). De coördinerend magistraat organiseert één keer per jaar een ‘algemene vergadering’ van met de strafrechtelijke aanpak van discriminatie belaste magistraten bij de parketten waarbij in het bijzonder aandacht wordt geschonken aan: racisme, homofobie of discriminatie op grond van geslacht. Op het niveau van de parketten wordt actief gewerkt aan het ‘snel door de magistra-

88 Een deel van het Openbaar Ministerie dat zich met arbeidsgeschillen, zoals discriminatie op de werkvloer of door discriminatie ingegeven ontslag, bezighoudt.

89 Anders gezegd: Openbaar Ministerie en politie moeten meer en beter gebruik maken van de voorhanden zijnde strafrechtelijke bevoegdheden.

90 College van procureurs-generaal, Gemeenschappelijke omzendbrief nr. COL 13/2013 van de Minister van Justitie, de Minister van Binnenlandse Zaken en het College van Procureurs-generaal bij de Hoven van Beroep, p. 6.

91 Lexicon discriminatie, inclusief geslacht en haatmisdrijven, te vinden op www.om-mp.be (laatst bekeken op 27 september 2020).

92 Het Lexicon dat wij vonden op www.om-mp.be (laatst bekeken op 27 september 2020) is tot november 2019 geactualiseerd.

ten' behandelen van discriminatiezaken 'met inbegrip van de verzwarende omstandigheden'; 'zij zorgen ervoor dat de magistraten die deze dossiers behandelen de nodige ervaring opdoen', onder andere door het doen volgen van relevante cursussen. Op het niveau van het parket wordt bepaald welke 'doelstellingen' in het bijzonder gedurende een bepaalde periode worden nagestreefd. De 'coördinerend magistraat' zorgt er onder andere voor dat de Omzendbrief 'terdege bij de politiediensten, de magistraten en het parketsecretariaat gekend is'. Op het niveau van de parketten en bij de politie worden referentiemagistraten, respectievelijk referentieambtenaren aangesteld die vergelijkbare taken hebben als de coördinerend magistraat: bewustwording realiseren, informatie verschaffen, het zijn van aanspreekpunt en het ervan vergewissen dat kennis omtrent de Omzendbrief bekend is. De Omzendbrief wordt geacht bekend te zijn bij het Openbaar Ministerie en de politie.⁹³ De brief maakt zichtbaar dat het belang discriminatie aan te pakken, ook strafrechtelijk, door het Openbaar Ministerie wordt onderkend.

De Omzendbrief geeft ook tamelijk gedetailleerd regels voor de aanpak van discriminatie en haatmisdrijven door de politie en het Openbaar Ministerie. Zo mag de politie niet op eigen houtje beslissen of sprake is van een misdrijf, maar dient zij zorgvuldig verslag uit te brengen opdat het Openbaar Ministerie kan bepalen of er sprake is van een misdrijf en zo ja, of er een discriminatoire of haatcomponent is. De politie moet bij een aangifte een aantal zaken in acht nemen zoals: het 'niet banaliseren' en uitgebreid verhoren van het slachtoffer en de verdachte. In publiek gevoelige zaken en in zaken waar sprake was van 'uitzonderlijk geweld waarbij het slachtoffer op fysisch of psychologisch vlak zwaar aangeslagen is' moet de politie het parket 'onmiddellijk op de hoogte' stellen.

Voor het Openbaar Ministerie geldt dat een strafrechtelijke procedure niet altijd zonder meer het uitgangspunt is:

'De reactie van het Openbaar Ministerie moet aan elk individueel geval aangepast zijn, zonder automatismen en rekening houdende met de persoonlijkheid van de dader en het slachtoffer. Indien er op zijn minst niet door de parketmagistraat of de magistraat bij het arbeidsauditoraat op de van kracht zijnde gedragsregels werd gewezen, moet de zonder gevolgstelling voor opportuniteitsmotieven worden uitgesloten.'⁹⁴

93 Antwoord op vraag C.1 en C.2 van de Questionnaire. Zie voor de Questionnaire bijlage 2 van dit rapport. Unia verzorgt lezingen (waaronder jurisprudentiebesprekingen) voor referentiemagistraten en -ambtenaren. Zie Unia 2020, p. 23-24.

94 COL/2013/13, p. 15. Zie ook Unia 2020, p. 21 waarin het meldt dat van de ruim 3000 zaken die bij hen in 2019 binnenkwamen, bijna één derde wordt afgedaan via bemiddeling of dialoog; slechts 6% van de gemelde zaken ' kreeg een gerechtelijk gevolg'.

Indien bemiddeling of een civiele procedure niet aan de orde is, gaat in geval van onder andere brandstichting, herhaling en feiten die de openbare orde verstoren de voorkeur uit naar het vorderen van een aanhoudingsbevel van een onderzoeksrechter of rechtstreekse dagvaarding voor de correctionele rechtbank. In andere gevallen kan het Openbaar Ministerie kiezen voor dagvaarding, maar worden ook andere opties genoemd, waaronder bemiddeling en berisping. Bijzondere aandacht wordt geschonken aan gedragingen die op het internet plaatsvinden. Geschreven discriminatie- of haatmisdrijven die op voor iedereen toegankelijke websites worden begaan, kunnen voor de correctionele rechtbank worden aangebracht wanneer sprake is van racisme of xenofobie, maar in andere gevallen moeten dergelijke feiten conform artikel 150 Grondwet voor het hof van assisen worden gebracht. Hierop komen we nog terug.

4.4.4 De discriminerende drijfveer in correctionele rechtspraak: vonnissen uit 2019

In de rechtspraak vindt toepassing van de verzwarende omstandigheid plaats, zij het dat is opgemerkt dat veel discriminatiezaken worden geseponeerd.⁹⁵ Op de website van Unia (het nationaal mensenrechteninstituut in België) zijn 283 uitspraken te vinden van correctionele rechtbanken, waarin sprake is van een discriminerende drijfveer of van het aanzetten tot of verspreiden van discriminatie (artikel 20 e.v. Antiracismewet).⁹⁶ In de literatuur zijn besprekingen te vinden van rechtspraak over specifieke discriminatiegronden, zoals seksuele geaardheid,⁹⁷ maar ook geslacht, ras, nationaliteit en handicap.⁹⁸ Die rechtspraak laat zien dat de discriminerende drijfveer uit een samenstel van gedragingen en uitingen van de beklaagden of beschuldigen wordt afgeleid. Daarbij wordt veelal niet expliciet vermeld welke discriminatiegrond van toepassing is. Vaak wordt volstaan met een verwijzing naar het toepasselijke wetsartikel. Utlatingen die bewijs van een discriminerende drijfveer ople-

⁹⁵ Vandenbruwaene, de Keyzer en van der Veken, RW 2015-16.

⁹⁶ Zoekslag op www.unia.be (3 juni 2020). Of dit alle uitspraken zijn, is niet bekend. We zochten enkel op uitspraken van de correctionele rechtbank, omdat hierdoor slechts strafzaken werden gevonden. De oudste uitspraak die op de website is te vinden dateert van 1988, de jongste van 2020. De zoekmachine liet ons in de steek toen we wilden selecteren op verzwarende omstandigheden. De eerste zaak waar verzwarende omstandigheden werden gebruikt dateert van 2004. Corr. Antwerpen 15 oktober 2004. Zie niet veel later Corr. Kortrijk 16 februari 2005. Beide te vinden op www.unia.be. Vanwege de bespreking van rechtspraak in hierna aangehaalde bronnen, verwijzen we in het vervolg slechts naar enkele recente vonnissen.

⁹⁷ Borghs, NC 2018/2, p. 157-162. Zie recent Corr. Dinant, 5 november 2019, te vinden op www.unia.be.

⁹⁸ *Lexicon discriminatie* 2019, p. 33-34.

verden zijn bijvoorbeeld ‘makak’, ‘vuile jood’ of ‘vuile arabier’.⁹⁹ Utlatingen als ‘je begrijpt nooit iets met je witte hersenen’ en ‘vuile witte’ leverden belediging met verzwarende omstandigheid op (artikel 444 jo. 453bis Sw).¹⁰⁰ Utlatingen hoeven niet expliciet te zijn. Ook de opmerking ‘dat men ten tijde van [koning] Leopold II’ hem ‘de arm zou afgehakt hebben’ leverde een verzwarende omstandigheid op.¹⁰¹ De uitingen hoeven evenmin te zijn gedaan in het bijzin van het slachtoffer, maar kunnen ook eerder en ten overstaan van andere personen zijn gedaan.¹⁰² Ook op geschriften en opschriften kan de discriminerende drijfveer worden gebaseerd, bijvoorbeeld op stickers die op openbare plaatsen worden geplakt.¹⁰³ De omstandigheden waaronder de uitingen werden gedaan en eerdere contacten met het slachtoffer, kunnen volgens feitenrechtters relevant zijn om de discriminerende drijfveer wel of juist niet aan te nemen. Blijkt uit eerdere contacten bijvoorbeeld geen haat, vijandigheid of misprijzen tussen de beklagde en het slachtoffer, dan is de enkele omstandigheid dat het slachtoffer een bepaalde seksuele geaardheid heeft geen reden om de discriminerende drijfveer aan te nemen.¹⁰⁴

In het strafrechtelijk domein staan de in de wet vermelde discriminatiegronden niet in gelijke mate in de belangstelling. De aandacht gaat met name uit naar racisme, antisemitisme, discriminatie wegens seksuele geaardheid en geloofs-overtuiging.¹⁰⁵ De rechtspraak bevestigt dit beeld. Om een beeld te geven van de rechtspraak over discriminatie van de correctionele rechtbanken selecteerden we op de website van Unia het jaar 2019.¹⁰⁶ We vonden over dat jaar 27 vonnissen. In tien vonnissen waren ook verzwarende omstandigheden

99 Respectievelijk Corr. Kortrijk, 18 december 2019; Corr. Brussel, 9 oktober 2018, Corr. Luik, 4 september 2018, te vinden op www.unia.be.

100 Corr. Charleroi, 16 mei 2019. Vgl. Corr. Antwerpen, 22 december 2017, beide te vinden op www.unia.be.

101 Corr. Brussel, 9 april 2019, te vinden op www.unia.be.

102 Corr. Dinant, 7 november 2018, te vinden op www.unia.be.

103 Bijvoorbeeld Corr. Brussel, 30 maart 2017, te vinden op www.unia.be.

104 Borghs, *NC* 2018/2, p. 158.

105 Antwoord op vraag B.2 van de Questionnaire. Zie voor de Questionnaire bijlage 2 van dit rapport. Over de geloofsovertuiging wordt aangegeven dat deze discriminatiegrond moeilijker ligt (antwoord op vraag B.3 van de Questionnaire. Zie voor de Questionnaire bijlage 2 van dit rapport). Het antwoord werd niet toegelicht, maar een verklaring daarvoor zou kunnen zijn dat in België beperking van de godsdienstvrijheid niet gauw onaanvaardbaar wordt geacht. Zie het boerkaverbod (Wet van 1 juni 2011 tot instelling van een verbod op het dragen van kleding die het gezicht volledig dan wel grotendeels verbergt, *B.S.* 13 juli 2011 en kritisch daarover Vrielink, Ouald Chatib en Brems, *NJCM-Bulletin/NTM* 2011) en het arrest van het Grondwettelijk Hof (4 juni 2020, nr. 81/2020) waarin het bepaalde dat de regel dat geen hoofddoek mag worden gedragen op een hogeschool niet ongrondwettig is.

106 Op de website vonden we ook zes assisenarresten, waarvan vijf na de invoering van de verzwarende omstandigheden. Omdat niet alle arresten integraal op de website werden aangetroffen, hebben we ze buiten beschouwing gelaten.

ten laste gelegd. In acht zaken werd voor de ten laste gelegde verzwarende omstandigheid veroordeeld, in twee gevallen volgde vrijspraak.¹⁰⁷ In de meeste gevallen was één verzwarende omstandigheid ten laste gelegd (9x), in één zaak waren dat er twee.¹⁰⁸ De verzwarende omstandigheden die werden ten laste gelegd zijn: artikel 377bis (1x), artikel 405quater (6x), artikel 442ter (1x), artikel 453bis Sw (2x) en artikel 532bis Sw (1x). De zaken waar de verzwarende omstandigheid in artikel 405quater Sw werd toegepast, betroffen telkens mishandelingen (artikel 392 jo. 398 Sw).¹⁰⁹ Artikel 453bis Sw werd aangevoerd in een geval van grafschennis en als verzwarende omstandigheid bij belediging.¹¹⁰ In de overige gevallen ging het om seksueel geweld (artikel 377bis Sw), belaging (artikel 442ter Sw) en vernieling (artikel 532bis Sw). De drijfveren waren ras, nationale of etnische achtergrond, seksuele geaardheid, handicap, geloof en huidskleur, al kon dat niet altijd heel duidelijk uit de vonnissen worden afgeleid. De ene keer wordt de discriminatiegrond expliciet genoemd,¹¹¹ de andere keer wordt deze in het midden gelaten.¹¹²

Zonder vergelijkingsmateriaal kan niet veel worden gezegd over de opgelegde straffen. Er kan alleen een beeld worden gegeven van de straffen die voor een feit met verzwarende omstandigheid werden opgelegd. Hier worden alleen de straffen vermeld die zijn opgelegd bij mishandeling met discriminerende drijfveer en dan alleen voor zover slechts voor één feit werd veroordeeld.¹¹³ Van de acht veroordelende vonnissen resteerden er drie. De sanctienorm voor mishandeling (artikel 392 en 398 Sw) is: gevangenisstraf van acht dagen tot zes maanden en/of geldboete van zesentwintig tot honderd euro. Bij toepassing van de verzwarende omstandigheid van artikel 405quater Sw wordt het maximum verdubbeld (artikel 405, onder 2° Sw) tot een jaar gevangenisstraf, respectievelijk tweehonderd euro. De opgelegde straffen kwamen neer op acht dagen gevangenisstraf en geldboete van 100 euro, 150 uur werkstraf en geldboete van 200 euro en honderd uur werkstraf en geldboete van 100 euro.¹¹⁴

107 Corr. Brugge 5 februari 2019, Corr. Charleroi 3 juni 2019. Deze en de volgende uitspraken zijn te vinden op www.unia.be. Dit bevestigt het antwoord op vraag C.2 van de Questionnaire. Zie voor de Questionnaire bijlage 2 van dit rapport.

108 Corr. Namen 5 november 2019.

109 Corr. Hasselt 19 februari 2019, Corr. Luik 13 juni 2019, Corr. Namen 5 november 2019, Corr. Luik 3 december 2019, Corr. Neufchâteau 12 december 2019, Corr. Kortrijk 18 december 2019.

110 Corr. Brugge 5 februari 2019, Corr. Charleroi 16 mei 2019.

111 Corr. Brugge 5 februari 2019, Corr. Hasselt 19 februari 2019, Corr. Charleroi 3 juni 2019, Corr. Luik 13 juni 2019, Corr. Namen 5 november 2019, Corr. Luik 3 december 2019, Corr. Neufchâteau 12 december 2019.

112 Corr. Gent 7 oktober 2019, Corr. Charleroi 16 mei 2019, Corr. Kortrijk 18 december 2019.

113 Bij samenloop van verscheidene wanbedrijven en misdaden wordt één straf opgelegd (artikel 60 en 62 Sw), waardoor bij veroordeling wegens meer dan één misdrijf het exacte aandeel van de verzwarende omstandigheid niet kan worden achterhaald.

114 Corr. Kortrijk 18 december 2019, Corr. Luik 3 december 2019, Corr. Neufchâteau 12 december 2019.

Hoewel het aantal gemelde zaken tamelijk gering is, wordt het belang ervan niet onderschat. Volgens Unia maakt de rechtspraak duidelijk dat 'een bepaald discours niet geduld wordt'.¹¹⁵ Tegelijkertijd wordt een zekere 'verruwing' in het maatschappelijk debat onderkend en in het bijzonder gewezen op 'een bijzonder snelle verspreiding via sociale media'.¹¹⁶ Unia stelt in haar meest recente jaarverslag dat haatboodschappen aan het begin staan van een 'normaliseringsproces' dat in haatmisdrijven kan uitmonden. Zichtbaar blijven maken wat de norm inhoudt, ook al worden uitlatingen eenvoudig via internet verspreid, zonder dat men zich kennelijk zorgen maakt over de inhoud ervan, wordt daarom van belang geacht.¹¹⁷ Unia erkent het belang van de vrijheid van meningsuiting, 'maar wanneer de grenzen daarvan worden overschreven, is een kordate aanpak nodig'.¹¹⁸

4.5 KNELPUNTEN IN WETGEVING EN (RECHTS)PRAKTIJK

De toepassing van de verzwarende omstandigheden werd in 2017 door Unia geëvalueerd in een rapport over de Belgische discriminatiewetgeving. Er zijn geen aanwijzingen dat in België het stelsel van verzwarende omstandigheden negatief wordt gewaardeerd.¹¹⁹ Men is positief over de uitgebreide catalogus van discriminatiegronden en de omschrijving als motief roept geen bezwaren op. In de literatuur is wat meer kritiek geleverd. Zo roept het mogelijk facultatieve karakter in de toepassing van verzachtende omstandigheden de vraag op naar de effectiviteit van de verzwarende omstandigheden.¹²⁰ Worden daders door toepassing van deze omstandigheid wel voldoende afgeschrikt? Zo nee, voldoet de Belgische wet dan wel aan het EU-Kaderbesluit dat eist dat wordt voorzien in 'doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties' (artikel 3)? Vanwege de mogelijke geringe effectiviteit worden de verzwarende omstandigheden symbolisch genoemd. Die symbolische waarde wordt in de literatuur echter niet zonder meer negatief gewaardeerd. Uit oogpunt van normbevestiging kan het veroordelen met een verzwarende omstandigheid wenselijk zijn. Tegelijkertijd wordt erkend dat de dader of potentiële daders zich gekrenkt zal of zullen voelen in hun recht op vrije meningsuiting, wat

115 Antwoord op vraag C.6 van de Questionnaire. Zie voor de Questionnaire bijlage 2 van dit rapport.

116 Antwoord op vraag C.6 van de Questionnaire. Zie voor de Questionnaire bijlage 2 van dit rapport.

117 Zie onder andere COL/2013/13.

118 Unia 2020, p. 67.

119 Zonder meer positief is het Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Concluding observations on the sixteenth to nineteenth periodic reports of Belgium, CERD/C/BEL/CO/16-19, paragraaf 3(c).

120 Evens, T. *Strafr.* 2007/1, p. 70.

de haat, vijandigheid of het misprijzen jegens minderheidsgroepen alleen maar zou kunnen versterken.¹²¹

Unia signaleert in haar evaluatierapport een aantal andere knelpunten. Deze hebben deels betrekking op de (rechts)praktijk en liggen deels op het niveau van de wet. We bespreken eerst de (rechts)praktijk.

Ten eerste wordt geconstateerd dat – hoewel de Omzendbrief een voortvarende afhandeling van zaken voorstaat – zaken onder andere vertraging oplopen door het onderzoek en de poging tot verzoening van partijen.¹²² Ten tweede stelt Unia dat het Openbaar Ministerie soms selectief wel of niet kiest voor het ten laste leggen van de verzwarende omstandigheid.¹²³ Unia wijst ook op een ‘*spanningsveld*’ tussen de discriminerende drijfveer als verzwarende omstandigheid in artikel 405quater Sw en de verzwarende omstandigheid in geval van misbruik van de zwakke toestand van personen ten gevolge van leeftijd, zwangerschap, ziekte of lichamelijk of geestelijk gebrek of onvolwaardigheid (artikel 405ter Sw). Volgens Unia kunnen deze verzwarende omstandigheden nauw op elkaar aansluiten, bijvoorbeeld bij misdrijven tegen personen met een handicap. De rechtspraak laat zien dat soms voor de ene, soms voor de andere verzwarende omstandigheid wordt gekozen, zonder dat die keuze duidelijk is onderbouwd.¹²⁴ In dat verband wordt ook opgemerkt dat vonnissen en arresten tamelijk summier gemotiveerd zijn en – voor zover een discriminerende drijfveer wordt bewezen – niet duidelijk is welke grond wordt bewezen. We constateerden dat ook met betrekking tot de vonnissen uit 2019, al werd in een meerderheid van de vonnissen de discriminatiegrond wel min of meer geëxpliciteerd. Unia constateerde in 2017 ook dat de rechtspraak ‘hoofdzakelijk over fysieke agressie tegen personen omwille van “raciale” criteria dan wel geloof en seksuele geaardheid’ gaat.¹²⁵ Ook dat herkennen we uit de vonnissen die in 2019 werden gewezen.

Op het niveau van de wet meldden we dat geschreven discriminatie- of haatmisdrijven die op voor iedereen toegankelijke websites worden begaan, voor de correctionele rechtbank worden kunnen aangebracht wanneer sprake is van racisme of xenofobie. In andere gevallen, dat wil zeggen bij andere discriminatiegronden, moeten dergelijke feiten conform artikel 150 Grondwet voor het hof van assisen worden gebracht. Dat houdt ermee verband dat het Hof van Cassatie deze feiten als zogeheten persmisdrijven ziet.¹²⁶ De Omzend-

121 Evens, T. *Strafr.* 2007/1, p. 71.

122 Unia 2017, p. 37.

123 Unia 2017, p. 49. Unia wijst er overigens niet op dat de rechter de omstandigheid ambtshalve kan toepassen.

124 Unia 2017, p. 51.

125 Unia 2017, p. 48, 36.

126 Hof van Cassatie 6 maart 2012, *Arr. Cass.* 2012, nr. 153.

brief geeft als voorbeeld een persmisdrijf dat door homofobie is ingegeven.¹²⁷ Ons werd gemeld dat de wens bestaat om ook haatcriminaliteit, die als persmisdrijf beschouwd wordt, op andere gronden dan racisme en xenofobie te correctionaliseren. Men pleit er dus voor in de Grondwet meer gronden op te nemen die correctionalisering mogelijk maakt.¹²⁸ In de evaluatiestudie van de discriminatiewetten uit 2017 is Unia zeer kritisch op een procedure bij het hof van assisen:

‘In de praktijk betekent dit dat personen die via websites, sociale media of andere internetfora haatteksten verspreiden die gerelateerd zijn met andere dan de door de Antiracismewet beschermde criteria – bijvoorbeeld geloof of seksuele geaardheid – vandaag weinig te vrezen hebben voor strafvervolging.’¹²⁹

Het citaat herhaalt wat bij de invoeging van racisme en xenofobie als uitzonderingsgrond in artikel 150 Grondwet werd gemeld, namelijk dat haatcriminaliteit die wel voor het hof van assisen moet worden gebracht, niet wordt vervolgd.¹³⁰

Op het niveau van het materiële recht lezen we in de evaluatiestudie van Unia dat ‘verschillende meldingen over diefstallen [werden ontvangen] die gepaard gingen met bedreigingen of beledigingen die een “verwerpelijk motief” kunnen doen vermoeden.’ Bij diefstal met geweld of bedreiging en afpersing (artikel 468 e.v. Sw) ontbreekt echter de discriminerende drijfveer (of het verwerpelijk motief) als een verzwarende omstandigheid. Hier constateert Unia een leemte. Unia beveelt aan deze leemte te dichten.¹³¹

Daar waar de wet wel voorziet in een verzwarende omstandigheid, namelijk artikel 405quater Sw, merkt Unia op dat ‘de ernstigste gewelddaden tegen personen technisch gezien niet meer als haatmisdrijf gekwalificeerd [kunnen] worden, wat paradoxaal overkomt.’¹³² Feiten die met de zwaarste straf worden bestraft, dat wil zeggen levenslange gevangenisstraf, vallen buiten artikel 405quater Sw. Het Strafwetboek kent geen zwaardere straf dan levenslange gevangenisstraf, zodat bij strafbare feiten die met deze straf worden bedreigd geen verzwarende omstandigheid kan worden toegepast. Dat betekent in concreto dat de rechter in geval van moord met discriminatoir motief in de straftoemeting geen aandacht hoeft te besteden aan dat motief, terwijl uit het

127 Homohaat uiten via videoboodschappen kan dan weer wel voor de correctionele rechtbank worden aangebracht. In dat geval is er immers geen sprake van een tekst, maar het gesproken woord.

128 Antwoord op vraag C.8 van de Questionnaire. Zie voor de Questionnaire bijlage 2 van dit rapport.

129 Unia 2017, p. 52.

130 Zie paragraaf 4.2.1.

131 Unia 2017, p. 50, 63.

132 Unia 2017, p. 50.

oogpunt van normbevestiging er aanleiding kan zijn om dat motief wel in de straftoemeting te betrekken.

In het evaluatierapport formuleert Unia met betrekking tot de verzwarende omstandigheden twee aanbevelingen. Ten eerste dient de wetgever te bekijken of met betrekking tot haat zaaien (in onder andere de Antiracismewet) in een ‘wettelijke strafverzwaring moet worden voorzien voor bepaalde (categorieën van) personen’. Unia doelt hier op

“‘invloedrijke” personen die een bepaalde gezagspositie en/of voorbeeldfunctie hebben (zoals onderwijzend/opvoedkundig personeel of politieagenten). De impact van dergelijke reactie voor de samenleving is dan veel ruimer en ingrijpender.”¹³³

Ten tweede beveelt Unia aan de verzwarende omstandigheid bij meer delicten (opnieuw) in te voeren: moord, misbruik van gezag, bedreiging, foltering, onmenselijke behandeling, onterende behandeling, diefstal met geweld en bedreiging, afpersing en mogelijk nog andere misdrijven.¹³⁴ Unia wordt hierin gesteund door ECRI in haar meest recente rapport over België.¹³⁵

De evaluatie van Unia werd in de Kamer van Volksvertegenwoordigers besproken,¹³⁶ maar aan de in de evaluatie geformuleerde aanbevelingen met betrekking tot de verzwarringsgronden werd tot dusver geen gevolg gegeven.¹³⁷

Wel wordt in het kader van de integrale herziening van het Belgisch Strafwetboek voorgesteld de bestaande wettelijke regeling samen te brengen in één bepaling, zodat er geen verschil meer bestaat tussen artikel 405quater Sw en de andere bepalingen. Het ontwerp-artikel 78 luidt als volgt:

‘§ 1. Een misdrijf omschreven in dit wetboek wordt geacht te zijn gepleegd vanuit een discriminerende drijfveer wanneer een van de drijfveren van de dader bestaat in de haat tegen, het misprijzen van of de vijandigheid tegen een persoon wegens één of meer van de volgende kenmerken: zijn zogenaamd ras, zijn huidskleur, zijn afkomst, zijn nationale of etnische afstamming, zijn nationaliteit, zijn geslacht, zijn seksuele geaardheid, zijn burgerlijke staat, zijn geboorte, zijn leeftijd, zijn vermogen, zijn geloof of levensbeschouwing, zijn gezondheidstoestand, een handicap, zijn taal, zijn politieke overtuiging, zijn syndicale overtuiging, een fysieke of genetische eigenschap of zijn sociale afkomst of positie, ongeacht of dit kenmerk daadwerkelijk aanwezig is of slechts vermeend is door de dader.

¹³³ Unia 2017, p. 93-94.

¹³⁴ Unia 2017, p. 95-96.

¹³⁵ ECRI report on Belgium 2019, p. 20, 35.

¹³⁶ Parl.St. Kamer 2017-2018, 3117/001.

¹³⁷ Antwoord op vraag C.11 van de Questionnaire. Zie voor de Questionnaire bijlage 2 van dit rapport.

Voor de toepassing van deze paragraaf worden de woorden zwangerschap, bevaling, moederschap, geslachtsverandering, genderidentiteit en genderexpressie gelijkgesteld met geslacht.

§ 2. Het misdrijf wordt eveneens geacht te zijn gepleegd vanuit een discriminerende drijfveer wanneer een van de drijfveren van de dader erin bestaat dat het slachtoffer een band of vermeende band heeft met een persoon ten aanzien van wie hij haat, misprijzen of vijandigheid koestert wegens een of meer van de in § 1 aangehaalde werkelijke of vermeende kenmerken.'

De voorgestelde bepaling verschilt ten opzichte van de bestaande regelingen op verschillende punten. In de eerste plaats wordt een aantal discriminatiegronden gewijzigd (fortuin verandert in vermogen, sociale afkomst verandert in sociale afkomst en positie) en worden andere toegevoegd (met invoering van de term gezondheidstoestand wordt beoogd deze op de verleden, huidige en toekomstige gezondheidstoestand van toepassing te laten zijn). In de tweede plaats wordt verduidelijkt dat er ook sprake is van een discriminerende drijfveer, ongeacht of de hoedanigheid die de drijfveer was om het feit te plegen bij het slachtoffer aanwezig is. Mishandeling van een persoon waarvan de dader denkt dat deze homoseksueel is levert anders dan het Hof van Cassatie oordeelde mishandeling met verzwarende omstandigheid op, wanneer een discriminatoir motief aan de daad ten grondslag ligt. Voor de toepassing van de verzwarende omstandigheid is het bijvoorbeeld irrelevant of het slachtoffer wel of niet homoseksueel is. In de derde plaats wordt de regeling uitgebreid 'naar feiten waarin een van de drijfveren van de dader erin bestaat dat het slachtoffer een band (of vermeende band) heeft met een persoon ten aanzien van wie hij haat, misprijzen of vijandigheid koestert wegens een of meer van de opgesomde discriminatiegronden.' Daarbij wordt in de memorie van toelichting als voorbeeld genoemd de verkrachting van een vrouw omdat deze een relatie heeft met een persoon met een migratieachtergrond. In de vierde plaats wordt het mogelijk om wegens meervoudige discriminatie (dus discriminatie op meer dan één grond) te veroordelen, bijvoorbeeld in het geval een vrouw wordt verkracht omdat ze vrouw en lesbisch is.¹³⁸ In de vijfde plaats wordt een ruime omschrijving van geslacht gegeven (ontwerp-artikel 78, paragraaf 1, tweede alinea). Daarmee wordt kennelijk afstand genomen van het eerder besproken arrest van het Hof van Cassatie over de verzwarende omstandigheid.

De verzwarende omstandigheid is, hoewel algemeen geformuleerd, niet van toepassing op alle delicten. Per delict of groep van delicten wordt in het voorgestelde wetboek aangegeven dat de verzwarende omstandigheid van toepassing is. Moord blijft daarvan uitgezonderd omdat dit strafbare feit ook

¹³⁸ *Parl.St.* Kamer 2019, 0417/001, p. 322-325.

in het ontwerp-wetboek met levenslange gevangenisstraf wordt bedreigd,¹³⁹ bij foltering en diefstal wordt de verzwarende omstandigheid wel voorgesteld (ontwerp-artikel 124, respectievelijk ontwerp-artikel 418, onder 4°).

De verzwarende omstandigheid in het ontwerp heeft – anders dan de huidige wettelijke regeling – veelal geen gevolg voor het strafminimum en -maximum.¹⁴⁰ Met betrekking tot de discriminerende drijfveer lezen we in de meeste bepalingen: ‘Bij de keuze van de straf of de maatregel en de zwaarte ervan (...) houdt de rechter in het bijzonder rekening met het feit dat’ het misdrijf is gepleegd met een discriminerende drijfveer. De discriminerende drijfveer geldt in het ontwerp-Strafwetboek in de meeste gevallen dus als een verzwarende omstandigheid binnen het op het grondfeit gestelde strafmaximum. De omschrijving ‘houdt in het bijzonder rekening met’ duidt op een zekere dwingendheid; tegelijkertijd behoudt de rechter de vrijheid een straf op te leggen waarin met meer factoren rekening wordt gehouden.

Het voorstel tot een nieuw Strafwetboek is met waardering ontvangen. De noodzaak tot invoering van een nieuw wetboek wordt in de Kamer van Volksvertegenwoordigers gevoeld. Op 12 februari 2020 werd een gewijzigd ontwerp-Strafwetboek aan de Kamer aangeboden. Het voorstel brengt geen wijziging aan de voorgestelde regeling van de discriminerende drijfveer, behalve dat de voorgestelde regeling in concept-artikel 81 is opgenomen.¹⁴¹ De website van de Kamer van Volksvertegenwoordigers vermeldt op 27 juli 2020 dat het wetsontwerp in bespreking is.

4.6 TUSSENCONCLUSIE

Deze paragraaf formuleert een antwoord op de deelvragen die in de inleiding van dit rapport zijn gesteld, voor zover België betreffende. Voor de deelvragen verwijzen we naar par 1.2.2. In antwoord op die vragen kan het volgende worden gesteld.

Het Belgisch strafrecht kent in het Strafwetboek regelingen waarin de discriminerende drijfveer als een verzwarende omstandigheid is opgenomen. De drijfveren worden in de wet omschreven als haat, misprijzen of vijandigheid. Zij vormen één van de redenen of het motief om het misdrijf te plegen. Er is dus

¹³⁹ De wetgever wenst kennelijk op dit punt geen wijziging in het bestaande systeem aan te brengen. Ons is de reden hiervan niet bekend geworden.

¹⁴⁰ Aanleiding voor deze voorgestelde wijziging is de bestaande complexiteit van de wet met veel verzwarende omstandigheden die op uiteenlopende wijze van invloed zijn op het strafminimum en/of -maximum, alsmede de uitwerking van de verzachtende omstandigheden, die er ‘de facto’ toe kunnen leiden dat van strafverhoging geen sprake is. Zie *Parl. St.* Kamer 2019, 0417/001, p. 45.

¹⁴¹ *Parl. St.* Kamer, 2019-2020, 1011/001, p. 294-298.

sprake van een subjectief vereiste. Wanneer het discriminatoire motief bewezen wordt, geldt het delict als haatmisdrijf.

Het discriminatoire motief is in de wet als strafverhogende omstandigheid opgenomen. De verzwaring is zo vormgegeven dat de minimumstraf wordt verdubbeld of – in andere gevallen – met een vast aantal van twee jaar wordt verhoogd. In artikel 405quater Sw is hierop een uitzondering gemaakt, in die zin dat bij sommige van de in dit artikel genoemde delicten ook de maximumstraf wordt verhoogd, in het geval van doodslag zelfs tot levenslange opsluiting. Het discriminatoire motief kan niet worden toegepast bij misdrijven die reeds met levenslange opsluiting worden bestraft, zoals moord. Een verzwarende omstandigheid heeft op die delicten geen invloed. Moord kan, anders dan doodslag, bijgevolg niet (meer) als haatmisdrijf worden gekwalificeerd.

Uit dat laatste blijkt reeds dat het discriminatoire motief als verzwarende omstandigheid niet voor alle strafbare feiten geldt. De wetgever heeft een aantal strafbare feiten geselecteerd en bij groepen strafbare feiten telkens een bepaling opgenomen waarin de verzwarende omstandigheid is geformuleerd. De verzwarende omstandigheid is niet identiek omschreven; de regeling van artikel 405quater Sw wijkt af van de andere regelingen. Niet alleen wordt bij toepassing van artikel 405quater Sw het strafmaximum verhoogd, tevens is deze bepaling veel verplichtender omschreven dan de andere bepalingen waarin de verzwarende omstandigheid is opgenomen. De regeling van artikel 405quater Sw is van toepassing op delicten als doodslag en mishandeling. De andere regelingen gelden voor onder meer verkrachting, aanslag op de persoonlijke vrijheid, belaging, brandstichting, vernieling en het aanbrengen van graffiti. De verzwarende omstandigheid is ook van toepassing op verschillende vormen van belediging.

Hoewel de wetgever bij de totstandkoming van het discriminatoire motief als verzwarende omstandigheid groot belang hechtte aan de toepassing van deze regeling, werd zij niet als verplichtend omschreven. De Belgische rechter acht zich vanouds soeverein bij de straftoemeting en daaraan heeft invoering van deze bepalingen geen wijziging gebracht. Hetzelfde geldt voor de meer verplichtend omschreven regeling in artikel 405quater Sw. Dat neemt niet weg dat het belang toepassing te geven aan deze regeling wordt onderkend. Zulks blijkt onder meer uit de Omzendbrief die in 2013 naar de parketten van het Openbaar Ministerie is gezonden. In Belgische literatuur wordt aangenomen dat de verzwarende omstandigheid moet worden toegepast wanneer deze kan worden bewezen. De verzwarende omstandigheid kan ook gedurende het strafproces aan de beschuldiging worden toegevoegd. Als bewijsstandaard wordt aangenomen dat een verzwarende omstandigheid 'boven elke redelijke twijfel' moet worden bewezen.

In de correctionele rechtspraak wordt van de verzwarende omstandigheid gebruik gemaakt. Dat geldt in het bijzonder voor artikel 405quater Sw. Het gebruik van de verzwarende omstandigheid betekent niet dat duidelijk hogere straffen worden opgelegd en in het geval van artikel 405quater Sw gebruik

wordt gemaakt van het hogere strafmaximum dat de wet de rechter ter beschikking stelt. We vonden daarvoor althans geen aanwijzing in de door ons bestudeerde rechtspraak. De toepassing ervan wordt wel gewaardeerd in de literatuur die de toepassing ervan ook als een vorm van normbevestiging of norminprenting ziet. Het Hof van Cassatie stelt grenzen aan de toepassing van de verzwarende omstandigheid. Voor toepassing ervan stelt het Hof drie eisen: het slachtoffer moet tot één van de in de wet opgesomde categorieën behoren, de drijfveer moet bestaan in haat, misprijzen of vijandigheid en is ingegeven door het feit dat het slachtoffer tot een van die categorieën behoort en het bewijs van de drijfveer moet zijn afgeleid uit uitspraken, opschriften of geschriften. Het betreffende arrest heeft tot enige kritiek geleid, zowel met betrekking tot de eis dat het slachtoffer tot één van de in de wet opgesomde categorieën moet behoren (waarom staat vermeend behoren tot een bepaalde categorie niet aan bewijs in de weg, het gaat immers om het motief van de dader) en dat bewijs slechts uit beperkte (in het arrest limitatief opgesomde) gronden kan worden afgeleid. In hoeverre het arrest de toepassing van de verzwarende omstandigheid belemmert, konden wij uit de rechtspraak niet afleiden.

De toepassing van de verzwarende omstandigheid werd onderzocht bij de correctionele rechtbanken. Bij het hof van assisen, waarvoor de zwaarste misdrijven worden berecht, vonden we geen toepassing van de verzwarende omstandigheid. Het hof van assisen berecht de zogeheten persmisdrijven en daaronder vallen ook geschreven discriminatoire uitspraken die op voor iedereen toegankelijke websites worden gepost, tenzij sprake is van racisme of xenofobie. Die gevallen mogen wel door de correctionele rechtbank worden berecht. Het moeten berechten van bijvoorbeeld homofobe uitspraken door het hof van assisen wordt als een belangrijk knelpunt in de aanpak van (deze vorm van) discriminatie beschouwd. Liever ziet men ook deze gevallen door de correctionele rechtbank worden berecht, onder meer vanwege de kosten, de voortvarendheid van het proces en de grotere kans dat het tot berechting (en bestraffing) komt.

De bestaande wettelijke regeling en de Omzendbrief waarin daarvoor aandacht wordt gebracht, worden over het algemeen positief gewaardeerd. Niettemin wordt een aantal knelpunten signaleerd in de bestaande wetteksten. De voorgenomen herziening van het Strafwetboek beoogt onder meer aan die knelpunten een einde te maken, waarmee tevens een deel van het arrest van het Hof van Cassatie opzij wordt gezet. Zo wordt niet meer geëist dat het slachtoffer daadwerkelijk tot een bepaalde categorie behoort, wordt discriminatie op meer dan één grond mogelijk en worden verschillende discriminatiegronden anders geformuleerd. Een belangrijke wijziging is voorts dat in het voorstel tot een Strafwetboek de verzwarende omstandigheid niet meer wordt vormgegeven als strafminimum- of strafmaximumverhogende omstandigheid; de aanwezigheid van een discriminatoir motief beïnvloedt het strafmaximum in het voorgestelde Strafwetboek niet. Op deze manier wordt een

bijdrage geleverd aan de vereenvoudiging van het stelsel van verzwarende omstandigheden. Tevens wordt onderkend dat het strafverhogende effect van deze (en andere) verzwarende omstandigheden 'de facto' nihil is. In hoeverre het de Belgische wetgever dit keer wel zal lukken een nieuw Strafwetboek in te voeren, moet worden afgewacht.

5 | Italië

5.1 INLEIDING

In dit landenrapport behandelen we het Italiaanse straffoetmetingsrecht en meer specifiek de wettelijke regeling op basis waarvan rekening kan worden gehouden met het discriminatoire of haatmotief van de dader. Het straffoetmetingsrecht is in de Italiaanse wetgeving tot in detail uitgewerkt. Dit komt voort uit de, van oorsprong, rigide systematiek van het Italiaanse Wetboek van Strafrecht, de *Codice Penale* (CP). Met een bijna wiskundige bepaling van de straffmaat vervult de wet de leidende rol in de straffoetmeting, zelfs wanneer die de rechter een discretionaire bevoegdheid toebedeelt.

In paragraaf 5.2 bespreken wij het straffoetmetingsrecht in vogelvlucht. Daarbij besteden we aandacht aan enkele algemene kenmerken van het sanctierecht, de rol van de rechter in de straffoetmeting en de systematiek van straffbeïnvloedende omstandigheden. Sinds de jaren negentig van de vorige eeuw voorziet de *Codice Penale* in een mogelijkheid om rekening te houden met de omstandigheid dat de dader een strafbaar feit heeft begaan vanuit discriminatie of haat. Deze regeling is in de daaropvolgende jaren verschillende keren aangescherpt. Ze is onderdeel van een groter geheel van strafbaarstellingen van rassendiscriminatie en -haat. In paragraaf 5.3 bieden we allereerst een kort overzicht van deze juridische context, waarna we nader ingaan op de vormgeving en werking van de wettelijke straffbeïnvloedende omstandigheid van het doel van discriminatie of haat. We besteden daarbij tevens aandacht aan de interpretatie van deze omstandigheid in de rechtspraak.

In paragraaf 5.4 richten wij ons op de werking van dit wettelijk kader in de (rechts)praktijk. Aan de hand van informatie die wij ontvingen van het Italiaanse Nationale Antidiscriminatie en racisme bureau (*Ufficio Nazionale Antidiscriminazione Razziale* (UNAR)), alsmede stukken van de *European Commission Against Racism and Intolerance*, de *Committee on the Elimination of Racial Discrimination* en van de *Office for Democratic Institutions and Human Rights* van de *Organisation for Economic Cooperation and Development* (Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling) over Italië geven we informatie over de toepassing van de in paragraaf 5.3 besproken wettelijke regelingen in de (rechts)praktijk.

5.2 HET ITALIAANSE STRAFTOEMETINGSRECHT IN VOGELVLUCHT

5.2.1 Enkele kenmerken van het sanctiestelsel

Het huidige Italiaanse Wetboek van Strafrecht, de *Codice Penale* (CP), ook wel de *Codice Rocco* genoemd, stamt uit 1930. Het wetboek kan worden herleid tot het Romeinse en Middeleeuwse canonieke recht en is sterk beïnvloed door de Franse *Code Pénal* uit 1810 en het Duitse *Strafgesetzbuch* uit 1870.¹ Na de eenwording van Italië, halverwege de negentiende eeuw (de ‘wederopstanding’ of *Risorgimento*), werd opdracht gegeven tot het ontwerpen van een nieuw algemeen Wetboek van Strafrecht. Dit in 1921 voltooide wetboek stond bekend als de *Codice Zanardelli*, vernoemd naar de toenmalige Minister van Justitie. Het was ontworpen door de Italiaanse criminoloog en socialist Enrico Ferri. De fascisten, die in 1922 de macht grepen, verwierpen dit wetboek en gaven de opdracht voor het samenstellen van een nieuw wetboek. Dit wetboek werd onder leiding van de jurist Arturo Rocco ontwikkeld. Het nieuwe wetboek kreeg dan ook de naam *Codice Rocco*. Hoewel daarin sporen van het oude wetboek waren te vinden,² paste de strenge en repressieve *Codice Rocco* goed binnen de fascistische tijdgeest. Na de val van het fascisme, de stichting van de republiek en de nieuwe Grondwet van 1948 werden de scherpe kanten van het wetboek afgehaald. De structuur van het wetboek is echter onveranderd gebleven.³

Het wetboek valt uiteen in twee delen: een algemeen deel (*parte generale*) en een bijzonder deel (*parte speciale*). Het *parte generale* (Eerste Boek (*Libro primo*)) bevat bepalingen die van toepassing zijn op alle delicten, bijvoorbeeld over het toepassingsbereik van de strafwet, de strafrechtelijke aansprakelijkheid en de sancties. Het *parte speciale* (Tweede en Derde Boek (*Libro secondo* en *Libro terzo*)) omvat de afzonderlijke strafbaarstellingen. Deze worden naargelang de aard van de op het delict gestelde sanctie onderverdeeld in misdrijven (*delitti*) en overtredingen (*contravvenzioni*) (artikel 39 CP). Titel II van het Eerste Boek omschrijft wat de verschillende hoofdstraffen en bijkomende straffen zijn. Artikel 17, eerste alinea, CP bepaalt dat *delitti* worden bestraft met levenslange gevangenisstraf (*ergastolo*), tijdelijke gevangenisstraf (*reclusione*) of geldboete (*multa*). De tijdelijke gevangenisstraf kan worden opgelegd van vijftien dagen tot 24 jaar (artikel 23 CP). De geldboete kan vijftig tot vijftigduizend euro bedragen (artikel 24 CP). Volgens de tweede alinea van artikel 17 CP kunnen *contravvenzioni* worden bestraft met hechtenis (*arresto*) of geldboete (*ammenda*). De hechtenis heeft een duur van vijf dagen tot drie jaar en wordt tenuitvoergelegd in specifiek daarvoor bestemde instellingen of speciale

1 Di Amato 2013, p. 49.

2 Sbriccoli 1998, p. 507.

3 Di Amato 2013, p. 49-50.

afdelingen binnen een gevangenis (artikel 25 CP). De geldboete voor *contravvenzioni* bedraagt ten minste twintig euro en maximaal tienduizend euro (artikel 26 CP).

Artikel 19 CP benoemt als de bijkomende straffen het verbod om een openbaar ambt te bekleden, het verbod om bepaalde beroepen of kunsten te beoefenen, ontzetting van bepaalde rechten, het verbod om rechtspersonen of vennootschappen te besturen, het verbod om een contract met het openbaar bestuur aan te gaan, de beëindiging van een arbeidsrelatie, de (tijdelijke) ontzetting van het ouderlijk gezag en de publicatie van het strafvonnis.

Voor de berechting van strafbare feiten zijn in eerste aanleg bevoegd de vrederechter (*giudice di pace*), de rechtbank (*tribunale*) en het hof van assisen (*corte d'assise*, in de wet overigens *corte di assise* genoemd, zie artikel 5 Wetboek van Strafvordering (*Codice di procedura penale*, hierna CCP)). De *giudice di pace* is één professionele rechter, die competent is voor het berechten van bepaalde *contravvenzioni* en *delitti*, zoals het schenken van alcohol aan minderjarigen, schoolverzuim, mishandeling, bedreiging en laster.⁴ De *corte d'assise* is bevoegd voor alle *delitti* waarvoor de wet voorziet in een levenslange gevangenisstraf of een gevangenisstraf van ten minste vierentwintig jaar en voor alle opzettelijk begane misdrijven die hebben geleid tot de dood van één of meer personen (artikel 5 CCP). Bepaalde delicten, zoals poging tot moord, beroving en afpersing, zijn in de wet of bij lagere regelgeving van deze competentie uitgezonderd. Het gerecht bestaat uit twee professionele rechters en zes lekenrechters.⁵ Het *tribunale* is bevoegd voor alle overige zaken (artikel 6 CCP). Afhankelijk van de ernst van de zaak bestaat het gerecht uit één of drie professionele rechters (artikel 42-bis *Ordinamento giudiziario*).

Voor ieder delict bepaalt de wet uitdrukkelijk de strafsoort en -hoogte. In de meeste gevallen voorziet de wet in een strafminimum en -maximum. Zo wordt diefstal bestraft met een gevangenisstraf van zes maanden tot drie jaar of met een boete van 154 tot 516 euro (artikel 624 CP). In sommige gevallen schrijft de wet een gefixeerde straf voor (*pena fissa*). Het plegen van een aanslag op de president wordt bijvoorbeeld bestraft met levenslange gevangenisstraf (artikel 276 CP). Naast deze gefixeerde straf, bestaan er ook zogenoemde evenredige straffen (*pene proporzionali*) waarbij de hoogte van de voorgeschreven straf gerelateerd is aan bijzondere feitelijke omstandigheden. Zo wordt het handelen met de vijand in oorlogstijd onder meer bestraft met een geldboete die gelijk is aan vijfmaal de waarde van de verhandelde goederen (artikel 250 CP).

4 Artikel 15 van Legge 24 novembre 1999, n. 468, Modifiche alla legge 21 novembre 1991, nr. 374, recante istituzione del giudice di pace. Delega al Governo in materia di competenza penale del giudice di pace e modifica dell'articolo 593 del codice di procedura penale, Gazzetta Ufficiale (GU) 1999, nr. 293.

5 Artikel 3 van Legge 10 aprile 1951 Riordinamento dei giudizi di Assise, GU nr. 287.

Dergelijke strikte strafmaatbepalingen staan op gespannen voet met artikel 27, eerste linea van de Italiaanse Grondwet (*Costituzione*). Daarin is bepaald dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid ‘persoonlijk’ is (*‘La responsabilità penale è personale’*). Hierbij is volgens het Constitutionele Hof (*Corte costituzionale*) binnen moderne strafrechtstelsels een centrale rol weggelegd voor rechterlijke discretie om de straf te bepalen in het licht van het concrete geval.⁶ Als de gefixeerde of evenredige straffen onvoldoende ruimte laten voor de rechter om de straf in het licht daarvan te bepalen, dan zijn deze volgens het *Corte costituzionale* in beginsel niet in overeenstemming met het grondwettelijke karakter van het strafstelsel.⁷

5.2.2 Strafbeïnvloedende omstandigheden in de Codice Penale

In Italië zijn alle strafbeïnvloedende omstandigheden waarmee de rechter rekening moet houden bij zijn straftoemeting, expliciet en uitvoerig opgenomen in de *Codice Penale*. Dit systeem van de in de wet genoemde omstandigheden vormt een compromis tussen de gefixeerde strafmaat en de onbeperkte discretie van de rechter op het terrein van de straftoemeting.⁸ Met de in de wet genoemde omstandigheden wordt de straf in een concrete zaak steeds op het niveau van de wet aangepast aan de ernst van het feit. Daardoor wordt de beoordelingsruimte van de rechter bij het bepalen van die concrete straf beperkt.⁹

Het Wetboek van Strafrecht maakt onderscheid tussen verschillende omstandigheden. In de eerste plaats onderscheidt de wet ‘verzwarende omstandigheden’ (*circostanze aggravanti*) van ‘verzachtende omstandigheden’ (*circostanze attenuanti*). De eerste hebben een strafverhogende werking, de tweede een strafverlagende werking.¹⁰

In de tweede plaats wordt onderscheid gemaakt op basis van de reikwijdte van de omstandigheid. ‘Algemene omstandigheden’ (*circostanze comuni*) gelden voor alle delicten waarmee zij verenigbaar zijn.¹¹ Vanwege het specialiteitsbeginsel worden algemene omstandigheden namelijk niet toegepast wanneer de bestanddelen van de omstandigheid gelijk zijn aan de bestanddelen van het gronddelict.¹² De algemene omstandigheden zijn voor het merendeel opgenomen in het algemeen deel van het wetboek. Artikel 61 CP benoemt

6 Corte Costituzionale 2 april 1980, nr. 50; Pulitanò 2019, p. 135.

7 Pulitanò 2019, p. 135. Het Grondwettelijk Hof is onder meer bevoegd in geschillen over de grondwettelijkheid van (nationale en regionale) wetgeving (artikel 134 *Costituzione*).

8 Colao 2016, p. 107.

9 Trinci & Farini 2017, p. 487; Fiorella 2018, p. 499.

10 Trinci & Farini 2017, p. 490.

11 Trinci & Farini 2017, p. 490; Marinucci, Dolcini & Gatta 2019, p. 605.

12 Pulitanò 2019, p. 345.

zeventien algemene verzwarende omstandigheden, zoals het hebben gehandeld met verachtelijke of futiele motieven (onder 1), het hebben toegepast van martelingen van of wreedheden tegen mensen (onder 4) en het feit te hebben gepleegd bij gelegenheid van of vanwege sportevenementen (onder 11-septies). Artikel 62 CP benoemt zes algemene verzachtende omstandigheden, zoals het reageren in een staat van woede vanwege een onrechtvaardig feit van anderen (onder 2) en het volledig herstellen van de schade voorafgaand aan het vonnis door middel van bijvoorbeeld het betalen van een vergoeding (onder 6). In de loop der tijd heeft de Italiaanse wetgever, met het oog op het tegengaan van bepaalde vormen van criminaliteit, ook enkele algemene verzwarende omstandigheden opgenomen in bijzondere wetten. In 2017 zijn enkele van deze verzwarende omstandigheden, samen met delicten uit deze bijzondere wetten, opgenomen in het bijzonder deel van de *Codice Penale*.¹³ Een voorbeeld is de nog te bespreken algemene verzwarende omstandigheid voor misdrijven gepleegd wegens discriminatie of etnische, nationale, raciale of religieuze haat (artikel 604-ter CP). Waarom deze omstandigheid niet in artikel 61 CP is opgenomen, bespreken we verderop.

Naast de *circostanze comuni* kent het Italiaanse Wetboek van Strafrecht 'bijzondere omstandigheden' (*circostanze speciali*). Die zijn opgenomen in het bijzonder deel van het wetboek. Zij onderscheiden zich van de algemene omstandigheden doordat hun toepassingsbereik is beperkt tot specifieke delicten. Artikel 625 CP benoemt bijvoorbeeld verschillende verzwarende omstandigheden voor het delict diefstal, waaronder het plegen van vernielingen of het gebruik van frauduleuze middelen.

In de derde plaats wordt onderscheid gemaakt tussen 'objectieve omstandigheden' (*circostanze oggettive*) en 'subjectieve omstandigheden' (*circostanze soggettive*) (artikel 70 CP).¹⁴ Eerstgenoemde omstandigheden hebben betrekking op kenmerken van het feit. De wet noemt in artikel 70, eerste alinea CP, 'de aard, het soort, de gebruikte middelen, het object, de tijd en de plaats, de ernst van de schade of het ontstane gevaar of de omstandigheden of de persoon van het slachtoffer'.¹⁵ *Circostanze soggettive* (artikel 70, tweede alinea, CP) zien op de dader: 'de zwaarte van het opzet en mate van schuld, de omstandigheden en persoonlijke eigenschappen van de dader, de relatie tussen de dader en het slachtoffer of de persoon van de dader'.¹⁶

13 Legge 23 giugno 2017, nr. 103, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario, *GU* 2017, nr. 154.

14 Trinci & Farini 2017, p. 490.

15 Vertaling van 'la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo, il luogo e ogni altra modalità dell'azione, la gravità del danno o del pericolo, ovvero le condizioni o le qualità personali dell'offeso'.

16 Vertaling van 'la intensità del dolo o il grado della colpa, o le condizioni e le qualità personali del colpevole, o i rapporti fra il colpevole e l'offeso, ovvero che sono inerenti alla persona del colpevole'.

Het onderscheid tussen objectieve en subjectieve omstandigheden is van betekenis in het kader van deelneming. *Circostanze soggettive* hebben alleen effect op de persoon waarnaar zij verwijzen, *circostanze oggettive* hebben effect op alle (mede)daders. Het onderscheid tussen subjectieve en objectieve omstandigheden heeft zijn praktische betekenis niet verloren.¹⁷ Artikel 118 CP bevat sinds het schrappen van de terminologie de regel dat omstandigheden die de straffen verhogen of verlagen vanwege de redenen voor het plegen van een misdrijf, de zwaarte van het opzet, de mate van schuld en de omstandigheden die inherent zijn aan de persoon van de dader, alleen worden beoordeeld met betrekking tot de persoon naar wie zij verwijzen.

In de vierde plaats maakt de *Codice Penale* onderscheid op basis van het effect van de omstandigheid op de straftoemeting.¹⁸ De aanwezigheid van een omstandigheid heeft, als gezegd, hoofdzakelijk invloed op de strafsoort en de strafmaat. Artikel 64 CP bepaalt dat de aanwezigheid ervan voorziet in een verhoging of verlaging van ten hoogste een derde van het strafmaximum of strafminimum dat op het gronddelict is gesteld.¹⁹ Deze omstandigheden worden 'omstandigheden met gewoon effect' (*circostanze ad effetto comune*) genoemd. Voorbeelden hiervan zijn de in artikel 61 en 62 CP opgesomde algemene omstandigheden. In sommige gevallen wordt voorzien in een mogelijkheid tot verhoging of verlaging van meer of minder dan een derde van het strafmaximum of strafminimum dat op het gronddelict is gesteld. Deze worden omstandigheden met bijzonder effect (*circostanze ad effetto speciale*) genoemd (artikel 63, derde lid, CP). Een voorbeeld hiervan is de strafverlaging van twee derde voor seksueel geweld waarbij sprake is van een feit van geringe ernst (artikel 609bis CP).²⁰

Er zijn ook omstandigheden die niet zijn gekoppeld aan de oorspronkelijk op het delict gestelde strafminimum en/of -maximum, de 'onafhankelijke omstandigheden' (*circostanze indipendenti*) en de 'autonome omstandigheden' (*circostanze autonome*). Bij de aanwezigheid van *circostanze indipendenti* wordt de oorspronkelijke strafmaat in zijn geheel vervangen. Een voorbeeld hiervan is de verzwarende omstandigheid van het gebruik van wapens bij diefstal met geweld; de oorspronkelijk op het delict gestelde gevangenisstraf van vijf tot tien jaar wordt bij aanwezigheid van deze omstandigheid vervangen door een

17 Trinci & Farini 2017, p. 490. De terminologie wordt sinds de jaren negentig van de vorige eeuw niet meer gehanteerd in bepalingen betreffende strafverhogende- en verlagende omstandigheden. Zie Legge 7 febbraio 1990, nr. 9, Modifiche in tema di circostanze, sospensione condizionale della pena e destituzione dei pubblici dipendenti, GU 1990, nr. 36. De termen *circostanze oggettive* en *circostanze soggettive* worden sindsdien enkel gebruikt bij de bepaling over strafuitsluiting (artikel 119 CP).

18 Trinci & Farini 2017, p. 491.

19 Overeenkomstig artikel 64, onder 2, CP wordt de levenslange gevangenisstraf in geval van verzachtende omstandigheden met gebruikelijk effect vervangen door een tijdelijke gevangenisstraf van twintig tot vierentwintig jaar.

20 Fiorella 2018, p. 496.

gevangenisstraf van zes tot twintig jaar (artikel 628, derde lid onder 1, CP).²¹ Bij *circostanze autonome* wordt zelfs voorzien in een andere strafsoort. Een voorbeeld hiervan is de verzwarende omstandigheid van voorbedachte rade bij doodslag (artikel 577, eerste lid onder 3, CP). De vaststelling van voorbedachte rade vervangt de op doodslag gestelde tijdelijke gevangenisstraf van ten minste 21 jaar door levenslange gevangenisstraf.²² De aanwezigheid van een autonome omstandigheid kan ook invloed hebben op de bevoegdheid van de rechter (artikel 4 CCP), op de mogelijkheid tot het opleggen van maatregelen of voorlopige hechtenis, op welke strafprocedure die moet worden gevolgd (ambtshalve vervolging of op aanklacht) en op de verjaringstermijn.²³

Voor de meeste omstandigheden geldt dat de onderdelen waaruit zij bestaan in de wet zijn beschreven. In gevallen waarin de wetgever geen (volledige) omschrijving biedt, wordt gesproken van een onbepaalde, of discretionaire, omstandigheden (*circostanze indefinite* of *circostanze discrezionali*). Vaak bestaat deze onbepaaldheid uit een open (en dus door de rechter te interpreteren) norm in de omschrijving van de omstandigheid, bijvoorbeeld de verzachtende omstandigheid van de 'geringe ernst' van het feit bij seksueel misbruik (artikel 609bis CP) of de algemene verzwarende omstandigheid van het veroorzaken van 'ernstige materiële schade' (artikel 61, onder 7, CP).²⁴ De oorspronkelijke versie van de *Codice Penale* (de *Codice Rocco*) kende, in tegenstelling tot zijn voorganger (de *Codice Zanardelli*), geen open strafverminderinggrond die het de rechter mogelijk maakte om buitenwettelijke omstandigheden in verzachtende zin mee te wegen. Deze grond werd na de val van het fascistische regime evenwel opnieuw ingevoerd.²⁵ Dit resulteerde in artikel 62bis CP; een grond voor algemene verzachtende omstandigheden (*circostanze attenuanti generiche*) die de rechter naar eigen discretie kan invullen met omstandigheden die vermindering van de straf rechtvaardigen. Hoewel verschillende, door de rechter geselecteerde, omstandigheden onder artikel 62bis CP kunnen worden geschaard, worden zij behandeld als één verzachtende omstandigheid. Bij gebrek aan inhoudelijke sturing, zal de rechter zich bij de invulling van deze open verzachtende omstandigheid vooral moeten laten leiden door het systeem van de strafwet. Daarbij kan worden verwezen naar de algemene criteria uit artikel 133 CP of naar vergelijkbare omstandigheden die wel door de wet zijn getypeerd. Het is echter uitgesloten dat de rechter een omstandig-

21 Trinci & Farini 2017, p. 491.

22 De CP benoemt de levenslange gevangenisstraf (*ergastolo*) en de tijdelijke gevangenisstraf (*reclusione*) als twee verschillende strafsoorten (artikel 17 CP).

23 Trinci & Farini 2017, p. 489.

24 Marinucci, Dolcini & Gatta 2019, p. 607.

25 Pulitanò 2019, p. 348. Zie ook Colao 2016, p. 106 en 107.

heid meeweegt die reeds een wettelijke verzachtende omstandigheid vormt, omdat hij daarmee hetzelfde aspect meerdere malen zou beoordelen.²⁶

5.2.3 Toepassing van strafbeïnvloedende omstandigheden

Uit de strafrechtelijke beginselen ‘bepaaldheid’ (*tassatività*) en ‘verplichte toepassing’ (*obbligatorietà*) vloeit voort dat de wetgever voorschrijft hoe de omstandigheden naar hun inhoud moeten worden getypeerd en dat de rechter deze omstandigheid, zodra hij deze in het specifieke geval heeft vastgesteld, op de voorgeschreven wijze moet toepassen.²⁷ In de artikelen 63 tot en met 69 CP staan de regels met betrekking tot de wijze van toepassing van de verzwarende en verzachtende omstandigheden.

In het meest eenvoudige geval doet zich één verzwarende of één verzachtende omstandigheid voor. De verhoging of verlaging wordt daarbij toegepast op de straf die de rechter aan de schuldige zou opleggen zónder de aanwezigheid van de omstandigheid (artikel 63, eerste lid, CP). Dit proces wordt in de literatuur aangeduid als het tweefasen oordeel (*giudizio bifasico*). Daarbij bepaalt de rechter allereerst een concrete straf binnen de kaders die de wet op het gronddelict heeft gesteld. Deze straf wordt de basisstraf (*pena base*) genoemd. Vervolgens wordt de wettelijke verhoging of verlaging toegepast. Het oordeel van de rechter moet blijk geven van deze twee fasen door zowel de straf voor het gronddelict als de maatstaf van de verhoging of verlaging te vermelden.²⁸ Zo zal de rechter bij de bewezenverklaring van diefstal (artikel 624 CP) met de verzwarende omstandigheid van het veroorzaken van ernstige materiële schade (artikel 61, onder 7, CP) eerst op basis van de ernst van het gronddelict een straf moeten bepalen binnen de bij diefstal vermelde sanctienorm (gevangenisstraf van zes maanden tot drie jaar). Vervolgens zal deze straf door de aanwezigheid van de verzwarende omstandigheid worden verhoogd met een derde. Als de rechter voor een eenvoudige diefstal een gevangenisstraf van negen maanden passend acht, dan zal de uiteindelijke straf door de aanwezigheid van de verzwarende omstandigheid worden verhoogd tot een jaar gevangenisstraf. In het geval van een omstandigheid met een autonoom of onafhankelijk effect zal de rechter eerst, op basis van die omstandigheid, de nieuwe strafkaders vaststellen, waarbinnen vervolgens aan de hand van de criteria

26 Pulitanò 2019, p. 348-349. Artikel 62bis CP werd in 2005 aangescherpt. Zie Legge, 05/12/2005, nr. 251, *GU* 07/12/2005. Die aanscherping had tot doel de strafrechtelijke aanpak van onder andere de mafia te versterken. Een deel van de wijzigingen in artikel 62bis CP werd door het Grondwettelijk Hof ongrondwettig verklaard. Dat bepaalde dat in alle gevallen in verzachtende zin rekening kan worden gehouden met het gedrag van de dader na het begaan van het misdrijf (*Corte costituzionale*, sentenza 10/06/2011, nr. 183).

27 Trinci & Farini 2017, p. 487-488.

28 Marinucci, Dolcini & Gatta 2019, p. 612.

omschreven in artikel 133 CP een straf wordt bepaald. De straftoemeting vindt dan niet plaats in twee fasen, maar in één fase.²⁹

In een meer complexe situatie doen zich verscheidene verzwarende en/of verzachtende omstandigheden voor. In deze gevallen wordt een onderscheid gemaakt tussen de zogenoemde homogene combinatie en de heterogene combinatie. Bij een homogene combinatie hebben alle omstandigheden een verlagend óf een verhogend effect. De rechter dient deze omstandigheden cumulatief op te leggen. De verhoging of de verlaging wordt toegepast op de straf die het gevolg was van de voorgaande verhoging of verlaging (artikel 63, tweede alinea, CP).

Als één van de verhogende of verlagende omstandigheden een bijzonder, autonoom of onafhankelijk effect heeft, dan past de rechter eerst deze omstandigheid toe en vervolgens omstandigheden met een gebruikelijk effect (artikel 63, derde alinea, CP). Wanneer er verschillende omstandigheden met een bijzonder, autonoom of onafhankelijk effect aanwezig zijn, wordt enkel de omstandigheid met de sterkste verzwaring of verzachting toegepast (artikel 63, vierde en vijfde alinea, CP).

De wet stelt grenzen aan de cumulatie van omstandigheden. Zo mogen meervoudige verzwaringen niet leiden tot een straf van meer dan driemaal de op het gronddelict gestelde maximumstraf of tot gevangenisstraf van meer dan dertig jaar, hechtenis van meer dan vijf jaar, een multa van meer dan 10.329 euro of een ammenda van meer dan 2.065 euro (artikel 66 CP). Meervoudige verzachtingen mogen niet leiden tot een straf van minder dan een kwart van de op het gronddelict gestelde minimumstraf of tot een gevangenisstraf van tien jaar voor een delict waarop levenslange gevangenisstraf is gesteld (artikel 67 CP).

Bij een heterogene combinatie van omstandigheden hebben sommige omstandigheden een verzwarend effect en andere een verzachtend effect. In dat geval schrijft de wet geen cumulatie voor, maar biedt artikel 69 CP de rechter drie mogelijkheden. Als de verzwarende omstandigheden volgens de rechter zwaarder wegen dan de verzachtende omstandigheden, dan worden alleen de aan de verzwarende omstandigheden verbonden strafverhogingen toegepast en blijven de aan de verzachtende omstandigheden verbonden strafverminderingen buiten toepassing. Daartegenover staat dat wanneer de verzachtende omstandigheden prevaleren, alleen de strafverminderingen worden toegepast en de strafverhogingen buiten toepassing blijven. Indien de rechter van oordeel is dat de verzwarende en verzachtende omstandigheden gelijkwaardig zijn, dan worden geen van de verhogingen of verminderingen toegepast. Bij dit oordeel van de rechter is het aantal verzwarende omstandigheden tegenover het aantal verzachtende omstandigheden niet doorslaggevend; de omstandigheden worden gewogen, niet geteld.³⁰ Over de wijze waarop

²⁹ Marinucci, Dolcini & Gatta 2019, p. 614-615.

³⁰ Marinucci, Dolcini & Gatta 2019, p. 619.

deze weging moet plaatsvinden geeft de wet geen handvatten en in de jurisprudentie en de literatuur bestaan daarom grotendeels toevertrouwd aan de ‘vrije en ongecontroleerde discretie van de rechter’.³¹ De rechter moet diens oordeel motiveren en opschrift stellen (artikel 544 en 546 lid 2 CCP).

De hiervoor omschreven regels zien op het geval waarin op een concreet feitencomplex meer dan één wettelijke omstandigheid van toepassing is. Er kunnen zich ook gevallen voordoen waarin verschillende bepalingen zien op dezelfde omstandigheid. Men spreekt dan van een ‘schijnbare samenloop van omstandigheden’ (*concorso apparente di circostanze*). Om een dubbele weging van dezelfde omstandigheid te voorkomen, kan slechts één van de concurrerende bepalingen worden toegepast.³² Artikel 68 CP voorziet in een regeling voor dergelijke gevallen, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen twee situaties. In de eerste situatie heeft de ene bepaling een specialiteitsverhouding tot de andere bepaling. Zo vormt de verzachtende omstandigheid van het ‘voorkomen dat de criminele activiteit verdere gevolgen krijgt’ uit artikel 73, zevende lid, van de Italiaanse Opiumwet (de *Testo unico stupefacenti*) een lex specialis van de algemene verzachtingsgrond van het ‘spontaan en effectief elimineren of verzachten van de schadelijke of gevaarlijke gevolgen van de misdaad’ uit artikel 62, onder 6, CP. In de tweede situatie staan de concurrerende bepalingen niet in een specialiteitsverhouding tot elkaar. De ene omstandigheid omvat in die gevallen een andere omstandigheid. In dergelijke gevallen bepaalt artikel 68 CP dat slechts één omstandigheid wordt toegepast. Wanneer zij voorzien in een verschillend effect wordt de verzwarende of verzachtende omstandigheid toegepast die respectievelijk het grootste verhogende of verlagende effect heeft.³³

Het oorspronkelijke systeem van de *Codice Rocco* voorzag in een subjectieve toerekening voor het gronddelict en in een objectieve toerekening voor de verzwarende en verzachtende omstandigheden. Daarvoor was enkel van belang of de omstandigheden zich feitelijk voordeden, niet of de dader daar wetenschap van had.³⁴ Objectieve toerekening geldt nog steeds voor verzachtende omstandigheden. Artikel 59, eerste alinea, CP bepaalt dat omstandigheden die de straf verzachten (of uitsluiten) in het voordeel van de dader worden beoordeeld, ongeacht of de dader daarvan niet op de hoogte was of door hem ten onrechte als niet-bestaand werden beschouwd. In 1990 is voor verzwarende omstandigheden het criterium van subjectieve toerekening ingevoerd.³⁵ De tweede alinea van artikel 59 CP bepaalt dat verzwarende omstandigheden

31 Marinucci, Dolcini & Gatta 2019, p. 619-620 (zie over afwegingsoordeel en uitzonderingen uitgebreid p. 617-619).

32 Marinucci, Dolcini & Gatta 2019, p. 622.

33 Marinucci, Dolcini & Gatta 2019, p. 622.

34 Pulitanò 2019, p. 352.

35 Pulitanò 2019, p. 352.

uitsluitend aan de dader kunnen worden toegerekend, wanneer deze bij hem bekend zijn of als gevolg van een aan zijn schuld te wijten fout niet bij hem bekend zijn of zijn genegeerd. Voor het toerekenen van een verzwarende omstandigheid, ook in het geval van een *doleus delict*, is evenwel geen opzet vereist.³⁶ Volgens de derde alinea van artikel 59 CP worden door de dader ten onrechte als bestaand geachte omstandigheden niet ten gunste of ten nadele van hem toegepast.³⁷

5.2.4 Straftoemeting door de rechter

De strafrechter bepaalt binnen de grenzen van de wet welke straf passend is in het concrete geval. Artikel 132, eerste alinea CP geeft de rechter hiertoe de ruimte. De rechter wordt niet geheel vrijgelaten in zijn keuze. Zo eist het artikel dat het oordeel wordt onderbouwd. Daarnaast formuleert de wet algemene criteria waaraan de rechterlijke individualisering moet voldoen. Deze zijn neergelegd in artikel 133 CP:

‘Bij het uitoefenen van de discretionaire bevoegdheid die in het vorige artikel is aangegeven, moet de rechter rekening houden met de ernst van de misdaad, afgeleid uit:

- 1° de aard, het soort, de gebruikte middelen, de tijd, de plaats en alle andere aspecten van het feit;
- 2° de ernst van de schade van of het gevaar voor de door het strafbare feit getroffen persoon;
- 3° de zwaarte van het opzet of de mate van schuld.

De rechter moet ook rekening houden met het vermogen van de dader om strafbare feiten te plegen, afgeleid uit:

- 1° de motieven voor het begaan van het strafbare feit en het karakter van de dader;
- 2° de eerdere veroordelingen en, in het algemeen, het gedrag en het leven van de dader, voorafgaand aan het strafbare feit;
- 3° het gedrag tijdens of na het plegen van het strafbare feit;
- 4° de persoonlijke, familiale en sociale levensomstandigheden van de dader.’³⁸

³⁶ Pulitanò 2019, p. 352.

³⁷ Artikel 60 CP biedt een uitzondering op de toerekeningsregels van artikel 59 CP. Wanneer de dader, door een fout van het slachtoffer, niet op de hoogte is van verzwarende omstandigheden, worden deze niet aan de dader toegerekend. Daartegenover staat dat wanneer de dader, door toedoen van het slachtoffer, ten onrechte verzachtende omstandigheden heeft aangenomen, deze wel in het voordeel van de dader worden toegepast.

³⁸ Vertaling van: ‘Nell’esercizio del potere discrezionale indicato nell’articolo precedente, il giudice deve tener conto della gravità del reato, desunta:

1° dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall’oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell’azione;

2° dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato;

De rechter moet bij zijn straftoemeting objectieve en subjectieve omstandigheden meewegen. De eerste alinea schrijft criteria voor aan de hand waarvan de rechter de ernst van het feit kan bepalen. De eerste twee criteria zijn zien op de feitelijke omstandigheden waaronder het strafbare feit is gepleegd en de schade of het gevaar dat daardoor is veroorzaakt. Zij kunnen worden beschouwd als objectieve omstandigheden. Het derde criterium ziet op de mate van verwijtbaarheid (onder meer uitgelegd als de mate van opzet of culpa) en is dus meer een subjectieve omstandigheid.³⁹

De tweede alinea van artikel 133 CP bepaalt dat de rechter rekening moet houden met het vermogen' of de 'capaciteit van de dader om opnieuw een strafbaar feit te plegen. De genoemde criteria die de rechter moet betrekken in de beoordeling van deze mogelijkheid zien op de antecedenten, het gedrag van de dader voor, tijdens en na het plegen van het strafbare feit, de motieven van de dader en zijn persoonlijke omstandigheden. Van de rechter wordt niet gevraagd om het mogelijke criminele gedrag van de dader in de toekomst te voorspellen. De criteria helpen een beeld te geven van hoe het strafbare feit binnen het persoonlijke verleden van de dader past. Een feit dat het resultaat is van externe invloeden, kan als minder ernstig worden beschouwd, dan een feit dat voortvloeit uit de persoonlijke neigingen van de dader.⁴⁰ De discretionaire bevoegdheid, de motiveringsplicht en deze algemene criteria hangen in die zin samen, dat wanneer de rechter bij het bepalen van de straf van plan is meer af te wijken van de minimumstraf uitvoeriger daarvoor de redenen moet opgeven aan de hand van de criteria uit artikel 133 CP.⁴¹

Naast de algemene criteria, schrijft artikel 133bis CP voor dat de rechter bij het bepalen van een geldboete (*multa* of *ammenda*) rekening dient te houden met de financiële omstandigheden van de dader. Indien de minimale boete overmatig zou zijn, kan deze met een derde worden verlaagd.⁴² De regeling hoeft echter niet altijd in het voordeel van de dader te werken. Tegenover de verlaging staat dat de rechter de geldboete ook driemaal kan verhogen indien hij van mening is dat de maximale op het delict gestelde geldboete onvoldoende effectief is.

3° dalla intensità del dolo o dal grado della colpa.

Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta:

1° dai motivi a delinquere e dal carattere del reo;

2° dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato;

3° dalla condotta contemporanea o susseguente al reato;

4° dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo.'

39 Fiorella 2018, p. 587.

40 Fiorella 2018, p. 587-588.

41 Corte di Cassazione Sez. I, 4 juni 2013, nr. 24213.

42 Op grond van Artikel 133ter CP kan de rechter, gelet op de financiële omstandigheden, tevens bevelen dat de boete in termijnen wordt betaald.

Het staat de rechter niet vrij om alle omstandigheden die onder de criteria uit artikel 133 CP kunnen vallen ook daadwerkelijk te betrekken bij het bepalen van de concrete straf. Aan bepaalde omstandigheden van het misdrijf of de persoon van de dader heeft de wetgever een bijzondere relevantie toegekend door deze uitdrukkelijk als wettelijke omstandigheid te erkennen.⁴³ Vanwege de specialiteitsverhouding tussen deze wettelijke omstandigheden en de criteria die de rechter uit artikel 133 CP vrij kan selecteren, en om te voorkomen dat dezelfde feitelijke omstandigheid dubbel wordt meegewogen, zijn de wettelijke omstandigheden onttrokken aan de beoordelingsvrijheid van de rechter.⁴⁴

5.2.5 Procesrechtelijke aspecten

Het Italiaanse Openbaar Ministerie (*pubblico ministero*) is verantwoordelijk voor alle vervolgingshandelingen.⁴⁵ Benadeelden kunnen zich door middel van een civiele vordering voegen in het strafproces (artikel 74 CCP), maar kunnen zelf geen vervolgingshandelingen uitvoeren. De openbaar aanklager (*procuratore della Repubblica*) geniet als lid van de magistratuur dezelfde onafhankelijkheid als de rechter en staat los van de uitvoerende macht (artikel 107 Costituzione en artikel 53, eerste lid, CCP). Voor het instellen van vervolging geldt het legaliteitsbeginsel; wanneer een strafbaar feit onder de aandacht van de openbaar aanklager wordt gebracht, heeft hij een grondwettelijke plicht om, indien mogelijk, te vervolgen (artikel 112 Costituzione). Dit heeft geleid tot een overspoeling van het systeem, met als bijeffect dat voor het Openbaar Ministerie toch een vorm van discretionaire zeggenschap is ontstaan over de vervolgbeslissing. Hoewel iedere zaak moet worden behandeld, kunnen aan bepaalde zaken meer prioriteit worden toegekend dan aan andere zaken.⁴⁶

Na afloop van het opsporingsonderzoek, en indien er voldoende gronden zijn om de vervolging in te stellen, stelt de openbaar aanklager een dagvaarding op (artikel 416 CCP). In artikel 417, onder b, CCP is bepaald dat deze dagvaarding onder meer een tenlastelegging van het feit en de verzwarende omstandigheden moet bevatten. Volgens het Hof van Cassatie (*Corte di Cassazione*) is de specifieke vermelding van de bepaling die in de verzwarende omstandigheid ziet, niet noodzakelijk. Het hof acht het voldoende dat de verdachte door de feitelijke omschrijving (*la precisa enunciazione "in fatto"*) kennis heeft van het bestaan van de aanvullende omstandigheden.⁴⁷ Wanneer het bestaan van de omstandigheid uit de omschrijving van de feiten valt te herleiden, kan de

⁴³ Zie paragraaf 5.2.3.

⁴⁴ Marinucci, Dolcini & Gatta 2019, p. 61.

⁴⁵ Di Amato 2013, p. 36.

⁴⁶ Di Amato 2013, p. 36.

⁴⁷ Corte di Cassazione, Sez. V, 2 januari 2019, nr. 68.

rechter deze zelf vaststellen. Ook wanneer de omstandigheid wel in de tenlastelegging is opgenomen, kan hiervan worden afgeweken. De rechter heeft dus een zekere discretionaire ruimte om uit de omschrijving van het feitencomplex bepaalde omstandigheden af te leiden. Hij kan echter geen verzwarende omstandigheden aannemen, wanneer deze niet in de omschrijving van de tenlastegelegde feiten naar voren komen en dus niet door de verdediging konden worden betwist. Doet de rechter dit wel, dan is dit deel van het vonnis op grond van artikel 522 CCP nietig.⁴⁸

Wanneer later in de procedure blijkt dat de verzwarende omstandigheden niet of onjuist in de tenlastelegging zijn omschreven, kan de openbaar aanklager deze tot aan de beraadslaging door de rechter wijzigen (artikel 423, eerste lid, en artikel 517, eerste lid, CCP). De rechter is in beginsel gebonden aan de tenlastelegging, maar mag het feitencomplex wel een andere juridische kwalificatie geven (artikel 521 CCP).

Om tot een veroordeling te komen, moeten de bestanddelen van het gronddelict, buiten redelijke twijfel (*'là di ogni ragionevole dubbio'*) worden vastgesteld (artikel 533, eerste lid, CCP). Dit geldt ook voor de verzwarende en verzachtende omstandigheden.

Italië kent een negatief-wettelijk bewijsstelsel (artikel 194-243 CCP). Voordat een bewijsmiddel in de strafprocedure kan worden gebruikt, oordeelt een rechter over de toelaatbaarheid van het bewijs. Daarbij worden niet-wettige bewijsmiddelen en overbodig of irrelevant bewijsmateriaal uitgesloten (artikel 190 CCP).

De straftoemeting is op basis van artikel 132 CP een discretionaire bevoegdheid van de rechter, die hij verricht aan de hand van de wettelijke criteria in artikel 133 en 133-bis CP. Tegenover deze, vrij strikte, criteria staat dat Italië geen straftoemetingsrichtlijnen kent waarop de rechter zijn straftoemetingsbeslissing kan of moet oriënteren. Wel kan de aanklager tijdens het slotpleidooi (*requisitoria*) aan het einde van het onderzoek ter terechtzitting (*dibattimento* (artikel 470 e.v. CCP)) een strafeis presenteren. De aanklager is hiertoe niet verplicht, maar in de praktijk wordt van deze mogelijkheid vrijwel altijd gebruik gemaakt. Vanwege de onafhankelijke positie van het *pubblico ministero* bestaan ook hiervoor vanuit de regering geen officiële (beleids)richtlijnen. Wel kent het Openbaar Ministerie richtlijnen over specifieke onderwerpen, maar voor zover bekend bestaan er geen richtlijnen met betrekking tot de straftoemeting.⁴⁹ Ook de verdachte en eventuele slachtoffers kunnen zich tijdens het pleidooi (*conclusioni*) uitlaten over de op te leggen straf (artikel 523 lid 1 CCP). De rechter is zowel aan de strafeis als aan de verzoeken van de verdachte of benadeelden niet gebonden.

48 Vgl. Corte di Cassazione, Sez. V, 15 juni 2018, nr. 32682, *CED* *rv.* 273491.

49 Vanwege de magistratelijke positie van de openbaar aanklagers zijn richtlijnen overigens niet bindend.

5.3 DE WETTELIJKE REGELING VOOR HET BETREKKEN VAN HET DISCRIMINATOIRE ASPECT BIJ DE STRAFTOEMETING

5.3.1 Achtergrond

De Italiaanse anti-discriminatiewetgeving kwam tot stand na de ratificatie van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie.⁵⁰ De Uitvoeringswet van dit Verdrag in 1975 introduceerde de eerste strafbepaling tegen discriminatie.⁵¹ Artikel 3, eerste alinea, van deze wet stelt strafbaar – met een maximale gevangenisstraf van vier jaar – iedereen ‘a) die ideeën verspreidt op welke manier dan ook op basis van rassuperioriteit of -haat’ of ‘b) die op welke manier dan ook aanzet tot discriminatie, aanzet tot het plegen van geweld of geweld uitlokt tegen mensen, omdat zij tot een nationale, etnische of raciale groep behoren.’⁵² De tweede alinea van het artikel bestraft medeplichtigen, deelnemers van verenigingen of organisaties die tot doel hebben om aan te zetten tot haat of rassendiscriminatie met een maximale gevangenisstraf van vijf jaar. De straffen voor leiders en initiatiefnemers van deze organisaties of verenigingen werden verhoogd.

De Wet betreffende dringende maatregelen inzake raciale, etnische en religieuze discriminatie, ook wel de *Legge Mancino*, breidde de anti-discriminatiewetgeving in 1993 verder uit.⁵³ Het eerste artikel van de wet richtte zich op een herziening van de strafbaarstelling in artikel 3 van de Uitvoeringswet. Aan het delict uit de eerste alinea van het artikel werd geloof als discriminatiegrond toegevoegd. Met betrekking tot de op het delict gestelde straffen werd een onderscheid gemaakt tussen het uitsluitend verspreiden van ideeën en het aanzetten tot discriminatie, het aanzetten tot het plegen van geweld of het uitlokken van geweld. Voor het eerstgenoemde delict werd de gevangenisstraf verlaagd tot maximaal drie jaar, terwijl de maximumstraf voor het aanzetten tot discriminatie of geweld en het uitlokken van geweld vier jaar bleef. Vergelijkbare wijzigingen werden aangebracht in de tweede alinea van artikel 3 van de Uitvoeringswet, die ziet op organisaties en verenigingen. Het tweede artikel van de *Legge Mancino* voegde een nieuwe strafbaarstelling in: iedereen die

50 Pavich & Bonomi, *Diritto Penale Contemporaneo* 13 oktober 2014, p. 1.

51 Legge 13 ottobre 1975, nr. 654, Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966, *GU* 1975, nr. 337.

52 Vertaling van: ‘a) chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale; b) chi incita in qualsiasi modo alla discriminazione, o incita a commettere o commette atti di violenza o di provocazione alla violenza, nei confronti di persone perché appartenenti ad un gruppo nazionale, etnico o razziale.’

53 Legge 205/1993 del 25 giugno 1993, nr. 205, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, recante misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa, *GU* 1993, nr. 148.

in openbare bijeenkomsten uiting geeft aan of emblemen of symbolen toont van de in artikel 3 van de Uitvoeringswet bedoelde organisaties, verenigingen, bewegingen of groepen, wordt gestraft een gevangenisstraf tot drie jaar. Het derde artikel voorziet in een strafverzwarende omstandigheid voor delicten gepleegd met het oog op discriminatie of etnische, nationale, raciale of religieuze haat, of om de activiteiten van organisaties, verenigingen, bewegingen of groepen die dezelfde doelstellingen hebben te vergemakkelijken.⁵⁴ Op deze bepaling gaan we in deze paragraaf nader in.

In 2006 werden de anti-discriminatiebepalingen uit artikel 3 van de Uitvoeringswet nogmaals, nu vooral op tekstueel vlak, aangescherpt.⁵⁵ De woorden ‘verspreidt op welke manier dan ook’ en ‘aanzetten’ zijn vervangen door ‘propaganda’ en ‘opruiming’. Met deze aanpassingen kwam de Italiaanse wetgever tegemoet aan een discussie over de grondwettelijke toelaatbaarheid van uitingsdelicten, in het bijzonder ten opzichte van de vrijheid van meningsuiting (artikel 21 *Costituzione*).⁵⁶ Waar verspreiden en aanzetten meer lijken te gaan om een objectieve handeling, veronderstellen propaganda en opruiming een handeling die gericht is op het beïnvloeden van de opinie van anderen. De wetgever probeerde de wettekst op deze manier beter te laten aansluiten bij de reeds bestaande interpretatie in de jurisprudentie en doctrine. Incidentele racistische ideeën of uitdrukkingen werden namelijk reeds uitgesloten van het bereik van de strafbaarstelling. Alleen herhaalde uitingen van racistisch gemotiveerde ideeën kunnen hieronder worden gebracht.⁵⁷

In 2016 is aan het uitingsdelict in artikel 3 van de Uitvoeringswet in de derde alinea de bijzondere verzwarende omstandigheid van negationisme toegevoegd. De maximale gevangenisstraf van vier jaar werd verhoogd tot zes jaar,

‘indien de propaganda, uitlokking of opruiming, op zodanige wijze wordt gepleegd dat deze met gevaar voor verspreiding geheel of gedeeltelijk is gebaseerd op de ontkenning van de Holocaust, genocide, misdaden tegen de menselijkheid of oorlogsmisdaden, zoals gedefinieerd in de artikelen 6, 7 en 8 van het Statuut van het Internationaal Strafhof, [...]’.⁵⁸

54 Pavich & Bonomi, *Diritto Penale Contemporaneo* 13 oktober 2014, p. 2-4.

55 Artikel 13 van Legge 24 febbraio 2006, nr. 85, Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione, *GU* 2016, nr. 60. Zie uitgebreid Pavich & Bonomi, *Diritto Penale Contemporaneo* 13 oktober 2014, p. 10-12.

56 *Camera Dei Deputati*, nr. 5490, XIV Legislatura, p. 1-2.

57 Salotto 2006, p. 170.

58 Vertaling van: ‘Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l’istigazione e l’incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l’umanità’ e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, [...]’, artikel 1, eerste lid, Legge 16 giugno 2016 Modifica all’articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l’umanità’ e crimini di guerra, come definiti

Als onderdeel van een grootschalige hervorming van het straf- en strafprocesrecht in 2017, de zogenoemde Orlando-hervorming, zijn bepalingen die voorheen in bijzondere wetten waren opgenomen, verplaatst naar de *Codice Penale*.⁵⁹ Daarmee is onder meer in Hoofdstuk III van Titel XII van Boek II de nieuwe Sectie I-bis Misdaden tegen de gelijkheid (Dei delitti contro l'eguaglianza) ontstaan. De strafbaarstelling van het propaganderen van rassuperioriteit of raciale of etnische haat en aanzetten tot het plegen van een misdrijf om redenen van ras, etniciteit en geloof en de strafverzwarende omstandigheid zijn daarin opgenomen als respectievelijk artikel 604-bis en 604-ter CP.⁶⁰ De redenen voor het verplaatsen van de omstandigheid liggen in de toename van de maatschappelijke relevantie van het (aanpakken van het) fenomeen discriminatie, een hernieuwde politieke aandacht voor het onderwerp en vooral de terughoudendheid die bestond met betrekking tot het toepassen van de bestaande regeling.⁶¹ In de literatuur wordt opgemerkt

In de literatuur wordt opgemerkt dat de verzwarende omstandigheid in het bijzonder deel van het wetboek is opgenomen terwijl het wetssystematisch logischer zou zijn om deze in artikel 61 CP bij de zeventien andere algemene verzwarende omstandigheden op te nemen.⁶² Als meest waarschijnlijke reden achter deze keuze wordt genoemd dat het opnemen van de verzwarende omstandigheid in een eigen bepaling de zichtbaarheid ervan vergroot, wat wellicht zal bijdragen aan het voorkomen van het met een dergelijk aspect begaan van strafbare feiten.⁶³

5.3.2 Vormgeving van de verzwarende omstandigheid

Hoewel de verzwarende omstandigheid van het doel van discriminatie of haat (artikel 604-ter CP) is opgenomen in het bijzonder deel van de *Codice Penale*, is het een *circostanza comune*. De strafverzwarende omstandigheid geldt voor alle strafbare feiten, zowel *delitti* als *contravvenzioni*, binnen de *Codice Penale* en in bijzondere strafwetgeving met uitzondering van delicten die worden bestraft met levenslange gevangenisstraf. Belediging (artikel 594 CP) was één

dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, nr. 115, *GU* 2016, nr. 149.

59 Legge 23 giugno 2017, nr. 103, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario, *GU* 2017, nr. 154.

60 Artikel 2, eerste lid onder i, van Decreto legislativo 1 marzo 2018, nr. 21, Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, nr. 103, *GU* 2018, nr. 68.

61 Puglisi, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2018/3, p. 1326-1327.

62 Ook is het met de Legge Mancino geïntroduceerde delict van het op openbare bijeenkomsten vertonen van uiterlijke manifestaties of emblemata of symbolen niet is verplaatst naar het nieuwe artikel 604-bis CP, maar in de bijzondere wet blijven staan.

63 Licastro, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 2019/28, p. 107.

van deze strafbare feiten waarop de verzwarende omstandigheid het meest werd toegepast. Dat feit wordt sinds 2016 echter civielrechtelijk afgedaan. Alleen wanneer belediging gepaard gaat met andere strafbare feiten (zoals bedreiging) of op zichzelf aanzet tot discriminatie of haat, is er nog sprake van een strafbaar feit.⁶⁴

De verzwarende omstandigheid toont sterke verwantschap met het uitingsdelict in artikel 604-bis CP, het oorspronkelijke artikel 3 van de Uitvoeringswet. Dit blijkt uit de tekst van artikel 604-bis CP:

‘Voor strafbare feiten die worden bestraft met andere straffen dan levenslange gevangenisstraf, gepleegd met het doel van discriminatie of etnische, nationale, raciale of religieuze haat, of om de activiteiten van organisaties, verenigingen, bewegingen of groepen met dezelfde doelstellingen te vergemakkelijken, wordt de straf met maximaal de helft verhoogd.’⁶⁵

Niet als het uitingsdelict maakt de verzwarende omstandigheid een onderscheid tussen verschillende scenario's. Het eerste scenario bestaat uit het handelen met het doel van discriminatie of etnische, raciale of religieuze haat. Het tweede scenario bestaat uit het handelen met het doel de activiteiten van bepaalde organisaties met dergelijke discriminatoire doelstellingen te vergemakkelijken. Daarmee vormt de verzwarende omstandigheid als het ware een *lex specialis* van de strafbare discriminatie uit artikel 604-bis CP dat deze handelingen bestraft wanneer deze niet gepaard gaan met andere strafbare feiten.⁶⁶

Anders dan de verzwarende omstandigheid uit artikel 61, onder 1, CP, die ziet op het handelen met verachtelijke of futiele motieven, spreekt artikel 604-ter CP niet van motieven (*motivi*), maar van doel (*finalità*). Ten aanzien van de invulling hiervan bestaan in de jurisprudentie verschillende interpretaties. De literatuur onderscheidt twee stromingen binnen de rechtspraak. De eerste stroming is het meest restrictief en getrouw aan de wettekst. In het woord doel wordt een bijkomstige voorwaarde gelezen die zich buiten de gedraging van het gronddelict manifesteert. De wetgever zou met de verzwaring geen belang hechten aan het motief van de dader, maar aan het oogmerk van de dader om haatgevoelens op te wekken. De gedraging van de dader moet

64 Decreto Legislativo 15 gennaio 2016, nr. 7, Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma dell'articolo 2, comma 3, della legge 28 aprile 2014, nr. 67, *GU* 2016, nr. 17; Licastro, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 2019/28, p. 108.

65 Vertaling van: 'Per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità la pena è aumentata fino alla metà.'

66 Licastro, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 2019/28, p. 119.

daadwerkelijk hebben geleid tot het verspreiden van dergelijke gevoelens.⁶⁷ De tweede stroming gaat ook uit van de potentie van de handeling om discriminatie op te wekken, maar hanteert hierbij een meer abstracte maatstaf dan het oogmerk van de dader. Zij leest in het woord doel een vereiste voor het bestaan van een discriminatoire waarde die de sociale of juridische inferioriteit van anderen bevestigt en die van de gedraging van de dader uitgaat. In plaats van een onderzoek naar de concrete haatzaaiende gevolgen van het feit, wordt het doel van discriminatie of haat vastgesteld aan de hand van de sociaal-culturele context van het feit.⁶⁸

Beide stromingen laten de motieven van de dader om het gronddelict te plegen buiten beschouwing. Toch sluit het *Corte di Cassazione* niet uit dat de wil van de dader voor het plegen van het gronddelict wordt betrokken bij het vaststellen van de verzwarende omstandigheid. In een zaak waarin een man een poging deed om de hoofddoek van een naar een moskee gaande vrouw af te rukken, overwoog het Hof als één van de argumenten voor het bestaan van de verzwarende omstandigheid dat het gedrag 'een *wilskracht* aan het licht brengt die schadelijk is voor de morele integriteit van mensen die behoren tot de islamitische religieuze cultuur, anders dan de dominante katholieke cultuur in het land'.⁶⁹ Ook in andere zaken ontleent het Hof bij de vaststelling van de verzwarende omstandigheid argumenten aan dat 'de actie uitsluitend werd *gemotiveerd* door het feit dat het ging om een persoon die tot een ander ras behoorde' en aan de 'ondubbelzinnige bereidheid om het slachtoffer van het misdrijf te discrimineren op grond van zijn of haar raciale identiteit'.⁷⁰ Toch is de vaststelling van enkel een motief niet voldoende voor de vaststelling van het doel van discriminatie of haat. De cassatierechter overweegt namelijk dat:

'haat of discriminatie moeten niet de "motieven" [...] vormen, maar de "doelen" van de gedraging, die dus niet alleen het resultaat zijn van herkenbare interne driften van een bepaald type [...], maar een instrument voor het bereiken van het

67 Licastro, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 2019/28, p. 108-109 (onder vermelding van Corte di Cassazione Penale, Sez. V, 17 november 2005, nr. 44295; Corte di Cassazione Penale, Sez. III, 2006, p. 878 s.; Corte di Cassazione Penale, Sez. III, 20 februari 2007, n. 13679; Riv. pen., n. 7-8, 2007, p. 742).

68 Licastro, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 2019/28, p. 109-110 (onder vermelding van Corte di Cassazione Penale, Sez. V, 20 januari 2006, nr. 9381).

69 Vertaling van 'Essi, infatti, hanno desunto, in modo logico ed adeguato, la volontà lesiva dell'integrità morale di persone appartenenti a una cultura religiosa, quella islamica, diversa da quella cattolica dominante nel Paese'. Corte di Cassazione Penale, Sez. III, 9 maart 2006, nr. 11919 [cursivering door auteurs dezes]. Zie ook Licastro, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 2019/28.

70 Vertaling van 'inequivoca volontà di discriminare la vittima del reato in ragione della sua identità razziale'. Corte di Cassazione Penale, Sez. V, 12 juni 2008, nr. 38217; Corte di Cassazione Penale, Sez. V, 4 februari 2013, nr. 30525 [cursivering door auteurs dezes]. Zie ook Licastro, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 2019/28.

doel dat, voor zover het *haat* betreft, wordt gevormd door de gewenste en gezochte uiting om deze voor de buitenwereld waarneembaar te maken voor de geadresseerde van het strafbare handelen en eventueel ook voor buitenstaanders[...], en wat *discriminatie* betreft, door gedrag dat verder gaat dan tot het uiten van gevoelens van algemene verwerping of afkeer, hoe verwerpelijk deze ook mogen worden geacht'.⁷¹

Met het gebruik van de begrippen discriminatie en haat is door de wetgever aangesloten bij artikel 1, lid IVRD. Dit omschrijft van discriminatie als

'elke vorm van onderscheid, uitsluiting, beperking of voorkeur op grond van ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming die ten doel heeft de erkenning, het genot of de uitoefening, op voet van gelijkheid, van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden op politiek, economisch, sociaal of cultureel gebied, of op andere terreinen van het openbare leven, teniet te doen of aan te tasten, dan wel de tenietdoening of aantasting daarvan ten gevolge heeft'.

Een dergelijke definitie zien we ook terug in het Italiaanse immigratierecht.⁷² Hoewel de Italiaanse strafwet zelf niet voorziet in een definitie van discriminatie in het kader van artikel 604-bis CP, geeft het *Corte di Cassazione* hieraan een uitleg die ook strookt met die van het IVRD, namelijk 'een gevoel dat onmiddellijk waarneembaar is als inherent aan de uitsluiting van gelijke voorwaarden' of een 'duidelijk vooroordeel over de inferioriteit van een enkel ras'.⁷³ Bij 'haat' ligt de lat hoger. Volgens het Hof moet voor de vaststelling hiervan

71 Vertaling van 'l'odio o la discriminazione debbono costituire non i "motivi" [...] ma le "finalità" dell'azione, la quale deve quindi risultare non semplicemente frutto di riconoscibili pulsioni interne di un certo tipo (...), ma strumento per il conseguimento di obiettivi costituiti, quanto all'odio, proprio dalla sua voluta e ricercata manifestazione, onde renderlo percepibile all'esterno dal destinatario dell'azione criminosa ed eventualmente anche da terzi estranei (laddove, in difetto di tale finalità, ben potrebbe l'agente, pur mosso da analogo sentimento, porre invece attenzione a far sì che esso non traspia all'esterno); quanto alla discriminazione, dall'adozione di comportamenti che non si limitino ad esprimere sentimenti di generico rifiuto o di antipatia, per quanto censurabili essi possano ritenersi'. Corte di Cassazione Penale, Sez. V, 8 juni 2006, nr. 42258 [cursivering door auteurs dezes].

72 Artikel 43, eerste lid, van Decreto Legislativo 25 luglio 1998, nr. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, *GU* 1998, nr. 191, Vertaling van: 'ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica.'

73 Vertaling van 'un sentimento immediatamente percepibile come connaturato alla esclusione di condizioni di parità' en 'pregiudizio manifesto di inferiorità di una sola razza'. Zie Pavich & Bonomi, *Diritto Penale Contemporaneo* 13 oktober 2014, p. 5-6 (onder vermelding van Corte di Cassazione Penale, Sez. V, 28 januari 2010, nr. 11590; en Corte di Cassazione Penale, Sez. V, 28 december 2009, nr. 49694).

sprake zijn van een precieze, concrete en effectieve wil die volledig, kwaadwillig en vastberaden is om de sociale integratie van buitenlanders en minderheden te belemmeren en te weigeren.⁷⁴ In tegenstelling tot het IVRD, dat enkel ziet op rassenhaat, vermeldt artikel 604-ter CP expliciet dat de haat gericht kan zijn op etniciteit, nationaliteit, ras en religie. Op basis van de literatuur moeten we er vanuit gaan dat de verzwarende omstandigheid zich tot deze kenmerken beperkt.⁷⁵

Er zijn voorstellen gedaan om ook bescherming te bieden tegen homo- en transfobie. In 2008, 2009 en 2013 zijn wetsvoorstellen ingediend om 'op grond van seksuele geaardheid of genderidentiteit' of 'homofobe of transfobe gronden' toe te voegen aan het uitingsdelict en de verzwarende omstandigheid.⁷⁶ In 2009 werd een wetsvoorstel ingediend om aan artikel 61 CP de verzwarende omstandigheid toe te voegen: 'bij opzettelijke misdrijven tegen het leven en het lichaam, tegen het persoon, tegen de persoonlijke vrijheid en tegen de morele vrijheid, begaan op grond van homofobie en transfobie, opgevat als haat en discriminatie op grond van de seksuele geaardheid van een persoon ten opzichte van personen van hetzelfde geslacht als hij of zij of op grond van het tegenovergestelde geslacht, personen van beide geslachten.'⁷⁷ Het lijkt erop dat deze wijzigingsvoorstellen telkens strandden omdat men wilde voorkomen dat een te subjectieve omstandigheid in de wet werd opgenomen. Inmiddels lijkt de weg vrij voor wetswijziging. We komen daarop aan het eind van de volgende paragraaf terug.

De verzwarende omstandigheid uit artikel 604-ter CP heeft een bijzondere strafverhogende werking. Het vaststellen ervan brengt namelijk een verhoging van ten hoogste de helft van de straf met zich mee, in plaats van het gebruikelijke verhogende effect van een derde. Daarnaast voorziet de tweede alinea

74 Baiguera Altieri, *Diritto & Diritti* 27 oktober 2018, p. 3 (onder vermelding van Corte di Cassazione Penale, Sez. V, 17 november 2005, nr. 4181919).

75 Licastro, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 2019/28, p. 103-106; Pavich & Bonomi, *Diritto Penale Contemporaneo* 13 oktober 2014, p. 5-7.

76 Camera Dei Deputati, nr. 1882, XVI Legislatura (Proposta di legge Modifica all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, per la repressione delle discriminazioni per motivi razziali, di orientamento sessuale o di identità di genere), p. 3; Camera Dei Deputati, nr. 2807, XVI Legislatura (Proposta di legge Modifiche alla legge 13 ottobre 1975, n. 654, e al decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, per il contrasto dell'omofobia e della transfobia); en Camera Dei Deputati, nr. 245, XVII Legislatura (Proposta di legge Modifiche alla legge 13 ottobre 1975, n. 654, e al decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, per il contrasto dell'omofobia e della transfobia).

77 Vertaling van: 'l'avere, nei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale, contro la personalità individuale, contro la libertà personale e contro la libertà morale, commesso il fatto per motivi di omofobia e transfobia, intesi come odio e discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale di una persona verso persone del suo stesso sesso, persone del sesso opposto, persone di entrambi i sessi', Camera Dei Deputati, nr. 2802, XVI Legislatura (Proposta di legge Norme per la tutela delle vittime di reati per motivi di omofobia e transfobia), p. 3; Zie uitgebreid Riccardi, *Diritto penale contemporaneo* 3/2013, p. 84-122.

van artikel 604-ter CP in een uitzondering op de regels bij concurrentie tussen verzachtende en verzwarende omstandigheden:

‘De verzachtende omstandigheden, andere dan die genoemd in artikel 98, die concurreren met de in de eerste alinea genoemde verzwarende omstandigheid, kunnen niet als gelijkwaardig of overheersend worden beschouwd en de strafverminderingen worden toegepast op de hoogte van de straf die voortvloeit uit de verhoging als gevolg van de genoemde verzwarende omstandigheid.’⁷⁸

Behalve in gevallen waarbij de verzachtende omstandigheid de minderjarigheid van de dader betreft (artikel 98 CP), mag de rechter bestaande verzachtende omstandigheden niet op grond van artikel 69 CP tegen de verzwarende van artikel 604-ter CP afwegen, maar moet hij deze toepassen op de verzwaarde straf. Bovendien zijn feiten waarop deze omstandigheid is toegepast uitgesloten van gratie.⁷⁹ Ook hieruit blijkt dat de wetgever een bijzonder gewicht toekent aan deze verzwarende omstandigheid.

5.4 DE TOEPASSING VAN DE VERZWARENDE OMSTANDIGHEID IN DE (RECHTS)-PRAKTIJK

5.4.1 Inleidende opmerkingen

Het bestrijden van discriminatie vond enkele jaren plaats onder de vlag van het Nationaal actieplan tegen racisme, xenofobie en intolerantie (*Piano nazionale d'azione contro il Razzismo, la Xenofobia e l'Intolleranza*). Dat plan had tot doel een systematische en effectieve aanpak van discriminatie te bevorderen, overigens in bijzonder op de werkvloer.⁸⁰ Hoewel op basis van de naam van het plan zou kunnen worden vermoed dat de aanpak van racisme en xenofobie voorop werd gesteld, was het ook gericht op het bestrijden van discriminatie

78 Vertaling van: ‘Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall’articolo 98, concorrenti con l’aggravante di cui al primo comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall’aumento conseguente alla predetta aggravante.’

79 Artikel 1, tweede alinea onder e, van Legge 31 luglio 2006, nr. 241, Concessione di indulto, GU 2006, n.176.

80 <http://comunicazioneinform.it/piano-nazionale-dazione-contro-il-razzismo-la-xenofobia-e-lintolleranza/> (bezoekt op 19 augustus 2020). Door UNAR voor ons samengevatte recente rechtspraak wijst erop dat er ook de nodige aandacht is voor de grenzen van de vrijheid van meningsuiting van met name politici. De vraag is hoever de bescherming die hen wordt geboden (voor hetgeen zij in het parlement zeggen kunnen zij niet worden vervolgd), ook buiten de parlementaire arena van toepassing is. Het lijkt erop dat de bescherming onder voorwaarden ook buiten het parlement geboden wordt, namelijk wanneer de uitlatingen substantieel samenvallen met verklaringen die eerder in het parlement zijn afgelegd. Antwoord op vraag D.2 van de Questionnaire. Zie voor de Questionnaire bijlage 2 van dit rapport.

wegens leeftijd, handicap, seksuele identiteit en geloof(spraktijken).⁸¹ Het plan had onder andere tot doel data over discriminatie (op de werkvloer) te verzamelen.⁸² Ook bestaat de nodige aandacht voor discriminatie in voetbalstadions, waarvoor in het bijzonder de aandacht wordt gevraagd door stervoetballer Mario Balotelli.⁸³ Voor de aanpak van discriminatie van Roma en discriminatie van LHBT-personen bestonden aparte plannen. Ook deze plannen waren onder andere gericht op het verzamelen van data. Het plan van aanpak van discriminatie van LHBT-personen, ontwikkeld naar aanleiding van een aanbeveling van de Raad van Ministers van de Raad van Europa,⁸⁴ richtte zich ook expliciet op het strafrecht, met name door het creëren van meer begrip bij de politiediensten.⁸⁵ Daarvoor zijn cursussen ontwikkeld die onder andere worden verzorgd door medewerkers van het in 2003 opgerichte *Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali* of UNAR, vaak in samenwerking met het in 2010 opgerichte *Osservatorio per la Sicurezza Contro gli Atti Discriminatori* of OSCAD, een dienst die is opgericht door de nationale politie en de *Carabinieri* (gemilitariseerde politie, vergelijkbaar met de *Gendarmerie* in Frankrijk). Tot 2019 hebben meer dan tienduizend politiemedewerkers een cursus gehad over haatcriminaliteit. De Italiaanse overheid onderkende in haar rapport aan het *Committee on the Elimination of Racial Discrimination* het belang van deze cursussen voor de strafrechtelijke aanpak van deze vorm van criminaliteit.⁸⁶

5.4.2 Enkele cijfers over strafbare feiten gepleegd onder verzwarende omstandigheden

Hoewel de naam lijkt te veronderstellen dat het bureau zich vooral richt op discriminatie op grond van ras, meldde UNAR ons dat het ook oog heeft voor andere discriminatiegronden, waaronder leeftijd, handicap, religie, seksuele geaardheid en genderidentiteit.⁸⁷ UNAR heeft verschillende werkzaamheden,

81 Het plan liep in 2017 af. Het lijkt erop dat geen nieuw plan is ontwikkeld. In hoeverre dat met recente politieke ontwikkelingen in Italië (in het bijzonder de regeringsdeelname van de Lega Nord onder leiding van Matteo Salvini) verband houdt, is ons niet gebleken.

82 www.unar.it/cosa-facciamo/national-strategies/national-plan-of-action-against-racism-laxenophobia-and-intolerance-2014-2016/?lang=en (bekeken op 19 augustus 2020).

83 <https://nos.nl/artikel/2309213-oerwoudgeluiden-en-pop-aan-galg-racisme-in-italiaans-voetbal-blijft-probleem.html> (bekeken op 1 september 2020).

84 Recommendation (2010)5. Zie daarover paragraaf 2.3.3.

85 www.portalenazionalelgbt.it/strategia-nazionale/index.html (bekeken op 19 augustus 2020). De aanpak van discriminatie van LHBT-personen en Roma lijkt een zekere prioriteit te hebben, in ieder geval bij het hierna nog te noemen UNAR. Zie UNAR 2018, p. 34-45.

86 Zie Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Twenty-first periodic report submitted by Italy under article 9 of the Convention, CERD/C/ITA/21, 2019, paragraaf 37.

87 Antwoord op vraag A.1 van de Questionnaire. Zie voor deze Questionnaire bijlage 2 van dit rapport.

waaronder het uitvoeren van studies naar de effectiviteit van bestaande wet- en regelgeving en het schrijven van jaarrapporten. UNAR biedt ook concrete steun aan slachtoffers en het schrijven van aanbevelingen in concrete zaken.⁸⁸ Op de website van UNAR vonden we diverse van deze aanbevelingen, maar die hebben geen betrekking op het onderwerp van deze studie.⁸⁹ Het meest recente jaarrapport dat wij vonden dateert van 2018.⁹⁰ Het jaarrapport vermeldt onder meer het aantal meldingen van discriminatie die bij UNAR zijn binnengekomen. In 2018 stonden meer dan 4000 meldingen geregistreerd; daarvan waren er bijna 2500 in 2017 binnengekomen. Ten opzichte van 2017 was er sprake van een toename van het aantal meldingen van 12%. Gecategoriseerd op gronden betrof het merendeel van de meldingen discriminatie wegens etniciteit en ras (*motivi etnico-razziali*) (70,4%), gevolgd door discriminatie op grond van geloof of levensovertuiging (*religione o con convinzioni personali*) (10,1%), discriminatie wegens seksuele oriëntatie of seksuele identiteit (*orientamento sessuale e identità di genere*) (7,0%) en discriminatie wegens handicap (*disabilità*) (4,4%). De cijfers zijn in het jaarrapport nog verder uitgesplitst.⁹¹ Ook wordt in het rapport zichtbaar gemaakt dat een klein deel van de gevallen van discriminatie combinaties betreft, met name van etniciteit en ras in combinatie met levensovertuiging (*convinzioni personali*).⁹² De gemelde gevallen van discriminatie doen zich voor in diverse onderdelen van de samenleving: op het werk, tijdens vrije tijd (bijvoorbeeld in discotheken en restaurants), in huisvesting, in het openbaar vervoer, in de gezondheidszorg en in de openbare ruimte. De laatste categorie is de grootste en omvat zowel de fysieke als de virtuele ruimte.⁹³

88 UNAR kan niet aan het strafproces deelnemen, zodat ondersteuning van het slachtoffer steeds buiten het strafproces om plaatsvindt. Antwoord op vraag C.1-C-11 van de Questionnaire. Zie voor de Questionnaire bijlage 2 van dit rapport.

89 Zo schreef UNAR een aanbeveling voor de burgemeester van de Noord-Italiaanse gemeente Varallo Sesia over het verbod op het dragen van een burkini. Zie Osservazioni in merito all'ordinanza n.99/2009 del sindaco di Varallo Sesia (divieto dell'uso del "burkini") e interrogazione n.4-01997 della Senatrice Magda Negri concernente l'uso del "burkini" da parte delle donne musulmane.

90 UNAR 2018. Het jaarrapport is aan de Minister-President en het Italiaanse parlement gericht. In 2017 schreef UNAR nog twee jaarrapporten, één aan de Minister-President en één aan het parlement.

91 Het merendeel van de gevallen van discriminatie wegens etniciteit en ras betrof huidskleur, terwijl de overgrote meerderheid van gevallen van discriminatie wegens geloof islamofobie betrof, op afstand gevolgd door antisemitisme (UNAR 2018, p. 10).

92 UNAR 2018, p. 11.

93 UNAR 2018, p. 12-13. UNAR is de laatste tijd vooral gericht op het monitoren van haatzaaiende uitspraken op internet. Daartoe is een afdeling opgericht die dagelijks onderzoek doet naar uitingen op de belangrijkste sociale netwerken (Facebook, Twitter, GooglePlus en YouTube). Antwoord op vraag A.2 van de Questionnaire. Zie voor de Questionnaire bijlage 2 van dit rapport.

Politiestatistieken over zaken waarin de verzwarende omstandigheid (mogelijk) aan de orde was, vonden we op de website van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO), meer in het bijzonder van het Bureau voor Democratische Instituten en Mensenrechten (*Office for Democratic Institutions and Human Rights*). Dit bureau brengt informatie over gevallen van haatcriminaliteit in de diverse lidstaten van de OESO samen. Op de website van het bureau staat ook informatie over Italië.⁹⁴ De meest recente informatie daarover dateert van 2018. In dat jaar werden 1111 gevallen van haatcriminaliteit door de politie geregistreerd. In 2017 waren dat er 1048. Over 2017 zijn ook de aantallen vervolgingen en veroordelingen opgenomen, namelijk 613 en 40. In 2016 waren de aantallen respectievelijk 736 politieregistraties, 424 vervolgingen en 31 veroordelingen. Vanwege het beperkte aantal jaren zijn trends hieruit moeilijk af te leiden. Het Bureau presenteert alleen deze cijfers, maar onthoudt zich van duiding. Zo blijft onduidelijk waarom het aantal veroordelingen zoveel lager is dan het aantal vervolgingen. Ook UNAR kon daarop geen algemeen antwoord geven.

Bezien we het aantal registraties uit 2018 wat meer in detail dan blijkt dat 801 gevallen een racistisch motief kenden,⁹⁵ 100 betrekking hadden op seksuele oriëntatie of seksuele identiteit en 210 op (geestelijke of lichamelijke) handicap. Uitgesplitst op type delict zien we de volgende getallen: 1x moord, 205x mishandeling, 142x bedreiging, 232x aanzetten tot geweld, 112x diefstal/roof, 85x vernieling, 188x vernieling van graven, 50x geweld tegen plaatsen van eredienst, 61x schending van openbare orde of rust, 15x vandalisme en 20x niet gespecificeerd.⁹⁶ Onduidelijk bleef welke delicten met welk motief werden begaan. Het Bureau voor Democratische Instituten en Mensenrechten bericht niet over welke gevallen tot vervolging en veroordeling leiden, omdat Italië daarover niet heeft gerapporteerd.

5.4.3 Strafvorderlijk beleid

Meldingen die bij UNAR binnenkomen worden naar het eerdergenoemde OSCAD gezonden. Dat volgt uit een protocol dat beide instanties in 2011 met elkaar sloten.⁹⁷ Het protocol omschrijft onder meer de procedures voor het uitwisselen van informatie. Daarnaast waarborgt het protocol de onderlinge uitwisseling van informatie, met het oog op het identificeren van gemeenschappelijke doelstellingen op basis waarvan toekomstige activiteiten kunnen worden

⁹⁴ <https://hatecrime.osce.org/italy?year=2018> (bekeken op 19 augustus 2020).

⁹⁵ Racisme is de verzamelterm voor gevallen van vijandigheid wegens ras, huidskleur, taal, nationaliteit en nationale of etnische origine. Zie <https://hatecrime.osce.org/what-hate-crime/racism-and-xenophobia> (bekeken op 19 augustus 2020).

⁹⁶ <https://hatecrime.osce.org/italy?year=2018> (bekeken op 19 augustus 2020).

⁹⁷ UNAR 2018, p. 21, 42.

gepland waarmee discriminatie kan worden bestreden.⁹⁸ Op die manier hoopt men te waarborgen dat meldingen door de politie worden opgepakt en uiteindelijk tot een veroordeling leiden. Of dat ook het geval is, is op basis van het jaarrapport van UNAR niet duidelijk. Belangrijk te vermelden is dat OSCAD, net als UNAR, geen opsporingsbevoegdheden heeft en ECRI aangeeft dat een melding bij OSCAD niet gelijk staat aan een aangifte bij de politie.⁹⁹ Een aangifte is echter nodig voor het starten van een strafrechtelijk onderzoek. Gelet op de hierboven vermelde getallen, zou kunnen worden gesteld dat niet alle gevallen die door UNAR worden geregistreerd ook door de politie worden opgepakt. Daarvoor zijn verschillende verklaringen te geven, waaronder de mogelijkheid dat de meldingen geen strafbaar handelen opleveren. UNAR onderschrijft dat de monitoring van uitlatingen op internet zich niet beperkt tot strafrechtelijke uitlatingen.¹⁰⁰ Civil Liberties Union for Europe, een naar eigen zeggen waakhond voor mensenrechten, rapporteerde in 2018 dat veel slachtoffers niet weten waar zij moeten zijn om een klacht in te dienen.¹⁰¹ De Hoge Commissaris voor de Mensenrechten van de Verenigde Naties rapporteerde dat slachtoffers van haatcriminaliteit niet altijd toegang hebben tot rechtsbijstand en tolken en vertalers en de politie soms weigert om een aangifte op te nemen.¹⁰²

Onduidelijk is welke mogelijkheden UNAR heeft wanneer gemelde informatie niet tot justitieel onderzoek leidt. UNAR ontbeert in ieder geval de mogelijkheid zelf zaken voor het gerecht te brengen, iets wat volgens ECRI een handicap is.¹⁰³ De rol van UNAR is in strafzaken beperkt tot het ondersteunen van het slachtoffer in alle stadia van het strafproces (het vooronderzoek, het onderzoek ter terechtzitting en tijdens de fase na een eventuele veroordeling). De onder-

98 Antwoord op vraag A.3 van de Questionnaire. Zie voor de Questionnaire bijlage 2 van dit rapport.

99 ECRI 2019, paragraaf 59. De bevoegdheden van OSCAD zijn beperkt tot het verbeteren van het verzamelen van data over gevallen van discriminatie (inclusief gevallen waarbij de verzwarende omstandigheid van toepassing is), het monitoren van zaken en het geven van trainingen. ECRI merkt over de dataverzameling op dat die tamelijk (lees: te) grof is, want geen onderscheid maakt tussen gevallen van discriminatie en haatcriminaliteit en geen onderscheid maakt tussen strafbare en niet-strafbare feiten. Zie ECRI Conclusion on the implementation of the recommendations in respect of Italy subject to interim follow-up, adopted 3 April 2019, ECRI(2019)24, paragraaf 32.

100 Vgl. Antwoord op vraag A.2 van de Questionnaire. Zie voor de Questionnaire bijlage 2 van dit rapport.

101 Zie www.liberties.eu/en/news/discriminations-of-immigrants-in-italy/13904 (bekeken op 15 september 2020).

102 Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights Report of mission to Italy on racial discrimination, with a focus on incitement to racial hatred and discrimination 28 January – 1 February 2019, paragraaf 48.

103 ECRI Conclusion on the implementation of the recommendations in respect of Italy subject to interim follow-up, adopted 3 April 2019, ECRI(2019)24.

steuning bestaat onder andere in het bieden van juridisch advies aan slachtoffers.¹⁰⁴

ECRI meldt dat de Italiaanse politie geen richtlijnen kent voor de behandeling van gevallen van discriminatie en haatcriminaliteit. Ook wordt over het algemeen weinig aandacht geschonken aan de belangen van slachtoffers. In sommige steden, ECRI noemt niet welke, is wel meer aandacht voor slachtoffers, maar van landelijk beleid is geen sprake. Bij het Openbaar Ministerie zijn volgens ECRI geen contactpersonen werkzaam die in de aanpak van discriminatie en haatcriminaliteit zijn gespecialiseerd.¹⁰⁵

5.4.4 Het discriminatoire motief in de rechtspraak

We hebben getracht informatie te verkrijgen over de berechting van haatcriminaliteit om een beeld te krijgen van de typen strafbare feiten, de discriminatiegronden en de opgelegde straf en de strafmotivering. In het eerdergenoemde jaarrapport van UNAR lazen we dat UNAR sinds 2009 informatie verzamelt over strafzaken, zowel over de gang van het onderzoek ter terechtzitting als over de einduitspraak. Deze informatie maakt UNAR (kennelijk) niet openbaar. Bezien we een aantal recente jaarrapporten, dan is het beeld als volgt. In het jaarrapport 2018 wordt melding gemaakt van acht uitspraken waarin de verzwarende omstandigheid is toegepast, in het jaarrapport 2017 zijn het er zeven. In eerdere jaarrapporten (2014 en 2015 en 2016) zijn geen cijfers gegeven. Over deze getallen valt op te merken, dat het aantal uit 2017 lager is dan het aantal uitspraken uit 2017 waarin sprake was van haatcriminaliteit. Ook is het aantal uitspraken niet heel erg hoog.

In de jaarrapporten worden uitspraken besproken die UNAR onder ogen krijgt. Deze informatie is echter anekdotisch, in de zin dat niet telkens melding wordt gemaakt van het gerecht, de datum van de uitspraak, de strafsoort en -maat, de strafmotivering en dergelijke. Bij gebrek aan andere informatie, geeft het onderstaande niettemin een beeld. In het jaarrapport 2018 verhaalt UNAR over een geval van een leraar Engels die op zijn Facebookpagina teksten had geplaatst waarin onder meer werd opgeroepen tot geweld. De teksten hadden een xenofobe en islamofobe inhoud. De omstandigheid dat de teksten waren geplaatst door een leraar van een middelbare school werd hem in het bijzonder aangerekend, omdat ze werden gelezen door zijn leerlingen wier kritisch vermogen volgens de rechter nog in ontwikkeling is. Ook in een geval van poging tot moord werd de verzwarende omstandigheid door de rechter toegepast. De zeer gewelddadige gedragingen van de verdachte zouden volgens het gerecht doordrenkt zijn geweest van vooroordelen, in het bijzonder

¹⁰⁴ UNAR 2018, p. 24-26.

¹⁰⁵ ECRI 2019, paragraaf 59.

rassenhaat. Dat werd door het gerecht als het enige motief voor de feiten aangemerkt.¹⁰⁶

Het jaarrapport over 2017 maakt melding van een zaak over een mishandeling door een minderjarige dader op een leeftijdsgenoot. Over het vaststellen van het racistische motief wordt in het rapport geen melding gemaakt, behalve dat er sprake was van racisme. De dader wordt veroordeeld tot heropvoeding teneinde hem te brengen tot reflectie op het eigen gedrag, de gevolgen van het misdrijf, de gevolgen voor het slachtoffer en voor de gemeenschap. In een ander geval werd de verzwarende omstandigheid toegepast in een zaak waarin sprake was van een antisemitisch motief. Niet helemaal duidelijk wordt voor welke feiten de dader werd bestraft (mogelijk laster). In twee gevallen werd de verzwarende omstandigheid niet toegepast, omdat de feiten reeds als ernstig strafbaar feit waren gekwalificeerd.¹⁰⁷

UNAR gaf ons een overzicht van recente rechtspraak, maar hoe zij die informatie heeft verzameld en in hoeverre dit overzicht compleet is, werd ons niet gemeld.¹⁰⁸ De door UNAR besproken rechtspraak maakt onder meer zichtbaar dat het discriminatoire motief met betrekking tot etniciteit uit de door de verdachte gebezigde bewoordingen ten tijde van de strafbare gedragingen (in casu ging het om een diefstal) kon worden afgeleid. Voor het vaststellen van het motief lijkt het niet noodzakelijk te zijn dat de uitlatingen direct als beledigend kunnen worden beschouwd; ook de context kan relevant zijn om te bepalen of er sprake is van een discriminatoir motief. Met betrekking tot die context geldt dat zij voor de buitenwereld waarneembaar moet zijn en bij anderen onmiddellijk of op een later moment een soortgelijk gevoel van haat opwekken. De rechtspraak maakt duidelijk dat de verzwarende omstandigheid van artikel 604-ter CP ook bij het delict laster kan worden toegepast. In de zaak die tot de betreffende uitspraak leidde, had de verdachte tijdens een radio-interview gesproken over Afrikanen die, in tegenstelling tot Oostenrijkers en Duitsers, niet goed zijn voor intellectueel werk; ze doen er goed aan tegen een bal te trappen zoals Balotelli. Volgens het veroordelend gerecht (de rechtbank in Milaan) toonden deze uitlatingen zonder meer aan dat de verdachte de superioriteit van het blanke ras en de inferioriteit van de cultuur van het land van herkomst van de beledigde persoon uitdrukte en daarmee voldeed aan de eisen die de verzwarende omstandigheid stelt.

¹⁰⁶ UNAR 2018, p. 19.

¹⁰⁷ UNAR 2017, p. 16.

¹⁰⁸ Antwoord op vraag D.2 van de Questionnaire. Zie voor de Questionnaire bijlage 2 van dit rapport. Een zoekslag naar Italiaanse rechtspraak leverde niets op, ook omdat de belangrijkste website met rechtspraak voor ons ontoegankelijk was en bleef. Op www.altalex.com/documents/news/2014/10/28/dei-delitti-contro-la-persona (laatst bekeken op 15 september 2020) wordt bij artikel 604-ter CP geen jurisprudentie vermeld.

5.5 KNELPUNTEN IN WETGEVING EN (RECHTS)PRAKTIJK

In haar rapport over Italië formuleert ECRI de nodige kritiek, maar deze betreft niet de wetgeving over de verzwarende omstandigheid. Ook over de (rechts)-praktijk worden geen specifieke opmerkingen gemaakt, behalve over het ontbreken van richtlijnen bij de politie en contactfunctionarissen bij het Openbaar Ministerie.¹⁰⁹ UNAR is evenmin kritisch,¹¹⁰ wat ons wel opvalt gelet op het hoge aantal zaken waarover UNAR rapporteert en het geringe aantal uitspraken waarin de verzwarende omstandigheid aan de orde is geweest en wel of niet wordt toegepast. UNAR gaat op dat verschil evenwel niet in. In de door ons ten behoeve van dit hoofdstuk gebruikte literatuur zijn evenmin kanttekeningen bij de wetgeving aangetroffen.

Tegelijkertijd valt niet te ontkennen dat het ontbreken van onder andere seksuele geaardheid en genderidentiteit in de strafwet een knelpunt is, hoewel het antidiscriminatiebeleid ook op de bestrijding van discriminatie wegens deze gronden is gericht. Dat sprake is van een knelpunt kan worden afgeleid uit de diverse pogingen om deze begrippen aan onder andere artikel 604-ter CP toe te voegen. Inmiddels blijkt dat de Commissie van Justitie van de Italiaanse Kamer van volksvertegenwoordigers (*Camera dei Deputati*) een wetsvoorstel heeft goedgekeurd waarin aan onder meer aan artikel 604-ter CP de woorden 'op basis van seksuele geaardheid en genderidentiteit' (*'oppure fondati sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere'*) worden toegevoegd. In het afsluitende document wordt deze toevoeging als een vanzelfsprekendheid gepresenteerd en wordt vooral ingegaan op de betekenis van de toe te voegen begrippen en de consequenties voor de op te leggen straffen. Ook wordt stilgestaan bij de spanning met de vrijheid van meningsuiting, echter zonder daaraan de consequentie te verbinden dat het wetsvoorstel de toets der kritiek niet kan doorstaan. Het wetsvoorstel ligt nu ter verdere behandeling voor.¹¹¹

¹⁰⁹ ECRI 2019, paragraaf 59.

¹¹⁰ Over UNAR worden door ECRI wel kanttekeningen gemaakt bij haar onafhankelijkheid (of haar afhankelijkheid van de Minister van Gelijke Kansen (*ministro per le pari opportunità*) en de Minister-President (*Presidente del Consiglio dei Ministri*), zodat het gebrek aan kritiek wellicht ook daardoor zou kunnen worden verklaard. Zie ECRI Conclusions on the implementation of the recommendations in respect of Italy subject to interim follow-up, ECRI(2019)24.

¹¹¹ Modifiche agli articoli 604-bis e 604-ter del codice penale, in materia di violenza o discriminazione per motivi di sesso, di genere, di orientamento sessuale o di identità di genere A.C. TU 107, 569, 868, 2171, 2255 – A. Dossier n° 219/2 – Elementi per l'esame in Assemblea 31 luglio 2020.

5.6 TUSSENCONCLUSIE

Deze paragraaf formuleert een antwoord op de deelvragen die in de inleiding van dit rapport zijn gesteld, voor zover Italië betreffende. Voor de deelvragen verwijzen we naar paragraaf 1.2.2. In antwoord op die vragen kan het volgende worden gesteld.

Met artikel 604-ter CP kent Italië een wettelijke regeling (die in 1993 voor het eerst werd ingevoerd in een afzonderlijke wet) voor strafbare feiten die zijn gepleegd met het doel van discriminatie of etnische, raciale of religieuze haat. Hoewel de motieven van de dader hierbij een rol kunnen spelen, vergt de vaststelling van dit 'doel' meer dan zicht op de interne beweegredenen van de dader. De dader moet de gedraging gepleegd hebben als middel om de doelstelling van 'haat' of 'discriminatie' te bereiken. Onder haat wordt verstaan 'een manifestatie van een wil om de sociale integratie van buitenlanders of minderheden te verhinderen'. Onder discriminatie wordt verstaan 'de uitsluiting van gelijke voorwaarden of een vooroordeel over de inferioriteit van een enkel ras'.

Dit doel van discriminatie of etnische, raciale of religieuze haat is in de *Codice Penale* opgenomen als een verzwarende omstandigheid. Binnen de systematiek van het Italiaanse strafrecht worden deze, en andere strafbeïnvloedende omstandigheden, toegepast nadat de rechter in concreto de strafmaat voor het strafbare feit heeft bepaald; zij kunnen leiden tot een straf die boven het wettelijk strafmaximum van het gronddelict is gelegen. De omstandigheid uit artikel 604-ter CP leidt tot een verhoging van ten hoogste de helft van die door de rechter bepaalde straf. Doordat het doel van discriminatie of etnische, raciale of religieuze haat als wettelijke strafverhogende omstandigheid in de wet is opgenomen, heeft de rechter geen discretionaire ruimte deze omstandigheid wel of niet in het bepalen van de straf in een concreet geval te betrekken. De rechter is verplicht die verhoging toe te passen.

Door het doel van discriminatie of etnische, raciale of religieuze haat als wettelijke strafverhogende omstandigheid in de wet op te nemen, heeft de wetgever deze onttrokken aan de discretie van de rechter. Dat houdt in dat de rechter de discriminatoire doelen van de dader niet bij het bepalen van de strafmaat voor het strafbare feit in concreto mag betrekken.

De verzwarende omstandigheid geldt voor alle strafbare feiten, met uitzondering van delicten die worden bestraft met levenslange gevangenisstraf. Sinds 2016 is belediging gedecriminaliseerd. Daardoor kan de omstandigheid van het doel van discriminatie of haat niet langer in die gevallen worden toegepast. Ook kan de omstandigheid, vanwege het specialiteitsbeginsel, niet worden toegepast op delicten die gelijkende bestanddelen bevatten.

Vanuit de strafrechtelijke beginselen bepaaldheid (*tassatività*) en verplichte toepassing (*obbligatorietà*) is de Italiaanse rechter verplicht om de door de wetgever getypeerde omstandigheden, waaronder artikel 604-bis CP, vast te

stellen en op de voorgeschreven wijze toe te passen. Ook wanneer de verzwarende omstandigheid door de aanklager onjuist in de tenlastelegging is opgenomen, moet de rechter deze – indien aanwezig – vaststellen. Daarbij is hij gebonden aan het feitencomplex in de tenlastelegging. Voor die vaststelling geldt dezelfde bewijsstandaard als voor de bestanddelen van het gronddelict. Deze moeten 'buiten redelijke twijfel' (*'là di ogni ragionevole dubbio'*) worden bewezen. Bij verzwarende omstandigheden zoals die van het doel van discriminatie of haat geldt daarnaast het criterium van de subjectieve toerekening. Dat houdt in dat de verzwarende omstandigheid in beginsel uitsluitend aan de dader kan worden toegerekend, wanneer deze bij hem bekend is of als gevolg van een aan zijn schuld te wijten fout niet bij hem bekend is of door hem genegeerd is. Bij de verzwarende omstandigheid volstaat dus het objectieve gegeven dat sprake is van discriminatie wegens de in de wet vermelde gronden, maar ook dat het bij de dader bekend was (of had moeten zijn) dat zijn gedragingen discriminatie tot doel hadden.

We vonden enige informatie over het gebruik van de verzwarende omstandigheid in de (rechts)praktijk. De gevonden informatie maakt duidelijk dat van de wettelijke regeling gebruik wordt gemaakt. Van beleid dat het gebruik van de verzwarende omstandigheid onder de aandacht brengt, is ons evenwel niet gebleken. Over het gebruik van de verzwarende omstandigheid wordt geen waardering gegeven, terwijl het ook ontbreekt aan kritische opmerkingen over het geldend recht. In ieder geval lijkt er geen aanleiding te veronderstellen dat de Italiaanse wetgeving binnen afzienbare tijd aan een grondige herziening wordt onderworpen. Wel ligt het voorstel artikel 604-ter CP uit te breiden door de onderdelen 'op basis van seksuele geaardheid en genderidentiteit' daaraan toe te voegen. Zo er al wijzigingen in de aanpak van discriminatie moeten plaatsvinden, liggen die meer op het niveau van de politie en het Openbaar Ministerie. Het verbeteren van procedures op het terrein van de opsporing en het verzamelen van kennis bij contactfunctionarissen van het Openbaar Ministerie lijken op dit moment de belangrijkste prioriteiten.

6 | Duitsland

6.1 INLEIDING

Dit hoofdstuk richten we de blik op het Duitse strafftoematingsrecht. Met het oog op het grondwettelijk legaliteitsbeginsel (in het bijzonder het in artikel 103 Abs. 2¹ van de Duitse Grondwet (*Grundgesetz*) geformuleerde lex certa-gebod) wordt verlangd dat het strafftoematingsrecht voor de rechter zo strikt en voor burgers zo voorzienbaar en zo gelijk mogelijk is.² Teneinde daaraan gestalte te geven heeft de Duitse wetgever een aantal bepalingen met betrekking tot de strafftoemeting in de wet opgenomen en is in de Duitse strafrechtsdogmatiek op basis daarvan een schema of stappenplan ontwikkeld die de rechter begeleiden bij het bepalen van de straf in een concreet geval.³

De wettelijke regeling van het Duitse strafftoematingsrecht draait om § 46 van het Duitse Wetboek van Strafrecht (*Strafgesetzbuch*, StBG). Hierin staan niet alleen de grondslag en het doel van straf vermeld, maar wordt ook een aantal omstandigheden genoemd die de rechter bij het bepalen van de straf tegen elkaar kan afwegen. Sinds 2015 wordt in § 46 Abs. 2 StBG ook verwezen naar ‘*rassistische, fremdfeindliche oder sonstige menschenverachtende*’ beweegredenen en doelen van de dader. Binnenkort wordt aan dit rijtje de term ‘*antisemitisch*’ toegevoegd. Het is deze zinsnede waarop we in dit hoofdstuk het zoeklicht in het bijzonder zullen werpen.

Alvorens daarop in te kunnen gaan, bespreken we de meest relevante regelingen (en de uitleg daarvan) van het Duitse strafftoematingsrecht (paragraaf 6.2). We zullen zien dat het strafftoematingsrecht weliswaar met § 46 StBG een centrale regeling kent, er zijn ook andere bepalingen die voor een goed begrip van het strafftoematingsrecht relevant zijn. Die bepalingen vinden we in niet alleen in het algemeen deel van het *Strafgesetzbuch* (waarvan § 46 StBG

1 We gebruiken de Duitse wijze van verwijzing naar wetsartikelen. Abs. staat voor Absatz en laat zich vergelijken met een artikellid. Artikelen worden, in ieder geval in het Duitse Wetboek van Strafrecht en Wetboek van Strafvordering, paragrafen genoemd, waarvoor het teken § wordt gebruikt.

2 Montenbruck 1983, p. 15, 20; Streng 2012, aant. 480-502. Veel Duitse handboeken maken gebruik van randnummers, die we hier met de afkorting aant. (aantekening) aanduiden.

3 Zie *Leipziger Kommentar* 2020, aant. 55. Het schema werd in het begin van de jaren tachtig van de vorige eeuw ontwikkeld door Bruns en heeft in de literatuur op veel instemming mogen rekenen.

deel uitmaakt), waardoor we er niet omheen kunnen ook het bijzonder deel te betrekken. Verschillende strafbepalingen zullen de revue passeren, alsmede relevante bepalingen uit het Duitse Wetboek van Strafvordering (*Strafprozessordnung*, StPO).

In paragraaf 6.3 gaan we in op de wettekst uit § 46 StBG. We besteden aandacht aan de redenen waarom tot wijziging van deze wettekst is besloten, wat de verschillende onderdelen betekenen en hoe hij in het systeem van het Duitse straftoematingsrecht moet worden begrepen. Aan de hand van literatuur proberen we ook een waardering van de wetswijziging te geven.

In paragraaf 6.4 wordt allereerst gezien of van de wettelijke regeling gebruik wordt gemaakt in de (rechts)praktijk. Ter beantwoording van deze vraag wordt getoond dat de verzwarende omstandigheden expliciet worden benoemd in beleidsregels van de politie en het Openbaar Ministerie (*Staatsanwaltschaft*). Vervolgens wordt rechtspraak behandeld. Het gaat om een beperkt aantal zaken van verschillende gerechten. De rechtspraak helpt om een beeld te krijgen van de discriminatiegronden en bij welk feit het discriminatoire motief wordt toegepast. Tevens wordt ingegaan op eventuele voordelen van de geldende regeling en worden knelpunten besproken. Daarbij wordt ook ingegaan op een recent aangenomen wetsvoorstel om aan § 46 StBG nog een grond, namelijk antisemitisme, toe te voegen.

Ten behoeve van dit hoofdstuk kon geen gebruik worden gemaakt van antwoorden op een vragenlijst die wij stuurden naar twee Duitse organisaties.⁴ De ene organisatie stelde de vragen niet te kunnen beantwoorden, de andere organisatie berichtte ons dat zij als gevolg van de coronacrisis niet in staat was op de gestelde vragen antwoord te geven. Om die reden is vooral gebruik gemaakt van geschreven bronnen: rapporten van mensenrechtenorganisaties, de politie en het Openbaar Ministerie en websites van het landelijke Ministerie van Justitie en van Binnenlandse Zaken, alsmede van de Ministeries van Justitie en Binnenlandse Zaken van de deelstaten. Daarop vonden we onder andere enkele relevante rechterlijke uitspraken. We maakten ook gebruik van een recente studie naar haatcriminaliteit in het Duitse strafrecht,⁵ die niet alleen een beeld geeft van de juridische aspecten van het discriminatoire motief, maar ook van de (rechts)praktijk van de aanpak van discriminatie in de Duitse strafrechtspleging.⁶

4 De Antidiskriminierungsstelle des Bundes en het Institut für Menschenrechte.

5 Onder haatcriminaliteit worden begrepen strafbare feiten die gepaard gaan met vormen van discriminatie.

6 Serafin 2019.

6.2 HET DUITSE STRAFTOEMETINGSRECHT IN VOGELVLUCHT

6.2.1 Enkele kenmerken van het sanctiestelsel

Het *Strafgesetzbuch* is in oorsprong het Wetboek van Strafrecht van de Noord-Duitse Bond, dat op 1 januari 1872 als Wetboek van Strafrecht voor het Duitse keizerrijk in werking trad. Het huidige *Strafgesetzbuch* is het resultaat van enkele grote wetswijzigingen die in het laatste kwart van de twintigste eeuw tot stand kwamen.⁷ Het *Strafgesetzbuch* bestaat uit een Algemeen en een Bijzonder deel. Het Algemeen deel (*Allgemeiner Teil*) regelt onder meer het geldingsbereik van het wetboek en bevat regels over de daad en over de rechtsgevolgen van de daad. Regels over de daad betreffen onder andere de grondslagen van strafbaarheid, de poging, het daderschap en de deelneming en het noodweer(exces) en de noodtoestand. De wet bepaalt ook dat voor strafbaarheid van het betreffende feit altijd opzet is vereist, tenzij in de wet is vermeld dat een feit dat door schuld (*fahrlässigkeit*) is begaan met straf wordt bedreigd (§ 15 StBG). Het gevolg van deze bepaling is dat in delictsomschrijvingen het opzet maar zelden expliciet als bestanddeel is vermeld. Tot slot is relevant te vermelden dat schuld in de zin van verwijtbaarheid als voorwaarde voor strafbaarheid weliswaar niet expliciet in de wet wordt vermeld, maar nadrukkelijk wel een beginsel is van het Duitse strafrecht. Het volledig ontbreken van schuld leidt tot straffeloosheid van hem die een strafbaar feit heeft begaan (§ 19-20 StBG).

De regels over de rechtsgevolgen van de daad komen na de regels over de daad. Met rechtsgevolgen worden in het Duitse strafrecht de strafrechtelijke sancties bedoeld. Het *Strafgesetzbuch* maakt onderscheid tussen straffen en maatregelen. De in paragraaf 6.3 te bespreken strafbeïnvloedende omstandigheid maakt het overbodig op de maatregelen in te gaan. De wet onderscheidt 'straffen' van 'nevenstraffen' en 'bijkomende straffen'. De straffen zijn de vrijheidsstraf en de geldboete (§ 38 en § 40 StBG). De nevenstraf (*Nebenstraf*) is het rijverbod (§ 44 StBG) en kan als straf naast een vrijheidsstraf of geldstraf worden opgelegd, de bijkomende straffen zijn het verlies een bepaald beroep uit te oefenen en het verlies van het passief en actief kiesrecht (§ 45 StBG).

De vrijheidsstraf is altijd tijdelijk, tenzij de wet bepaalt dat een feit met levenslange vrijheidsstraf wordt of kan worden gestraft. Bij moord is levenslange vrijheidsstraf de enig op te leggen straf (§ 211 Abs. 1 StBG), in andere gevallen kan ook een tijdelijke vrijheidsstraf worden opgelegd (bijvoorbeeld § 306c StBG; brandstichting waarbij de dood van een mens op zijn minst door lichtzinnigheid is veroorzaakt). Bij doodslag kan levenslange gevangenisstraf bij bijzonder ernstige gevallen worden opgelegd (§ 212, Abs. 2 StBG).

⁷ Ook het huidige strafftoemetingsrecht werd toen (in 1969 en 1975) tot stand gebracht. Zie *Leipziger Kommentar* 2020, p. 312-314 (Entstehungsgeschichte); Meier 2019, p. 47-49.

Tijdelijke vrijheidsstraffen worden in een sanctienorm vaak uitgedrukt in een minimum en een maximum. Brandstichting wordt bijvoorbeeld bedreigd met een vrijheidsstraf van minimaal één jaar en maximaal tien jaar (§ 306 StBG), het aanzetten tot haat, geweld of discriminatie wordt bedreigd met een vrijheidsstraf van minimaal drie maanden en maximaal vijf jaar (§ 130 Abs. 1 StBG). In een aantal strafbepalingen ontbreekt de minimumstraf, bijvoorbeeld bij belediging (*Beleidigung*; § 185 StBG) en mishandeling (*Körperverletzung*; § 223 Abs. 1 StBG) in welke bepalingen alleen de maximumvrijheidsstraf is vermeld. Voor die gevallen bepaalt § 38 Abs. 2 StBG de minimaal op te leggen vrijheidsstraf, namelijk één maand.

De geldstraf wordt bepaald door dagtarieven. Het minimum is vijf, het maximum is 360, tenzij de sanctienorm van een strafbaar feit een ander maximum aangeeft (§ 40 Abs. 1 StBG). Dagtarieven worden bepaald op basis van de persoonlijke en economische positie van de veroordeelde, met een minimum van duizend en een maximum van dertigduizend euro (§ 40 Abs. 2 StBG). Geldstraffen kunnen in sommige gevallen tezamen met een vrijheidsstraf worden opgelegd (§ 41 StBG). Voor het niet betalen van geldstraf komt vrijheidsstraf in de plaats; één dagtarief staat voor één dag vrijheidsstraf (§ 43 StBG). De wet bepaalt ook dat opgelegde vrijheidsstraffen die lager zijn dan zes maanden in de regel worden omgezet in een geldstraf, ook in de gevallen waarin de sanctienorm van de strafbepaling waarvoor wordt gestraft niet in een geldstraf voorziet (§ 47 Abs. 1 en 2 StBG).

Strafzaken worden behandeld door Amtsgerichte, Landgerichte, Oberlandesgerichte en het Bundesgerichtshof (§ 12 *Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG)). De *Amtsgerichte*⁸ zijn competent voor alle zaken tenzij het *Landgericht* of het *Oberlandesgericht* competent is, in gevallen waarin geen hogere vrijheidsstraf dan vier jaar te verwachten is, en niet in een aantal in de wet genoemde bijzondere gevallen (§ 24 GVG). Het *Landgericht*⁹ is competent voor strafbare feiten die in § 74 Abs. 2 en § 74a Abs. 1 GVG zijn genoemd. Daaronder vallen moord en doodslag, de eerdergenoemde brandstichting (§ 306c StBG) en verschillende vormen van beroving (§ 251, 252 en 255 StBG). Het *Oberlandesgericht*¹⁰ is onder andere competent voor de berechting van strafbare feiten, genoemd in § 120 GVG. Daarin vinden we onder andere moord en doodslag, wanneer deze de grondwettelijke beginselen van de Bondrepubliek beogen te ondermijnen, of wanneer deze in het verband van een terroristische vereniging als bedoeld in § 129a StBG worden begaan. Het *Oberlandesgericht* kan ook als appelinstantie dienen. Dat geldt ook voor het *Bundesgerichtshof* (§ 135 GVG). Het *Bundesgerichtshof* is als zogeheten *Revisionsgericht* onder meer bevoegd een oordeel te geven van de onderbouwing van een door een lager gerecht opge-

8 Gerecht bestaande uit kamers met één rechter.

9 Gerecht bestaande uit meervoudige kamers met inbreng van leken.

10 Gerecht bestaande uit meervoudige kamers zonder inbreng van leken.

legde straf (vergelijk § 333 en volgende StPO).¹¹ Op die manier oefent het hof invloed uit op de wijze waarop de straftoemeting door lagere gerechten wordt vormgegeven.¹²

6.2.2 Strafbeïnvloedende omstandigheden in het Strafgesetzbuch

De rechter is bij straftoemeting aan de wet gebonden. Dat houdt in ieder geval in dat hij bij het bepalen van de straf gehouden is aan de door de wetgever op het strafbare feit gestelde straffen. In concreto betekent dit dat de rechter zich moet oriënteren op de sanctienorm die in een strafbaarstelling is vermeld.

In sommige gevallen dwingt de wet de rechter een bepaalde straf op te leggen, zoals het geval is bij moord dat enkel met levenslange gevangenisstraf kan worden bestraft. In andere gevallen kent een strafbepaling voor wat betreft de vrijheidsstraf een strafmaximum en/of -minimum. Deze geven volgens de literatuur uitdrukking aan het zwaarste en lichtste feit dat onder de strafbepaling valt. Daartussen moet de rechter een rechtvaardige straf zien te bepalen.¹³ Bij het bepalen daarvan heeft de rechter zich rekenschap te geven van een aantal andere bepalingen van het *Strafgesetzbuch*.

Deze bepalingen staan in het Algemeen deel en het Bijzonder deel (*Besonderer Teil*) van het *Strafgesetzbuch*. Voor wat betreft dat laatste voorziet het wetboek bijvoorbeeld in afzonderlijke sanctienormen voor minder zware, zware en bijzonder zware gevallen van een aantal strafbare feiten.¹⁴ Dat geldt bijvoorbeeld voor ernstiger huisvredebreuk (§ 124 StBG) dat ten opzichte van huisvredebreuk (§ 123 StBG) met een hogere maximumvrijheidsstraf wordt bedreigd (twee jaar in plaats van één jaar). De rechter heeft zich bij de kwalificatie van de feiten nadrukkelijk over de vraag te buigen of hij met dergelijke gevallen te maken heeft. De straf die hij moet bepalen, mag immers niet hoger zijn dan het strafmaximum en – voor zover de strafbepaling daarin voorziet – in de regel niet lager dan het strafminimum. Wanneer hij te maken heeft met minder ernstige of (bijzonder) ernstige gevallen, is zijn strafruimte kleiner, respectievelijk groter ten opzichte van het standaardgeval. Alvorens de rechter de straf kan bepalen, dient hij te beoordelen of hij met een standaardgeval te maken heeft, of met een minder ernstig of ernstiger geval. Wat heeft te gelden als een minder ernstig of (bijzonder) ernstig geval, is ter beoordeling aan de

11 *Münchener Kommentar StPO*, aant. 110 bij § 337.

12 Heintschel-Heinegg 2020, aant. 151 bij § 46.

13 Meier 2019, p. 168; Streng 2012, aant. 641-645.

14 Daarover o.m. Streng 2012, aant. 510-520; Schäfer, Sander & Van Gemmeren 2017, aant. 1434-1438.

rechter.¹⁵ Dat geeft hem enige vrijheid, iets wat gelet op het legaliteitsbeginsel niet vanzelfsprekend wordt geacht. Die ruimte maakt het mogelijk iemand die een ander vanwege rassenhaat op een bijzonder wrede en meedogenloze manier van het leven berooft, te veroordelen voor een bijzonder ernstig geval van doodslag (§ 212 Abs. 2 StBG).¹⁶ Deze zwaardere vorm van doodslag kan met levenslange vrijheidsstraf gestraft worden, in tegenstelling tot reguliere doodslag waarvan het strafmaximum vijftien jaar vrijheidsstraf is (§ 212 Abs. 1 StBG).

Voor wat betreft het algemeen deel verdienen enkele bepalingen de aandacht. Allereerst bepaalt § 39 StBG dat een vrijheidsstraf korter dan een jaar slechts in weken en maanden kan worden opgelegd. Vrijheidsstraffen langer dan een jaar kunnen alleen in maanden en jaren worden opgelegd. Het algemeen deel kent ook een aantal bepalingen met een verplichte of facultatieve strafvermindering. Posing (§ 30 Abs. 1 StBG) levert een verplichte strafverminderinggrond op, facultatieve strafverminderinggronden vinden we onder meer in § 21 StBG (verminderde toerekening ten gevolge van een psychische stoornis) en § 17 Abs. 2 StBG (vermijdbare dwaling). In § 49 StBG staat hoe de strafvermindering vorm moet of kan krijgen. Ten aanzien van de vrijheidsstraf geldt dat zowel het strafmaximum als het strafminimum moet of kan worden verlaagd, bij de geldstraf kan alleen het maximum worden verlaagd. In plaats van levenslange vrijheidsstraf kan geen vrijheidsstraf worden opgelegd korter dan drie jaar. Verschillende strafverminderinggronden in één strafzaak kunnen niet leiden tot verdere verlaging van het strafmaximum (of -minimum) (§ 50 StBG).

6.2.3 Straftoemeting door de rechter

De belangrijkste bepaling van het Duitse straftoemetingsrecht is § 46 StBG. Met deze bepaling heeft de wetgever een algemeen straftoemetingsvoorschrift opgetekend dat voor de rechter instructies bevat met welke aspecten rekening moet en kan worden gehouden bij het bepalen van de straf in een concreet geval. Hoewel de bepaling op punten tamelijk open is omschreven, is duidelijk dat rechterlijke straftoemetingsvrijheid niet zo heel erg vanzelfsprekend wordt geacht.¹⁷

15 In paragraaf 6.2.4 richten we ons op enige strafprocesrechtelijke aspecten, waaronder de vraag wie in het Duitse strafproces de definitieve tenlastelegging opstelt en waaruit deze bestaat.

16 Krupna 2010, p. 89-90.

17 Meier 2019, p. 166. Zie ook Streng (2012, aant. 481) die dit uitgangspunt verklaart vanuit de wens de chaotische en willekeurige straftoemetingspraktijk van het derde kwart van de twintigste eeuw tegen te gaan.

De bepaling bestaat uit drie onderdelen: § 46 Abs. 1 StBG waarin de algemene uitgangspunten worden geformuleerd, § 46 Abs. 2 StBG waarin de rechter wordt opgedragen de voor de straf mee te wegen omstandigheden tegenover elkaar af te wegen en een aantal bijzondere omstandigheden worden genoemd die de rechter bij de straftoemeting kan betrekken en § 46 Abs. 3 StBG waarin een regeling is opgenomen die beoogt te voorkomen dat onderdelen van het strafbaar feit door de rechter bij het bepalen van de straf nogmaals in zijn oordeel worden betrokken (het zogeheten *Doppelverwertungsverbot*). In deze paragraaf staan we eerst stil bij het eerste lid van § 46 StBG. Daarna gaan we in op het tweede lid, met uitzondering van het mensminachtende motief. Vervolgens richten we ons op het schema voor straftoemeting dat op basis van het wettelijk stelsel (en de rechtspraak daarover) in de Duitse strafrechtelijke literatuur is ontwikkeld. Het eerste lid van § 46 StBG luidt:

‘De schuld van de dader vormt de grondslag voor de straftoemeting. De gevolgen die van de straf te verwachten zijn voor het toekomstige leven van de dader in de samenleving, dienen te worden meegewogen.’¹⁸

De bepaling brengt in de eerste zin tot uitdrukking dat schuld de basis is voor het toemeten van de straf. De tweede zin drukt uit dat de nadelen van de straf niet te groot mogen zijn en zet de overheid aan zich in te spannen voor de resocialisatie van de dader. Bij de straftoemeting moeten beide onderdelen worden betrokken, zonder daarbij de schuld van de dader te veronachtzamen.¹⁹ De term ‘schuld’ in de eerste zin van § 46 Abs. 1 StBG staat voor straftoemetingsschuld. Deze schuld moet worden onderscheiden van schuld in de zin van verwijtbaarheid. Schuld in de zin van verwijtbaarheid betreft de vraag of iemand kan worden verweten strafbaar te hebben gehandeld, straftoemetingsschuld betreft de vraag naar de mate van verwijtbaarheid.²⁰ De mate van verwijtbaarheid wordt aan de hand van twee componenten ingevuld: Erfolgsunwert en Handlungsunwert. Bij de eerste component wordt bezien in welke mate het door het strafbare feit te beschermen rechtsgoed is geschonden of in gevaar is gebracht. Ook gevolgen die niet in het strafbare feit vermeld staan, kunnen tot op zekere hoogte worden meegewogen.²¹ Bij de tweede component wordt gekeken naar de handeling zelf, de omstandigheden waaronder de handeling werd verricht en de beweegreden(en) waarom

18 Vertaling van: ‘Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe. Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen.’

19 Schönke/Schröder 2019, aant. 5 bij § 46; *Leipziger Kommentar* 2020, aant. 30 bij § 46.

20 Schönke/Schröder 2019, aant. 9a bij § 46; Schäfer, Sander & Van Gemmeren 2017, aant. 574.

21 § 46 Abs. 2 StGB spreekt in dit verband van ‘verschuldeten Auswirkungen der Tat’. Zie Schäfer, Sander & Van Gemmeren 2017, aant. 617 e.v.; Meier 2019, p. 191-194.

de dader tot de handeling kwam.²² Hierbij kan worden gedacht aan het motief van de dader en de aard van de bewezenverklarde gedragingen (§ 46 Abs. 2 StBG). Ook de psychische gesteldheid ten tijde van het feit kan bij het bepalen van de straf worden meegewogen (§ 21 StBG). Omstandigheden die zich voorafgaand of na afloop van de daad hebben voorgedaan, kunnen worden betrokken bij het bepalen van de straf.²³ Die omstandigheden kunnen in de persoon van de dader gelegen zijn, zij kunnen ook bestaan uit de redenen waarom iemand tot zijn daad gekomen is en wat hij na afloop van zijn daad heeft gedaan.

De tweede zin van § 46 Abs. 1 StBG drukt het resocialisatiebeginsel uit.²⁴ Helemaal volledig is dit niet. Het gaat er niet alleen om dat de straf de resocialisatie van de dader moet dienen; minstens zo belangrijk is dat wordt voorkomen dat de straf zo uitpakt dat deze nadelig is voor het leven van de dader na ommekomst van de straf.²⁵ Dit uitgangspunt heeft er bijvoorbeeld toe geleid dat de wetgever in § 47 Abs. 1 StBG heeft bepaald dat een vrijheidsstraf die lager is dan zes maanden slechts bij uitzondering ten uitvoer wordt gelegd en in de regel wordt vervangen door een geldstraf, ook in de gevallen waarin de sanctienorm van een strafbaarstelling niet in een geldstraf voorziet (§ 47 Abs. 2 StBG).

De omstandigheden die in § 47 Abs. 1 StBG worden genoemd op basis waarvan kan worden afgeweken van het uitgangspunt dat een vrijheidsstraf van zes maanden wordt vervangen door een geldstraf, geven aan dat bij het bepalen van de straf niet alleen resocialisatie als strafdoel de rechter ter beschikking staat. In het eerste lid van § 47 StBG lezen we dat het opleggen van een vrijheidsstraf van minder dan zes maanden mogelijk is 'ter verdediging van de rechtsorde'.²⁶ Men leest hierin een verwijzing naar (positieve) generale preventie.²⁷ Generale preventie als strafdoel is, overigens net als andere strafdoelen zoals afschrikking van de dader (speciale preventie) en gemeenschap (negatieve generale preventie), slechts toelaatbaar voor zover de op basis daarvan toegemeten straf niet strijdig is met de *Sozialklausel* van de tweede zin van § 46 Abs. 1 StBG,²⁸ en de straf niet zwaarder wordt dan de mate van schuld.²⁹

Het tweede lid bestaat uit twee onderdelen. In § 46 Abs. 2 Satz 1 StBG lezen we:

22 Schäfer, Sander & Van Gemmeren 2017, aant. 603.

23 Schäfer, Sander & Van Gemmeren 2017, aant. 642 e.v. en 667 e.v.

24 *Leipziger Kommentar* 2020, aant. 27 bij § 46; Streng 2012, aant. 540.

25 Schäfer, Sander & Van Gemmeren 2017, aant. 806.

26 Vertaling van 'zur Verteidigung des Rechtsordnung'.

27 Weigel 2015, p. 136.

28 Streng 2012, aant. 542.

29 Schäfer, Sander & Van Gemmeren 2017, aant. 820.

‘Bij de straftoemeting weegt de rechtbank de omstandigheden die voor of tegen de dader spreken tegen elkaar af.’³⁰

De rechter is bij het bepalen van de straf verplicht omstandigheden mee te wegen die vóór de dader spreken, alsmede omstandigheden die tegen hem spreken. Deze omstandigheden moet de rechter tegen elkaar afwegen. Het voorschrift lijkt tamelijk vanzelfsprekend, maar benadrukt nogmaals dat met betrekking tot de straftoemeting de wetgever de rechter handvatten geeft die deze getrouw dient te volgen en in zijn vonnis tot uitdrukking dient te brengen.

Met omstandigheden die vóór of tegen de verdachte spreken worden bedoeld die omstandigheden die voor het bepalen van de straf van invloed zijn, dat wil zeggen die tot een lagere of tot een hogere straf kunnen leiden in het concrete geval. Dat laatste is van belang te vermelden, omdat de omstandigheden waarvan de wetgever gewag maakt, geen invloed hebben op het strafmaximum (of -minimum). Dat de rechter de omstandigheden moet meewegen die voor of tegen de dader spreken, betekent ook dat hij moet uitmaken welke omstandigheden wel en welke volgens hem niet relevant zijn bij het bepalen van de straf.

De wet verbiedt bij het bepalen van de straf die omstandigheden mee te wegen die als bestanddelen deel uitmaken van de delictsomschrijving. Het zogeheten Doppelverwertungsverbot staat daaraan in de weg (§ 46 Abs. 3 StBG). Uit de eerste zin van het tweede lid van § 46 StBG wordt ook afgeleid dat de rechter een waardering moet geven van de omstandigheden die hij bij het bepalen van de straf wil meewegen. Sommige daarvan leggen bij het bepalen van de straf meer gewicht in de schaal. De rechter moet dat duidelijk maken in zijn (gesproken en schriftelijk) oordeel. We bespreken dit verder in paragraaf 6.2.4.

In de tweede zin van § 46 Abs. 2 StBG wordt een aantal omstandigheden opgesomd, waaronder het in paragraaf 6.3 te bespreken mensminachtende doel of motief. Het gaat hier om een niet-limitatieve lijst van omstandigheden,³¹ waarvan het onderlinge verband en het verschil in gewicht dat ze in de schaal kunnen leggen bij het bepalen van de straf onduidelijk is. Er wordt desalniettemin gezegd dat we hier te maken hebben met omstandigheden die in het bijzonder voor de straftoemeting relevant lijken te zijn.³² Uit de wettekst blijkt niet of de rechter bij het bepalen van de straf in ieder geval gebruik moet maken van tenminste één of enkele van de in het tweede lid genoemde omstan-

30 Vertaling van: ‘Bei der Zumessung wägt das Gericht die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen, gegeneinander ab.’

31 Streng 2012, aant. 550; *Leipziger Kommentar* 2020, aant. 56 bij § 46.

32 Meier 2019, p. 190. De wet spreekt immers over omstandigheden die ‘namentlich in Betracht’ komen.

digheden.³³ Tevens is niet duidelijk of alle in het tweede lid genoemde omstandigheden zowel in strafverzwarende als strafverzachtende zin kunnen worden meegewogen.³⁴ De wetgever heeft zich daaraan niet gewaagd, hetgeen de rechterlijke vrijheid om deze factoren mee te wegen en op welke wijze heeft vergroot. We zullen in paragraaf 6.3 zien dat het mensminachtende motief alleen als strafverzwarende omstandigheid is voorgesteld. In de literatuur wordt aangenomen dat het tot een vergelijk komen met het slachtoffer slechts als een strafverzachtende omstandigheid kan worden aangenomen.³⁵ Hoewel de wetgever dus duidelijk het voortouw heeft genomen, heeft de rechter de nodige vrijheid bij het bepalen van de straf en daaraan ten grondslag liggende (strafverzwarende en strafverzachtende) omstandigheden.

Welke omstandigheden worden in § 46 Abs. 2 StBG genoemd? We geven de wettekst weer:

‘de beweegredenen en de doelen van de dader, in het bijzonder ook racistische, xenofobe of andere mensminachtende, de gezindte die uit de daad naar voren komt en de bij de daad aangewende wil, de mate van plichtsverzuim, de aard van de uitvoering en de door schuld beïnvloede gevolgen van de dader, de persoonlijke geschiedenis van de dader, zijn persoonlijke en economische positie, alsmede zijn gedrag na de daad, in het bijzonder zijn inspanningen om de schade te vergoeden, alsmede zijn inspanningen om tot een vergelijk te komen met het slachtoffer’.³⁶

Het voert te ver alle omstandigheden te bespreken. Het lijkt vooral van belang te bezien wat wordt bedoeld met beweegredenen en doelen van de dader, nu de in paragraaf 6.3 te bespreken mensminachtende beweegredenen en doelen (of: motief)³⁷ daaraan is opgehangen. Ten aanzien van de beweegredenen wordt aangenomen dat die van buitenaf beïnvloed kunnen zijn, of uit het karakter van de dader zijn ontstaan. Het betrekken van het motief kan bij het bepalen van de straf relevant zijn. Beweegredenen zijn talrijk: denk aan haat, eerzucht, woede en wraak. Zij kunnen diepgeworteld zijn of ineens ontstaan. Ook rassenhaat was reeds voordat de wet werd gewijzigd een motief

³³ Streng 2012, aant. 524.

³⁴ *Leipziger Kommentar* 2020, aant. 61.

³⁵ *Leipziger Kommentar* 2020, aant. 198.

³⁶ Vertaling van: ‘die Beweggründe und die Ziele des Täters, besonders auch rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende, die Gesinnung, die aus der Tat spricht, und der bei der Tat aufgewendete Wille, das Maß der Pflichtwidrigkeit, die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat, das Vorleben des Täters, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie sein Verhalten nach der Tat, besonders sein Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen, sowie das Bemühen des Täters, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen’.

³⁷ Streng 2012, aant. 551.

dat bij de straftoemeting kon worden betrokken.³⁸ Het meenemen van rassenhaat als motief kan echter alleen wanneer dat motief niet reeds bij het bewijs en de kwalificatie van het delict was betrokken. Voor het meenemen van het motief bij het bepalen van de straf is vereist dat de dader zich van dat motief bewust was.³⁹ Het doel van de dader om het delict te plegen hoeft niet met de beweegredenen om het delict te plegen gelijk te vallen. De beweegredenen of het doel om een delict te plegen kunnen als strafverzwarende omstandigheid worden meegewogen; het motief kan ook strafverzachtend werken. De wet laat aan de rechter hoe hij het motief meeweegt.⁴⁰

We zullen zien dat het in paragraaf 6.3 te bespreken motief in de literatuur ook met *Gesinnung* (gezindte) in verband wordt gebracht. *Gesinnung* is slechts een relevante omstandigheid wanneer deze in ‘innerlijke samenhang’ tot de daad staat.⁴¹ Anders dan eertijds in de Duitse dogmatiek werd onderschreven,⁴² vormt een algemene gezindte of het karakter geen omstandigheid die bij de straf wordt meegewogen wanneer die niet in een innige samenhang tot de daad staat. Een gezindte moet uit de daad blijken. Een gezindte is bijvoorbeeld dat de dader ervan genoot een ander te mishandelen.⁴³ Dat sluit echter niet uit dat voor het vaststellen van een gezindte de persoonlijkheid van de dader een rol kan spelen.⁴⁴

Het in de Duitse literatuur als vaag gekwalificeerde § 46 StBG heeft geleid tot theorievorming over straftoemeting. Deze theorieën hebben gemeenschappelijk dat zij proberen de grondslag en het doel van de straftoemeting (schuld en preventie) met elkaar in overeenstemming te brengen. Het *Bundesgerichtshof* gaat uit van de zogeheten *Spielraumtheorie*, die erop neerkomt dat de rechter binnen het strafmaximum (en -minimum) een zekere speelruimte heeft een straf te bepalen op basis van de mate van schuld van de dader (waarbij *Schuldüberschreitung* en *Schuldunterschreitung* voorkomen moeten worden) en vervolgens op basis van het doel van straffen (met name resocialisatie) de straf in concreto bepaalt.⁴⁵ Deze theorie mag rekenen op de nodige kritiek in de Duitse dogmatiek.⁴⁶

Op basis van het wettelijk stelsel en de jurisprudentie van zowel het *Bundesverfassungsgericht* als het *Bundesgerichtshof* is in de Duitse literatuur een

38 Schönke/Schröder 2019, aant. 13.

39 *Leipziger Kommentar* 2020, aant. 82 bij § 46.

40 Vgl. Schäfer, Sander & Van Gemmeren 2017, aant. 608.

41 Vertaling van ‘inneren Zusammenhang’: *Leipziger Kommentar* 2020, aant. 88 bij § 46.

42 Politoff & Koopmans 1988, p. 22-24.

43 Schönke/Schröder 2019, aant. 16 bij § 46; Streng 2012, aant. 552.

44 Schäfer, Sander & Van Gemmeren 2017, aant. 614-616.

45 Streng 2012, aant. 626-632; *Leipziger Kommentar* 2020, aant. 49-52; Heintschel-Heinegg 2020, aant. 3-6 bij § 46.

46 Zie daarvoor en met een samenvatting van alternatieve theorieën onder andere Meier 2019, p. 171-176.

schema ontwikkeld dat de rechter kan begeleiden bij het bepalen van de straf in een concreet geval. Dit schema wordt in stappen omschreven. Het aantal stappen verschilt: soms zijn het er vijf,⁴⁷ soms zeven. Het verschil bestaat niet in de inhoud, maar in de vorm (sommige stappen worden beschouwd als één stap, dan weer als aparte stappen). Voor de overzichtelijkheid wordt aangesloten bij het zevenstappenplan.⁴⁸

1. Bij het bepalen van de straf geldt als uitgangspunt het bepaalde in § 46 Abs. 1 StBG. Deze stap scherpt bij de rechter in dat de basis voor de straf gelegen is in de mate van schuld van de dader en dat de straf resocialisatie moet dienen en de terugkeer in de samenleving niet nadelig mag beïnvloeden. Andere door de rechter gebruikte strafdoelen bij het bepalen van de straf mogen niet strijdig zijn met deze in de wet geformuleerde uitgangspunten.
2. De rechter beziet welke sanctienorm op het bewezenverklaarde feit van toepassing is. Het gaat daarbij om het toepasselijke strafmaximum en eventueel strafminimum van de vrijheidsstraf. Bij deze stap, die in de praktijk meestal als eerste wordt gezet,⁴⁹ beziet de rechter tevens of een geldstraf kan worden opgelegd. Bij deze stap kijkt de rechter allereerst naar de sanctienorm die op het bewezenverklaarde feit is gesteld. Vervolgens neemt hij in acht eventuele bijzondere omstandigheden die de rechter op het bewezenverklaarde feit van toepassing acht. Zo houdt de rechter bijvoorbeeld rekening met de omstandigheid of sprake is van ernstige of zeer ernstige gevallen, dat het feit een poging oplevert (§ 30 Abs. 1 StBG) of ten gevolge van een psychische stoornis sprake is van verminderde toerekening (§ 21 StBG). De rechter betreft hier ook de eventuele samenloop van strafbare feiten (§ 52 e.v. StBG).
3. De rechter betreft bij zijn oordeel de voor de straf relevante feiten. Deze feiten betreffen alle feiten die voor het bepalen van de mate van schuld en in het licht van resocialisatie van belang zijn, behalve die reeds bij het bewijs en de kwalificatie zijn betrokken.⁵⁰ De omstandigheden die in § 46 Abs. 2 StBG zijn genoemd geven de rechter een handvat.
4. Indachtig de aanhef van § 46 Abs. 2 StBG moet de rechter vervolgens bepalen welke van de onder 3) gevonden factoren voor de dader belastend en welke voor hem ontlastend zijn.
5. Aan de onder 3) gevonden factoren moet een gewicht worden gehangen. Welke factoren wegen zwaarder bij het bepalen van de straf en welke minder zwaar? Hiermee kunnen de onder 4) onderscheiden be- en ontlastende factoren tegen elkaar worden afgewogen.

⁴⁷ *Leipziger Kommentar* 2020, aant. 55 bij § 46 en Streng 2012, aant. 650.

⁴⁸ Meier 2019, p. 167-169.

⁴⁹ *Leipziger Kommentar* 2020, aant. 55 bij § 46.

⁵⁰ Streng 2012, aant. 527.

6. Op basis van 1) tot en met 5) bepaalt de rechter de straf. De rechter moet altijd binnen het onder 2) gevonden strafmaximum (en -minimum) blijven, alsmede een aantal andere wettelijke bepalingen in acht nemen, zoals § 39 StBG ten aanzien van de vrijheidsstraf en § 47 StBG met betrekking tot een vrijheidsstraf, korter dan zes maanden. Bij het bepalen van de straf wordt (bij veelvoorkomende criminaliteit (*Alltagskriminalität*)) gebruikt gemaakt van een doorsneegeval. Dat kan een normatief bepaalde denkbeeldige situatie zijn die bij een bepaald strafbaar feit als doorsnee wordt beschouwd en waaraan een bepaalde straf wordt toegemeten.⁵¹ Vervolgens wordt aan de hand van de stappen die onder 3), 4) en 5) zijn gezet door de rechter bepaald of hier sprake is ernstiger of een minder ernstiger feit dat met een hogere of een lagere straf dan het doorsneegeval moet worden bestraft.
7. In de laatste stap bepaalt de rechter of de straf voorwaardelijk of onvoorwaardelijk wordt opgelegd en of ook bijkomende straffen worden opgelegd (en zo ja, welke). Tevens wordt bij deze stap de vraag beantwoord of aan de dader ook een maatregel wordt opgelegd.

6.2.4 Procesrechtelijke aspecten

Straftoemeting is een zaak voor de rechter. De wettelijke bepalingen die we hiervoor de revue lieten passeren, richten zich daarom in het bijzonder tot de rechter. Dat betekent niet dat andere procespartijen, de openbaar aanklager, de burgerlijke partij (*Nebenklager*) en de verdediging, geen rol zouden kunnen spelen bij het bepalen van de straf door de rechter. Sommige auteurs zijn met betrekking tot de invloed van de verschillende procespartijen vrij duidelijk: de openbaar aanklager (*Staatsanwalt*) heeft een grote rol bij de straftoemeting.⁵² De invloed van de openbaar aanklager is op verschillende momenten aanwezig. Voor zover een zaak bij de rechter komt – de *Strafprozessordnung* kent alternatieve afdoeningsmodaliteiten die gemeenschappelijk hebben dat zij de rechter beletten zelfstandig de straf te bepalen – geldt dat de openbaar aanklager in de aanklacht aangeeft voor welk feit hij vervolgt (§ 155 Abs. 1 StPO).⁵³ De sturing die de *Staatsanwalt* met zijn aanklacht kan geven, is echter beperkt.

⁵¹ Montenbruck 1983, p. 30; *Leipziger Kommentar*, aant. 299 bij § 46; Meier 2019, p. 239.

⁵² Streng 2012, aant. 495-496.

⁵³ De aanklacht vermeldt de naam van de verdachte, het ten laste gelegde feit, tijd en plaats van dat feit, de wettelijke bestanddelen van het strafbare feit en de relevante wettelijke voorschriften. Ook omvat de aanklacht de bewijsmiddelen, het gerecht waarvoor de zaak dient en de naam van de raadsman/vrouw die de verdachte terzijde staat (§ 200 Abs. 1 StPO). Men spreekt ook wel van een concreet en een abstract deel van de tenlastelegging, waarbij de wettelijke bestanddelen tot het abstracte deel behoren. Ook de strafbeïnvloedende omstandigheden als bedoeld in § 46 StGB moeten in de aanklacht worden vermeld. Zie *MünchKommStPO* 2016, aant. 46 bij § 200.

De rechter is immers niet aan het in de aanklacht geformuleerde strafbare feit gebonden (§ 155 Abs. 2 StPO en § 206 StPO).

Rechterlijke inmenging op de aanklacht blijkt ook op andere plekken in de Strafprozessordnung. Zo stelt § 207 StPO dat het gerecht dat beslist om de zaak voor inhoudelijke behandeling toe te laten, ook beslist over de precieze inhoud van de aanklacht. De wet maakt het mogelijk dat het gerecht de aanklacht van de *Staatsanwalt* kan aanpassen, bijvoorbeeld wanneer het gerecht de feiten waarvoor de verdachte terecht staat juridisch anders waardeert. De *Staatsanwalt* heeft dan weer de vrijheid om tijdens het onderzoek ter terechtzitting zijn visie op de juridische interpretatie van de feiten te presenteren (§ 243 Abs. 3 StPO). Vervolgens bepaalt § 264 Abs. 1 StPO dat het gerecht dat de zaak inhoudelijk behandelt met betrekking tot de beoordeling van de daad niet gebonden is aan de beslissing van het gerecht dat besliste de zaak toe te laten voor inhoudelijke behandeling. Duidelijk is dat het laatste woord over de omvang en inhoud van de aanklacht bij het beoordelend gerecht ligt.⁵⁴

De invloed van de *Staatsanwalt* is bij de straftoemeting zelf niet gering. Zo wordt op onderzoek gewezen waaruit zou blijken dat er tussen de *Staatsanwalt* en de rechter een zekere consensus bestaat op het niveau van de omstandigheden die bij het bepalen van de straf worden meegewogen. Er bestaat wel verschil met betrekking tot de weging van de omstandigheden die voor of tegen de dader spreken. Dat verschil is echter niet zo groot, in die zin dat de rechter en de openbaar aanklager hetzelfde denken over het belang van de toepasselijke normen. Dat verklaart de ‘Orientierungskraft’ van de strafeis; zij is herkenbaar voor de rechter.⁵⁵

Bij het bepalen van de straf dient de rechter zich op de wet te oriënteren, die hem duidelijk maakt dat hij bij het bepalen van de straf ter zake doende omstandigheden tegen elkaar moet afwegen (§ 46 Abs. 2 StBG). De omstandigheden die bij het bepalen van de straf worden betrokken, zijn onderworpen aan dezelfde bewijsregels die gelden voor het vaststellen van strafrechtelijke aansprakelijkheid (§ 244 Abs. 3 StPO). De literatuur spreekt in dit verband over *Strengbeweis*. Dat wil onder meer zeggen dat deze omstandigheden in wettige bewijsmiddelen moeten zijn uitgedrukt. Het gaat dan om getuigenverklaringen, schriftelijke stukken en dergelijke.⁵⁶

54 Zie over wat in dat oordeel betrokken moet worden § 267 Abs. 2 en 3 StPO en Heintschel-Heinegg 2020, aant. 144 bij § 46.

55 Streng 2012, aant. 496, 497.

56 Rapporten van de *Gerichtshilfe* en eerdere veroordelingen kunnen ook bij het bepalen van de straf worden meegenomen (Schäfer, Sander & Van Gemmeren 2017, aant. 1282 e.v. en 1289).

Dit (*Strengbeweis*) geldt ook voor de persoonlijke omstandigheden van de verdachte, zijn voorgeschiedenis, eerder opgelegde straffen, zijn beroep en voor alle voor de prognose [straftoemeting] relevante omstandigheden.⁵⁷

Belastende omstandigheden, zoals het hierna nog te bespreken mensminachtende motief, moeten zonder twijfel bewezen zijn.⁵⁸ Ook in het Duitse straftoemetingsrecht geldt dus als uitgangspunt *in dubio pro reo*.⁵⁹ Weigert de verdachte te verklaren over voor het bepalen van de strafrelevante omstandigheden (zoals het motief), dan kan de rechter dat bij het bepalen van de straf niet in belastende zin betrekken,⁶⁰ tenzij op basis van andere bronnen het motief kan worden vastgesteld. *Strengbeweis* stelt dus alleen eisen aan het bewijsmiddel, niet aan de maatstaf om tot een bewezenverklaring te komen. Ook voor *Strengbeweis* geldt de maatstaf van zonder twijfel.

De omstandigheden die de rechter meeweegt in zijn oordeel, kunnen door de procespartijen zijn aangedragen. Voor wat betreft het *Staatsanwaltschaft* eist § 160 Abs. 3 StPO met zoveel woorden dat diens onderzoek 'zich ook op de omstandigheden [moet] richten, die bij het bepalen van de rechtsgevolgen van de daad van betekenis zijn'.⁶¹ Wat voor het bepalen van de straf van betekenis is, wordt door de wet niet nader omschreven; in § 160 Abs. 3 StPO staat slechts vermeld dat de openbaar aanklager voor het vergaren van deze omstandigheden ook de hulp van de *Gerichtshilfe* (reclassering) mag inschakelen. In de literatuur wordt aangenomen aan dat het gaat om omstandigheden die in het voor- en nadeel van de verdachte spreken (vergelijk § 46 Abs. 2, Satz 1 StBG). De voor het bepalen van de straf relevante omstandigheden moeten zoveel mogelijk tijdens het voorbereidend onderzoek worden verzameld en in de dagvaarding (*Anklageschrift*) worden opgenomen. Er wordt van uitgegaan dat dit onderzoek, bijvoorbeeld naar het motief, pas (goed) kan worden uitgevoerd wanneer een verdachte in beeld is.⁶²

Het onderzoek moet zijn gericht op de gevolgen van de daad, alsmede op de persoonlijke omstandigheden van de verdachte, waaronder zijn economische positie, zijn voorgeschiedenis, het eventuele strafblad en wat de verdachte

57 Vertaling van 'Dies [Strengbeweis] gilt auch für die persönlichen Verhältnisse des Angeklagten, sein Vorleben, seine Vorstrafen, seine beruflichen Verhältnisse und für alle die Prognose berührenden Tatsachen.' Schäfer, Sander & Van Gemmeren 2017, aant. 1274.

58 Schäfer, Sander & Van Gemmeren 2017, aant. 1297.

59 Schäfer, Sander & Van Gemmeren 2017, aant. 1297 e.v.; *Leipziger Kommentar* 2020, aant. 59-60; Streng 2012, aant. 555 die erop wijst dat dit uitgangspunt met betrekking tot materiële schade te billijken valt, maar voor het bewijs van 'psychische Opferschäden' tot moeilijkheden kan leiden.

60 *Leipziger Kommentar* 2020, aant. 57.

61 Vertaling van 'sich auch auf die Umstände [sollen] erstrecken, die für die Bestimmung der Rechtsfolgen der Tat von Bedeutung sind'.

62 *Karlsruher Kommentar* 2019, aant. 26-27 bij 160; *Münchener Kommentar StPO* 2016, aant. 82 bij 160.

na het begaan van het feit heeft gedaan. Deze omstandigheden moeten zorgvuldig (*sorgfältig*) worden vastgesteld.⁶³ Het hiernaar door de *Staatsanwaltschaft* te verrichten onderzoek naar deze wordt echter als *rudimentär* en als ‘een zeer selectief onderzoek’ omschreven.⁶⁴

De verdachte kan formeel invloed uitoefenen op de door de rechter te nemen beslissing met betrekking tot de straf. Zo bepaalt § 201 StPO dat de rechter de verdachte in staat stelt om bewijs aan te dragen, waaronder getuigen en schriftelijke stukken. De mogelijkheid daartoe bestaat tot en met het onderzoek ter terechtzitting. Een en ander neemt niet weg dat de invloed van de verdachte op de straftoemeting in de (rechts)praktijk in de literatuur als tamelijk gering wordt omschreven.⁶⁵

6.3 DE WETTELIJKE REGELING VOOR HET BETREKKEN VAN HET DISCRIMINATOIRE ASPECT BIJ DE STRAFTOEMETING

6.3.1 Achtergrond

In de jaren 2000 tot en met 2006 werd in Duitsland een serie moorden en (bank)overvallen gepleegd die – zo bleek pas jaren later – was begaan door een groep van enkele personen die zich de *Nationalsozialistischer Untergrund* (NSU) noemde. In totaal tien personen werden om het leven gebracht, waarvan acht van Turkse en één van Griekse komaf waren.⁶⁶ Daarnaast werden in Keulen twee spijkerbommen tot ontploffing gebracht in een straat waar veel Turkse ondernemingen waren gevestigd. Bij deze bomaanslagen vielen geen dodelijke slachtoffers, wel tientallen gewonden. De groep pleegde ook vijftien bankovervallen. Wie de moorden en de andere strafbare feiten hadden begaan, bleef lange tijd onopgelost. De politie weigerde een tijd lang de daders te zoeken in rechtsextremistisch milieu en voor zover er signalen waren dat de daders mogelijk toch uit dat milieu afkomstig waren, werden ze genegeerd of niet (volledig) met de politie gedeeld door Duitse inlichtingendiensten. Pas eind 2011 werd met de aanhouding van een aantal personen duidelijk wie de feiten hadden begaan en met welk motief zij waren gepleegd. De NSU-moorden leidden tot vervolging van een aantal personen, waarvan Beate Zschäpe de belangrijkste was. Twee anderen hadden vlak voor hun aanhouding zelfmoord gepleegd. Zschäpe werd door het *Oberlandesgericht München* op 11 juli 2018 veroordeeld tot levenslange vrijheidsstraf. Het gerecht rekende

⁶³ *Karlsruher Kommentar* 2019, aant. 28 bij 160.

⁶⁴ Vertaling van ‘eine hoch selektive Erhebung’: *Münchener Kommentar StPO* 2016, aant. 83 bij 160.

⁶⁵ Streng 2012, aant. 459.

⁶⁶ De moorden werden vanwege de achtergrond van de meeste slachtoffers ook aangeduid als ‘Döner-morde’.

de daden zwaar aan, ook al kon niet worden bewezen dat zij de moorden zelf had gepleegd. Het mensminachtend motief komt in de schriftelijke uitspraak naar voren bij het bepalen van het mededaderschap en de kwalificatie van de feiten.⁶⁷

Dat de NSU, soms ook wel *Braune Armee Fraktion* genoemd naar die andere terroristische organisatie die moorden pleegde en banken overviel,⁶⁸ lange tijd ongestraft zijn gang had kunnen gaan, leidde tot veel verontwaardiging. Parlementair onderzoek volgde. De onderzoekscommissie van de Duitse Bondsdag (*Bundestag*) trok harde conclusies: het gevaar van rechtsextremisme was door de politie en veiligheidsdiensten volstrekt verkeerd ingeschat (*‘völlig falsch eingeschätzt’*), de aanpak van rechtsextremistisch geweld door de jaren heen was niet toereikend (*‘nicht ausreichend’*) en de analyses over rechtsextremistisch geweld schoten te kort.⁶⁹ Het politie- en inlichtingenapparaat hadden jarenlang gefaald. Al sinds de hereniging van de beide Duitslanden was duidelijk dat rechtsextremisme aan populariteit won, vooral in de deelstaten die tot de voormalige Duitse Democratische Republiek (DDR) behoorden, zoals Saksen en Thüringen. De NSU was geen geval apart, maar het product van meer dan tien jaar groeiend rechtsextremisme, met wortels in de nadagen van de DDR.

6.3.2 Vormgeving van de strafbeïnvloedende omstandigheid

De genoemde onderzoekscommissie deed een groot aantal aanbevelingen. Geen daarvan heeft betrekking op § 46 Abs. 2 StBG. Toch hebben de NSU-moorden bijgedragen aan de wijziging van deze bepaling van het *Strafgesetzbuch*. In de wet tot omzetting van de aanbevelingen van de parlementaire enquêtecommissie NSU (*Gesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des NSU-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages*) vinden we onder meer een wijziging van § 46 Abs. 2 StBG.⁷⁰ Aan deze bepaling werden in Satz 2 na ‘die Beweggründe und die Ziele des Täters’ de woorden ‘*besonders auch rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende*’ toegevoegd. In deze paragraaf richten we ons op de parlementaire geschiedenis van deze wetswijziging. Waarom werd tot wijziging van § 46 Abs. 2 StBG besloten, wat wordt met de toegevoegde woorden bedoeld, is met toevoeging wijziging van de bestaande wetssystematiek beoogd en welke betekenis heeft de omstandigheid dat een

⁶⁷ Oberlandesgericht München 11 juli 2018, 6 St 3/12.

⁶⁸ Pfahl-Traugher 2012.

⁶⁹ BT-Drs. (Bundestag-Drucksache) 17/14600, p. 861, 862.

⁷⁰ Gesetzes zur Umsetzung von Empfehlungen des NSU-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages, 12 juni 2015, *Bundesgesetzblatt* Teil I, nr. 23, Seite 925 (in werking getreden op 1 augustus 2015).

strafbaar feit met een dergelijk motief heeft gehandeld voor het bepalen van de op te leggen straf in een concreet geval?

Hoewel in de toelichting bij het wetsvoorstel daar niet naar wordt verwezen, is dit niet het eerste voorstel om in het *Strafgesetzbuch* met haatcriminaliteit rekening te houden bij de bestraffing. Serafin beschrijft verschillende initiatieven die de eindstreep niet haalden.⁷¹ Het laatste voorstel vóór de hier te bespreken wetswijziging dateert uit 2011 en beoogde aan § 46 Abs. 2 StBG de woorden 'besonders auch rassistische, fremdfeindliche oder sonstige menschenverachtende' in te voegen. De wettekst werd voorgesteld omdat haatdelicten voor de mensen die erdoor worden getroffen een gevoel van onveiligheid met zich meebrengen en verstorend zijn voor de openbare orde. Met een wettelijke regeling worden ook de gerechten doordrongen van het belang haatdelicten met zwaardere straffen te bestraffen, terwijl met zwaardere straffen het signaal uitgaat richting burgers dat zulke delicten niet worden getolereerd.⁷² Het wetsvoorstel werd niet aangenomen. De meerderheid van de Bondsdag meende dat de thematiek eerst door de (rechts)praktijk zelf ter hand moet worden genomen.⁷³

Dat beeld kantelde met het rapport van de parlementaire onderzoekscommissie naar aanleiding van de NSU-moorden. Een meerderheid in de Bondsdag zag in 2014 wel aanleiding § 46 StBG te wijzigen.⁷⁴ Het wetsonwerp (*Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung von Empfehlungen des NSU-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages*) werd op 30 oktober 2014 openbaar gemaakt. Het beoogde niet alleen antwoord te geven op de aanbevelingen van de onderzoekscommissie, maar kwam ook met verdergaande voorstellen. Zo bevat het wetsvoorstel een uitdrukkelijke regeling

'op basis waarvan racistische, xenofobe en overige mensminachtende beweegredenen of doelen bij de straftoemeting in aanmerking te nemen zijn. Hiermee wordt de betekenis van deze motieven voor de rechterlijke straftoemeting verduidelijkt. Tevens wordt hierdoor benadrukt, dat het Openbaar Ministerie zich tijdens diens onderzoek reeds vroegtijdig op deze voor de straftoemeting betekenisvolle motieven moet richten'.⁷⁵

71 Serafin 2019, p. 47-49.

72 BT-Drs. 17/9345.

73 BT-Drs. 17/11061.

74 Het voorstel maakte deel uit van het regeerakkoord dat CDU/CSU en SPD in 2013 sloten (kabinet Merkel III). Zie Hörnle 2014, p. C94.

75 Vertaling van: 'wonach rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende Beweggründe und Ziele bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sind. Dadurch soll die Bedeutung dieser Motive für die gerichtliche Strafzumessung verdeutlicht werden. Zudem soll unterstrichen werden, dass auch die Staatsanwaltschaft ihre Ermittlungen schon frühzeitig auf solche für die Bestimmung der Rechtsfolgen bedeutsamen Motive zu erstrecken hat.' Zie BT-Drs. 18/3007, p. 1-2.

De wetswijziging vloeit blijkens de toelichting voort uit de eerste aanbeveling die door de onderzoekscommissie was gedaan. Daarin lezen we onder andere dat de politie naar aanleiding van een melding daarvan door het slachtoffer of een nabestaande van het slachtoffer moet onderzoeken of een geweldsdelict een racistisch of ander politiek motief heeft en indien dat het geval is, dat motief ook als zodanig moet documenteren.⁷⁶ Deze aanbeveling verdient blijkens de memorie van toelichting niet alleen navolging, minstens zo belangrijk is dat een dergelijk motief niet alleen op het netvlies van de politie komt, maar ook in het vervolg van het strafproces in beeld blijft, 'in het bijzonder bij de rechterlijke straftoemeting'.⁷⁷

In het wetsvoorstel wordt erkend dat het racistische motief reeds door de rechter kon worden betrokken bij het bepalen van de straf, nu de rechter zowel het motief van de dader ('*die Beweggründe und die Ziele des Täters*') als de gezindte die uit de daad blijkt ('*die Gesinnung, die aus der Tat spricht*') bij zijn oordeel kan betrekken. Er is volgens de wetgever sprake van een staande praktijk het mensminachtende motief bij de straftoemeting te betrekken.⁷⁸ Desalniettemin achtte de wetgever het gewenst dat de wet uitdrukkelijk naar dat motief verwijst. Daarvoor worden verschillende redenen aangedragen. Ten eerste wordt erop gewezen dat verschillende internationale instellingen aanbevelen een discriminatoir motief uitdrukkelijk in de wet op te nemen. Ten tweede onderstreept expliciete vermelding in de wet het belang om deze omstandigheden bij de straftoemeting te betrekken. Vermelding van deze omstandigheden is voor de rechter van belang alsmede voor de *Staatsanwalt* die voor deze omstandigheden bewijs moet aandragen.⁷⁹ Het benoemen van deze omstandigheden door de rechter in zijn oordeel is volgens de wetgever vanuit positief generaal preventief gezichtspunt van belang. Door het in het rechterlijk oordeel expliciet betrekken van het mensminachtende motief bij het bepalen van de straf wordt een belangrijke norm bevestigd.⁸⁰

6.3.3 De wettekst nader toegelicht

Het kernbegrip in de wettekst is mensenverachtende; de begrippen rassistisch en vreemdefeindliche (xenofobe) zijn voorbeelden om de (rechts)praktijk handvatten te geven wat onder het kernbegrip begrepen moet worden.⁸¹ Het is om die reden beter te spreken van een mensminachtend motief dan van

⁷⁶ BT-Drs. 17/14600, p. 861.

⁷⁷ Vertaling van: 'insbesondere bei der gerechlichen Strafzumessung'. Zie BT-Drs. 18/3007, p. 7.

⁷⁸ BT-Drs. 18/3007, p. 14.

⁷⁹ BT-Drs. 18/3007, p. 7. Daarbij wordt gewezen op het bepaalde in § 160 Abs. 3 StPO.

⁸⁰ BT-Drs. 18/3007, p. 14, 7.

⁸¹ BT-Drs. 18/3007, p. 14.

een racistisch motief. De begrippen rassistisch en fremdenfeindliche zijn afkomstig uit artikel 4 Kaderbesluit 2008/913/JBZ dat de lidstaten de mogelijkheid biedt om racistische en xenofobe motieven door de rechter in aanmerking te laten nemen bij het bepalen van de straf. De Duitse wetgever verbindt racisme aan het maken van onderscheid op basis van herkomst, religie, afstamming of lichaamskenmerken (in het bijzonder huidskleur). Bij xenofobie wordt de nadruk gelegd op het zijn van vreemdeling op basis van bepaalde criteria, zoals uiterlijk, afkomst, taal of sociale omgangsvormen. Anders dan racisme, dat vanouds biologische verschillen als uitgangspunt neemt, staan bij xenofobie cultuurverschillen voorop. Xenofobie beschouwt de wetgever als minder ideologisch dan racisme, in de zin dat er daarbij sprake kan zijn van een meer diffuse bevooroordeeldheid jegens de ander. Hoewel er tussen racisme en xenofobie verschillen worden aangenomen, zijn er ook overeenkomsten, zoals het negeren van mensenrechten op basis van een wereldbeeld waarin vooroordelen als rechtvaardiging voor gedrag worden gebruikt. Tevens wordt in het beleid van de politie geen onderscheid gemaakt tussen racisme en xenofobie. Gedragingen die met een racistisch of xenofob motief gepleegd worden vallen onder politiek gemotiveerde criminaliteit (*'politisch motivierter Kriminalität'* of PMK) en worden daarbinnen beschouwd als 'haatcriminaliteit'.⁸²

Het opnemen van 'oder sonstige menschenverachtende' (beweegredenen en motieven) biedt aan de rechtspraak ruimte om alle vormen van haatcriminaliteit of criminaliteit op basis van vooroordelen bij de straftoemeting te betrekken. Het gaat er ook hier om dat gedragingen worden begaan waarbij 'het vermeende anders-zijn van een groep van personen als rechtvaardiging voor het negeren van mensenrechten en de beschadiging van de menselijke waardigheid van slachtoffers wordt misbruikt'.⁸³ Onder andere worden in de parlementaire stukken genoemd handicap, waaronder vermoedelijk geestelijke en lichamelijke handicap worden verstaan, maatschappelijke status waarbij moet worden gedacht aan sociaal zwakkeren in de samenleving en seksuele oriëntatie en genderidentiteit. De begrippen worden verder niet uitgewerkt, behalve dat met betrekking tot sociaal zwakkeren in de samenleving expliciet wordt verwezen naar daklozen.⁸⁴

De wetgever is van oordeel dat de ingevoegde motieven slechts strafverzwarend kunnen worden meegewogen.⁸⁵ Daarmee lijkt de wetgever af te wijken van de bestaande systematiek waarin de in § 46 Abs. 2 StBG genoemde omstandigheden neutraal zijn geformuleerd. Dat wil zeggen dat het aan de

82 BT-Drs. 18/3007, p. 14-15. Zie over PMK paragraaf 6.4.2.

83 BT-Drs. 18/3007, p. 15. Vertaling van 'die vermeintliche Andersartigkeit einer Personengruppe als Rechtfertigung für die Negierung der Menschenrechte und die Verletzung der Menschenwürde der Opfer missbraucht wird'.

84 BT-Drs. 18/3007, p. 15.

85 BT-Drs. 18/3007, p. 15.

rechter is overgelaten om de omstandigheden als strafverzwarend of -verzachtend mee te wegen.⁸⁶ De wetgever meent echter met de toevoeging de wets-systematiek geen geweld te hebben aangedaan. Vooreerst geldt de eis van strafverzwaring alleen voor deze motieven, niet voor andere motieven. Daarnaast wordt geen verandering gebracht aan de eerste zin van § 46 Abs. 2 StBG. Dat betekent dat het strafverzwarende mensminachtende motief nog altijd moet worden afgewogen tegenover andere (ook strafverzachtende) omstandigheden. Tot slot bevestigt de wetgever het *Doppelverwertungsverbot* (§ 46 Abs. 3 StBG): wanneer het mensminachtende motief al bij het bewijs en kwalificatie van het feit is betrokken kan het niet nogmaals bij de straftoemeting worden meegewogen.⁸⁷

De toevoeging van de woorden '*rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende*' is volgens de wetgever een bevestiging van staande rechtspraak. Daarover kunnen twee opmerkingen worden gemaakt. Ten eerste bood het geldend recht de rechter inderdaad reeds de mogelijkheid om met een mensminachtend motief rekening te houden. Een dergelijk motief kon al bij diverse in § 46 Abs. 2 StBG genoemde omstandigheden worden ondergebracht.⁸⁸ Het rapport van de parlementaire onderzoekscommissie over de NSU-moorden indachtig, lijkt het er echter op dat het mensminachtend motief niet, althans te weinig, expliciet door de rechter in zijn straftoemetingsoordeel werd betrokken. Misschien is het beter om te zeggen dat de rechter de kans niet kreeg om het in zijn oordeel te betrekken, omdat noch de politie, noch de openbaar aanklager een al te grote gevoeligheid voor dit motief (en dan met name het racistische en xenofobe motief) aan de dag legde,⁸⁹ terwijl het *Bundesgerichtshof* zich over de materie nog niet had uitgelaten, hoewel het daartoe wel bevoegd is.⁹⁰ Als gevolg daarvan ontbrak het in concrete zaken aan bewijs voor dit motief en kon de rechter het niet in zijn oordeel betrekken. Door het opnemen van het motief in de wet, beweegt de wetgever ook de politie en de openbaar aanklager ertoe op mensminachtende motieven meer alert te zijn en daarnaar onderzoek te doen en bewijs te vergaren dat vervolgens door de rechter in de straftoemeting kan worden meegenomen.⁹¹ De woorden '*besonders auch*' benadrukken dat wanneer het mensminachtende motief kan worden aangetoond, de rechter dat bij de straftoemeting betreft. Bijkomend gevolg is dat de rechter, wanneer hij het motief aanneemt, dat in zijn mondelinge uitspraak mag benoemen, terwijl hij dat nu enkel in het schriftelijk oordeel tot uitdrukking mag brengen.⁹²

86 *Leipziger Kommentar* 2020, aant. 61 bij § 46; Schönke/Schröder 2019, aant. 10 bij § 46.

87 BT-Drs. 18/3007, p. 15-16.

88 Hörnle 2014, p. C94-95.

89 Dit beeld vindt bevestiging in Duitse literatuur, zie Stoltenberg, *ZRP* 2012, p. 122.

90 Zie paragraaf 6.2.1.

91 *Leipziger Kommentar* 2020, aant. 77 bij § 46.

92 Serafin 2019, p. 35.

Tevens is vermeldenswaardig dat een mensminachtend motief niet alleen bij de straftoemeting van belang kan zijn. Ook bij het bewijs en de kwalificatie van een feit kan een dergelijk motief een rol spelen. We wezen daar reeds op in paragraaf 6.2.3 met betrekking tot doodslag. Ook voor het bewijs van moord geldt dat een mensminachtend motief daarbij relevant kan zijn. Als pleger van moord kan iemand worden veroordeeld wanneer deze onder andere '*aus niedrigen Beweggründen*' een mens doodt (§ 211 Abs. 2 StBG). Daarvan is sprake indien het motief om te doden als uitermate verachtelijk moet worden beschouwd. Iemand bijvoorbeeld van het leven beroven wegens haat jegens vreemdelingen of wegens rassenhaat, is dat een reden om aan te nemen dat de dader iemand '*aus niedrigen Beweggründen*' heeft gedood.⁹³

Het gebruik van een dergelijk motief kan er in bepaalde gevallen aan in de weg staan er bij de straftoemeting rekening mee te houden (§ 46 Abs. 3 StBG). Toevoeging van het mensminachtende motief heeft aan die situatie geen verandering gebracht. Voor de straftoemeting hoeft dit geen gevolgen te hebben, in zoverre dat het mensminachtende motief in de straftoemeting wel een rol speelt. Die rol kan dus verschillend zijn.

Is het mensminachtende motief van invloed op de kwalificatie van het delict, dan kan een hoger strafmaximum in beeld zijn en de rechter dus een hogere straf opleggen. Is dat motief niet van invloed op de kwalificatie, dan kan de rechter het mensminachtende motief slechts binnen het op het delict toepasselijke strafmaximum (en -minimum) bij het bepalen van de straf betrekken. Van invloed op het strafmaximum of (-minimum) door het motief kan in directe en indirecte zin sprake zijn. Directe invloed is er wanneer een motief in de strafbaarstelling tot uitdrukking wordt gebracht, zoals bij moord (§ 211 StBG) en verzwaarde doodslag (§ 212 Abs. 2 StBG). Indirecte invloed is aanwezig wanneer als gevolg van het mensminachtende motief bepaalde middelen worden ingezet of handelingen worden begaan die tot een andere kwalificatie leiden. Zo is bijvoorbeeld denkbaar dat het motief de dader ertoe bracht een ander te mishandelen met behulp van wapens of andere gevaarlijke werktuigen. Dat is strafbaar gesteld in § 224 Abs. 1, Nr. 2 StBG en wordt met een hogere straf bedreigd dan eenvoudige mishandeling (§ 223 StBG).⁹⁴ Dat het motief hier slechts indirect een rol speelt in de kwalificatie, betekent dat het bij de straftoemeting afzonderlijk door de rechter kan worden meegenomen.

Het mensminachtende motief in § 46 Abs. 2 StBG kan in beginsel bij alle strafbare feiten worden toegepast, tenzij het motief dus reeds een rol speelde bij de kwalificatie van het feit. Dat betekent dat het ook een rol kan spelen bij eenvoudige belediging, dat volgens rechtspraak ook groepsbelediging omvat

⁹³ Serafin 2019, p. 31-32; Krupna 2010, p. 83-86.

⁹⁴ Krupna 2009, p. 92-93.

(§ 185 StBG),⁹⁵ en bij de strafbaarstelling van het aanzetten tot haat of geweld (*Volksverhetzung*, § 130 StBG).⁹⁶

De nieuwe regeling is over algemeen negatief ontvangen. De Duitse rechtersbond kon zich weliswaar vinden in de redenen om de wet te wijzigen, minder was men te spreken over de inhoud van het voorstel. In het bijzonder werd geklaagd dat de zware bewijsstandaard gehandhaafd bleef, hetgeen tot bewijsproblemen kan leiden.⁹⁷ De Duitse advocatenvereniging noemde het wetsvoorstel symboolwetgeving, omdat ook op basis van het geldend recht een mensminachtend motief als strafverzwarende omstandigheid door de rechter wordt meegewogen. Tevens stelde de vereniging dat het benadrukken van strafverzwarende omstandigheden het gevaar van 'een louter moraliserende (en daarmee juridisch onjuiste) straftoemeting' met zich brengt.⁹⁸ Ook de Duitse literatuur is kritisch. Tijdens de 70^e Duitse juristendag vatte preadviseur Hörnle de ook in andere literatuur naar voren gebrachte twijfels samen. Ten eerste is niet gezegd dat rechters en openbaar aanklagers geen rekening willen houden met een mensminachtend motief wanneer een dergelijk motief hen wordt aangedragen. Ten tweede eist het Kaderbesluit 2008/913/JBZ niet dat een dergelijk motief in de wet moet worden opgenomen. Ten derde wijst het wetsvoorstel op een tendens tot moralisering en *Gesinnungsstrafrecht*. In een rechtsstaat mag de rechter zich niet bedienen van moralistische argumenten bij het bepalen van de straf. De rechter dient bij het bepalen van de straf de mate van onrecht en schuld voorop te stellen. Ten vierde wijst de preadviseur erop dat in het bestaande straftoemetingsrecht voldoende mogelijkheden bestaan om het mensminachtende motief als verzwarende omstandigheid mee te wegen wanneer dit motief de mate van onrecht en schuld beïnvloedt.⁹⁹

Deze kritiek wordt in de literatuur gerelativeerd. Hoewel apart in de wet vermeldt, zijn aan het mensminachtende motief geen verdere bijzonderheden verbonden. Ten eerste is het maar één van de mee te wegen omstandigheden en nergens blijkt uit dat geen rekening wordt gehouden met de mate van onrecht en schuld wanneer het mensminachtende motief bij het bepalen van de straf wordt meegewogen. Ten tweede wordt met het opnemen van dit motief in de wet het belang van een daadwerkelijke bestrijding van discriminatie onderkend. De NSU-moorden (en andere zaken) lieten juist zien dat het

⁹⁵ Zie over dat laatste Krupna 2009, p. 98-99.

⁹⁶ Schönke/Schröder 2019, aant. 28 bij § 130.

⁹⁷ Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung von Empfehlungen des NSU-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages, juli 2014, nr. 13/14.

⁹⁸ Vertaling van 'einer bloß moralisierenden (und damit rechtsfehlerhaften) Strafzumessung'. Zie Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung von Empfehlungen des NSU Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages, augustus 2014, nr. 44/2014, p. 9.

⁹⁹ Hörnle 2014, p. C96-97. Vgl. *Leipziger Kommentar* 2020, aant. 78; Schönke/Schröder 2019, aant. 15a. Zie ook Serafin 2019, p. 58-63.

schortte aan het betrekken van het mensminachtende motief bij het bepalen van de straf. Tegelijkertijd maakt het gebrek aan aandacht voor het discriminatoire motief het opnemen van een dergelijk motief in de wet kwetsbaar. Hoewel de wetgever met het opnemen van het mensminachtende motief ook beoogt de aandacht daarvoor in de (rechts)praktijk te vergroten, is niet gezegd dat die aandacht daadwerkelijk groter zal worden, wanneer het enkel bij een wetswijziging blijft. Het blijft mogelijk om het motief *niet* bij de straftoemingsbeslissing te betrekken.¹⁰⁰

6.4 DE TOEPASSING VAN DE VERZWARENDE OMSTANDIGHEID IN DE (RECHTS)-PRAKTIJK

6.4.1 Inleidende opmerkingen

Doordrongen van zijn verantwoordelijkheid voor het lot van miljoenen mensen voor en tijdens de Tweede Wereldoorlog, bestaat in Duitsland een sterk gevoel dat het zich moet inspannen om racisme en andere vormen van discriminatie tegen te gaan. Tegelijkertijd wordt Duitsland reeds vóór maar vooral na de Wiedervereeniging geconfronteerd met een toename van wat sociale vijandigheid wordt genoemd, met name richting moslims, maar ook gericht op andere minderheidsgroepen,¹⁰¹ waaronder in het bijzonder joden.¹⁰² Meest zichtbaar blijkt dat uit de recente opkomst van PEGIDA (*Patriotische Europäer gegen die Islamisierung des Abendlandes*) en de politieke partij *Alternative für Deutschland*. Vooral in het oosten van Duitsland (de voormalige Duitse Democratische Republiek) hebben zij aanhang gekregen.

Duitsland heeft zijn antidiscriminatiebeleid in 2017 gebundeld in een nationaal actieplan tegen racisme (*Nationaler Aktionsplan gegen Rasismus*). Het plan benoemt een zestal discriminatiegronden (racisme, anti-Roma en -Sinti (*Antiziganismus*), islamofobie, racisme op basis van huidskleur, homo- en transfobie en overige gronden, waarbij met name wordt bedoeld op discriminatie wegens vluchtelingenstatus).¹⁰³ Deze gronden staan niet op zichzelf, maar staan naast elkaar en beïnvloeden en versterken elkaar (*Intersektionalität*). In het actieplan wordt een aantal speerpunten geformuleerd. Eén daarvan luidt: 'Bescherming tegen discriminatie en bestraffing van strafbare feiten' (*Schutz vor Diskriminierung*).

100 'Eine Nichtanwendung der neuen Strafzumessungsumstände könne mit zu niedrigen Strafen verbunden werden. Dadurch könnte die erwünschte Signalwirkung des Gesetzes nicht nur ausbleiben, sondern sich sogar ins Gegenteil verkehren, wenn der Eindruck entstünde, die gesetzliche Regel wurde nicht angewandt, und dies führe zu niedrigen Strafen.' Zie Serafin 2019, p. 59.

101 ECRI report on Germany 2019, p. 17.

102 BT-Drs. 19/444.

103 *Nationaler Aktionsplan gegen Rasismus* 2017, p. 11-12.

runge und Ahndung von Straftaten).¹⁰⁴ Die bescherming wordt geconcretiseerd door onder andere § 46 Abs. 2 StBG, beleid van zowel de politie als het Openbaar Ministerie en door het bieden van ondersteuning aan slachtoffers.

Het noemen van de strafverzwarende omstandigheden in § 46 Abs. 2 StBG wordt ook in andere bronnen genoemd als belangrijk onderdeel in de strijd tegen discriminatie en het gebruik van het strafrecht daarbinnen.¹⁰⁵ Het lijkt erop dat voorstanders van de wetswijziging veel daarvan verwachtten, in die zin dat zij meenden of hoopten dat de (rechts)praktijk meer doordrongen zou raken van het belang om met behulp van het strafrecht discriminatie aan te pakken. De omstandigheid dat een wettelijke regeling werd getroffen, zou – met de aanpassing van enkele beleidsregels – een voldoende krachtig signaal zijn richting de strafrechtspleging om discriminatie effectiever aan te pakken.

Hoewel de speerpunten op nationaal niveau worden benoemd, wordt in het actieplan ook aangegeven dat het prioriteren van vervolging van strafbare feiten met een mensminachtende motief een zaak is van de deelstaten.¹⁰⁶ In Duitsland geldt op grond van § 152 StPO dat vervolging verplicht is voor zover voldoende feitelijke aanknopingspunten (*tatsächliche Anhaltspunkte*) aanwezig zijn.¹⁰⁷ Dat neemt niet weg dat in het beleid van sommige deelstaten soms meer nadruk wordt gelegd op het belang van vervolging dan in andere deelstaten. In het Integrationskonzept für Rheinland-Pfalz 2017 wordt bijvoorbeeld uitdrukkelijk bepaald dat strafbare feiten met een mensminachtende motief vervolgd worden.¹⁰⁸ Een dergelijke opmerking lezen we niet in het Integrationskonzept für Hamburg 2017. Op de website van het Nedersaksische Ministerie van Binnenlandse Zaken en Sport wordt gemeld dat de politie ‘konsequent’ optreedt tegen rechtsextremisme, vreemdelingenhaat, racisme en andere vormen van mensminachting.¹⁰⁹ De Minister van Binnenlandse Zaken van de deelstaat (Freistaat) Thüringen gaf in antwoord op vragen van het Thüringer parlement (*Thüringer Landtag*) aan dat rechters en leden van het *Staatsanwaltschaft* worden bijgeschoold op het terrein van haatcriminaliteit.¹¹⁰ In de deelstaat Saksen-Anhalt wordt het parlement geregeld op de hoogte gehouden van de registratie van haatcriminaliteit.¹¹¹ Één en ander lijkt erop neer te komen dat de ene deelstaat in zijn beleid een grotere voortvarendheid

104 *Nationaler Aktionsplan gegen Rasismus* 2017, p. 18.

105 Cremer 2014; Antidiskriminierungsstelle des Bundes z.j.; Liebscher 2019. Zie ook Concluding observations on the combined nineteenth to twenty-second periodic reports of Germany, CERD/C/DEU/CO/19-22, paragraaf 4(a).

106 *Nationaler Aktionsplan gegen Rasismus* 2017, p. 18.

107 De wet kent op die vervolgingsverplichting de nodige uitzonderingen. Zie § 153 e.v. StPO.

108 Integrationskonzept für Rheinland-Pfalz 2017, p. 10, 26.

109 www.mi.niedersachsen.de/startseite/themen/innere_sicherheit/polizei_niedersachsen/kriminalitatsbekämpfung/rechtsextremismus/bekaempfung-des-rechtsextremismus-60522.html (bekeken op 19 juni 2020).

110 Thüringer Landtag, Drs. 7/592, p. 3-5.

111 Recent zelfs op maandelijks basis, zie bijvoorbeeld Landtag von Sachsen-Anhalt, Drs. 7/6335.

aan de dag legt ten aanzien van het strafrechtelijk aanpakken van strafbare feiten met een discriminatoir motief dan de andere deelstaat. Tegelijkertijd meent het nationale antidiscriminatiebureau (*Antidiskriminierungsstelle des Bundes*) dat in geval aanwijzingen bestaan van haatcriminaliteit geen vereenvoudigde procedure als bedoeld in § 153 en volgende StPO mag worden gevolgd. De zaak moet voor de rechter worden gebracht en deze moet over schuld en straf beslissen.¹¹²

6.4.2 Enkele cijfers over strafbare feiten gepleegd met mensminachtend motief

De politie verzamelt op Bondsniveau al enkele decennia gegevens over haatcriminaliteit. Haatcriminaliteit wordt voorgesteld als onderdeel van politiek gemotiveerde criminaliteit (*politisch motivierte Kriminalität* of PMK).¹¹³ Binnen het thema haatcriminaliteit¹¹⁴ wordt een aantal subthema's onderscheiden die direct zichtbaar maken welke onderwerpen bij de politie in het bijzonder in de belangstelling staan: antisemitisme, anti-Roma (*Antiziganistisch*), xenofobie, (lichamelijke en verstandelijke) beperking (*Behinderung*), antichristenen, anti-vreemdelingen, islamofobie, racisme, overige etnische gebondenheid (*Sonstige ethnische Zugehörigkeit*), overige religieuzen en seksuele oriëntatie.¹¹⁵ In 2019 werd vijandigheid jegens Duitsers (*Deutschfeindlichkeit*) als nieuw subthema toegevoegd.

112 *Antidiskriminierungsstelle des Bundes* zonder jaartal, p. 21. In hoeverre deze wens ook werkelijk is, is ons niet duidelijk geworden. Het is bekend dat informele vonnisafspraken (*Verständigung*) plaatsvinden. Die praktijk zou van invloed kunnen zijn op het meenemen van het discriminatoire motief in een strafzaak.

113 Serafin 2019, p. 20-23.

114 Door het Bundeskriminalamt als volgt omschreven: Haatcriminaliteit is een vorm van politiek gemotiveerde criminaliteit, die begaan wordt op basis van bepaalde vooroordelen, die blijken uit de omstandigheden waaronder het strafbare feit is begaan of de zichtbaar geworden vooroordelen van de dader met betrekking tot nationaliteit, etniciteit, huidskleur, religie, sociale status, lichamelijke en/of geestelijke handicap of beperking, geslacht/seksuele identiteit, seksuele oriëntatie. Bij de beoordeling van de omstandigheden waaronder het feit is begaan wordt ook rekening gehouden met het perspectief van het slachtoffer. Vertaling van 'Hasskriminalität bezeichnet politisch motivierte Straftaten, wenn in Würdigung der Umstände der Tat und/oder der Einstellung des Täters Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sie aufgrund von Vorurteilen des Täters bezogen auf: Nationalität, ethnische Zugehörigkeit, Hautfarbe, Religionszugehörigkeit, sozialen Status, physische und/oder psychische Behinderung oder Beeinträchtigung, Geschlecht/sexuelle Identität, sexuelle Orientierung, äußeres Erscheinungsbild begangen werden. Bei der Würdigung der Umstände der Tat ist neben anderen Aspekten auch die Sicht der/des Betroffenen mit einzubeziehen.' (www.bka.de/DE/UnsereAufgaben/Deliktsbereiche/PMK/PMKrechts/PMKrechts_node.html, bekeken op 19 juni 2020).

115 *Nationaler Aktionsplan gegen Rasismus* 2017, p. 19. Ook zijn subthema's aangemaakt voor politiek gemotiveerde strafbare feiten tegen asielzoekers en vluchtelingen, tegen hulporganisaties en vrijwilligers, tussen asielzoekers en vluchtelingen, tegen ambtsdragers en tegen de media (p. 20).

De politie registreert politiek gemotiveerde criminaliteit in een vijftal fenomenen of categorieën: *PMK-rechts*, *PMK-links*, *PMK-ausländische Ideologie*, *PMK-religiöse Ideologie* en *PMK-nicht zuzuordnen*. Strafbare feiten die worden gecategoriseerd onder *PMK-rechts* worden onder meer gemotiveerd door ‘völkischen Nationalismus, Rassismus, Sozialdarwinismus oder Nationalsozialismus’.¹¹⁶ *PMK-links* verwijst naar anarchisme en communisme. *PMK-ausländische Ideologie* verwijst naar een uit het buitenland stammende niet-religieuze ideologie.¹¹⁷ De laatste categorie (*PMK-nicht zuzuordnen*) omvat ook niet-politiek gemotiveerde haatcriminaliteit, alsmede de politiek gemotiveerde criminaliteit die met meer dan één motief is begaan (bijvoorbeeld rechts en religieuze ideologie). De discriminatiegrond (geloof, handicap, etniciteit en dergelijke) wordt in de registratie telkens aan een bepaald fenomeen gekoppeld.

Onlangs verscheen het jaarverslag van door de politie in heel Duitsland geregistreerde politiek gemotiveerde haatcriminaliteit in het jaar 2019.¹¹⁸ Het aantal geregistreerde strafbare feiten dat valt binnen het thema haatcriminaliteit nam in 2019 met bijna 6% toe. Uitgesplitst naar discriminatiegrond is met name het aantal strafbare feiten met antisemitisch motief toegenomen. Een toename wordt ook gemeld van strafbare feiten met een xenofob en een islamofob motief. Afgezien van strafbare feiten die zijn ingegeven door vijandigheid richting Duitsers, worden in het jaarverslag over 2019 geen andere motieven genoemd.¹¹⁹ De overgrote meerderheid van de geregistreerde haatcriminaliteit valt onder het fenomeen *PMK-rechts*, op grote afstand gevolgd door *PMK-ausländische Ideologie* en *PMK-religiöse Ideologie*. Het jaarverslag vermeldt met betrekking tot *PMK-links* alleen welke strafbare feiten werden gepleegd, maar splitst dit niet uit naar discriminatiegronden. Bij de discriminatiegrond vreemdelingenhaat (*Ausländerfeindlich*) lezen we dat meer dan 3700 strafbare feiten werden gemeld, waarvan ruim 500 geweldsdelicten. Van de 132 *Deutschfeindliche* delicten waren 22 geweldsdelicten. Een aparte categorie in het jaarverslag zijn de strafbare feiten tegen asielzoekerscentra. Van de 126 gemelde delicten waren 14 geweldsdelicten, zowel mishandelingen als brandstichtingen. Alle geweldsdelicten vielen onder het fenomeen *PMK-rechts*.¹²⁰

116 Sociaaldarwinisme is een stroming die aan de hand van een bepaalde (onjuiste) interpretatie van de theorie van Charles Darwin uitgaat van het bestaan van sterke en zwakke (en bijgevolg maatschappelijk schadelijke) groepen in een samenleving, veelal gebaseerd op uiterlijke kenmerken en eigenschappen.

117 *Definitionssystem Politisch Motivierte Kriminalität* 2016, p. 9-10. T.a.v. *PMK-ausländische Ideologie* gaat het bijvoorbeeld om strafbare feiten tegen Turkse bedrijven en instellingen in Duitsland als gevolg van maatregelen van de Turkse regering, bijvoorbeeld tegen Koerden (in Syrië). Ook geweld, verband houdend met het conflict tussen Israël en de Palestijnen, valt onder deze categorie (www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2019/05/pmk-2018.html) (bekeken op 19 juni 2020).

118 *Politisch motivierte Kriminalität im Jahr 2019. Bundesweite Fallzahlen* 2020, p. 5-7.

119 Zie over Antiziganistisch, islamfeindliche en christenfeindliche gemotiveerde strafbare feiten *Politisch motivierte Kriminalität im Jahr 2018. Bundesweite Fallzahlen* 2019, p. 6.

120 *Politisch motivierte Kriminalität im Jahr 2019. Bundesweite Fallzahlen* 2020, p. 7.

Het samenwerkingsverband van bureaus slachtofferhulp (*Verband der Beratungsstellen für Betroffene Rechte, Rassistischer und Antisemitische Gewalt*) rapporteerde in 2020 over in 2019 gepleegde typen en aantallen strafbare feiten met een rechtsextremistisch, racistisch en antisemitisch motief.¹²¹ Drie personen werden slachtoffer van dodelijk geweld, twintig van zware mishandeling of poging tot doodslag, 380 van gevaarlijke mishandeling (§ 224 StBG: mishandeling, onder andere door gebruik te maken van een wapen, in vereniging en door levensgevaar te veroorzaken), 672 van eenvoudige mishandeling, 197 van dwang en bedreiging, 40 van vernieling, 11 van brandstichting en 25 van overige geweldsdelicten (onder andere roof en openlijke geweldpleging (*Landfriedensbruch*) (§ 125 StBG)). De aantallen betreffen meldingen, gedaan bij de diverse Beratungsstellen für Betroffene. In 2018 registreerde de politie 871 gevallen van rechts, racistisch en antisemitisch geweld, de Beratungsstellen registreerden er 1495. De Bondsregering wijst erop dat de verschillen in ieder geval te maken hebben met verschillende definities: de politie registreert alleen strafbare feiten, de Beratungsstellen registreren ook feiten die niet strafbaar zijn. Tevens wordt aangegeven dat slachtoffers eerder naar de bureaus slachtofferhulp stappen dan naar de politie. Daarvoor wordt geen verklaring gegeven.¹²² De Beratungsstellen zien grote verschillen tussen de deelstaten; in de voormalige DDR ligt het aantal geweldsdelicten per honderdduizend inwoners veel hoger dan in het voormalige West-Duitsland. Ook ECRI wijst erop dat strafbare feiten met discriminatoir motief zich met name in het oosten van Duitsland manifesteren.¹²³

Opvallende afwezigheid tot nu toe is haatcriminaliteit in verband met seksuele oriëntatie. Cijfers hierover zijn wat minder eenvoudig te vinden. Over het eerste halfjaar van 2016 registreerde de politie van Berlijn 49 gevallen van haatcriminaliteit in verband met seksuele oriëntatie.¹²⁴ In Berlijn heeft de politie bijzondere aandacht voor deze vorm van haatcriminaliteit met speciale functionarissen die contacten onderhouden met de LHBT-gemeenschap. In 2018 werden in geheel Duitsland tenminste 300 gevallen door de politie geregistreerd en 161 personen van deze vorm van haatcriminaliteit als verdachte aangemerkt.¹²⁵ In hoeverre deze verdachten zijn vervolgd, voor welke feiten en of zij zijn bestraft, konden wij niet achterhalen.

Door de politie geregistreerde haatcriminaliteit komt slechts ten dele bij de rechter terecht voor een volledig inhoudelijke behandeling. In de ene deelstaat is dat overigens meer het geval dan in de andere deelstaat.¹²⁶ Recente

121 www.verband-brg.de/jahresbilanz-rechte_gewalt-2019-der-opferberatungsstellen/ (bekeken op 21 juni 2020).

122 BT-Drs. 19/15740, p. 62.

123 ECRI report on Germany 2019, p. 24.

124 Klocke 2018, p. 291.

125 www.spiegel.de/panorama/justiz/hasskriminalitaet-gegen-lesben-schwule-und-transgender-300-faelle-im-jahr-2017-a-1193096.html (bekeken op 24 juni 2020).

126 Serafin 2019, p. 27.

informatie over hoe haatcriminaliteit strafrechtelijk vond afgedaan vonden we met betrekking tot de deelstaat Thüringen.¹²⁷ In 2019 werden 330 gevallen van haatcriminaliteit door de Thüringer politie geregistreerd. In bijna de helft van de gevallen (154) ging het om *Volksverhetzung*. Andere gevallen waren belediging (42), bedreiging (17), verschillende vormen van mishandeling (32) en verschillende vormen van vernieling (33). In 2019 waren 516 zaken van haatcriminaliteit bij het Openbaar Ministerie bekend. Daarvan werden bijna 300 zaken zonder gevolg afgedaan (§ 170, Abs. 2 StPO) en 43 zaken werden afgedaan op grond van § 153 en volgende StPO (buitenvervolginstelling met het opleggen van een bepaalde straf). In 58 gevallen volgde een gerechtelijke veroordeling met oplegging van straf: 43 keer geldstraf en 15 keer vrijheidsstraf. De opgelegde vrijheidsstraf bedroeg nooit meer dan één jaar. Voor welke feiten deze straffen werden opgelegd en welke feiten op andere wijze werden afgedaan, wordt niet duidelijk gemaakt. Of de rechter bij de straftoemeting gebruik maakte van het mensminachtende motief, kan uit het geboden overzicht evenmin worden afgeleid.

Voor zover zaken bij de rechter komen, is niet gezegd dat deze in staat is zich een oordeel te vormen over het motief dat aan de daad ten grondslag ligt. Weliswaar is de rechter verplicht 'te onderzoeken of er een causale samenhang bestaat tussen de handeling en de identiteit van het slachtoffer',¹²⁸ het vaststellen daarvan is niet eenvoudig. Een motief zal niet snel objectief en eenduidig tot uitdrukking ('*objectiv und eindeutig zum Ausdruck*') komen, terwijl de verdachte zich vermoedelijk niet over het motief zal uitlaten, wetende dat (al dan niet na consultatie van zijn raadsman of -vrouw) dit motief een strafverzwarende omstandigheid is. Daarbij speelt mee dat het Duitse strafrecht als daadstrafrecht wordt voorgesteld: bij de bestrafing staat centraal het door de daad schenden van een rechtsgoed.¹²⁹ Criminologisch onderzoek zou laten zien dat bijna twee derde van de zaken die de politie als haatcriminaliteit typeerde in een veroordeling eindigde. Ander onderzoek zou uitwijzen dat in slechts 12% van de gevallen naar het mensminachtende motief in het vonnis wordt verwezen.¹³⁰ Overigens gaat het hier om onderzoeken naar de situatie van vóór de wetswijziging. Ons is geen (evaluatie)onderzoek naar het gebruik van het wettelijk verankerde mensminachtende motief bekend.¹³¹

127 Landtag Thüringen, Drs. 7/592, p. 3.

128 Vertaling van 'zu untersuchen, ob es einen kausalen Zusammenhang zwischen der Tathandlung und dem Identitätsmerkmal des Opfers gibt'. Serafin 2019, p. 28.

129 Het belang van de beweegredenen, het motief of de gezindte bij de straftoemeting wordt hier kleiner voorgesteld dan door andere auteurs. Bij de straftoemeting speelt de mate van schuld bij hen juist een grote rol. Zie Heintschel-Heinegg 2020, aant. 32-33 bij § 46.

130 Serafin 2019, p. 29.

131 Dergelijk onderzoek wordt wel bepleit. Zie Cremer 2017.

6.4.3 Strafvorderlijk beleid

Er is enig wetenschappelijk onderzoek gedaan naar strafrechtelijk onderzoek door de politie naar zaken met een discriminatoir motief.¹³² Ook hier gaat het om onderzoek vóór de invoering van de wettelijke regeling. Uit dossieronderzoek bij de politie in de deelstaat (*Land*) Baden-Württemberg bleek dat slachtoffers nauwelijks bereid waren uitspraken te doen over het motief voor het strafbare feit. Ook verdachten laten zelden iets over het motief los. Het is de politie die op basis van de omstandigheden van het geval beoordeelt of een daad met een discriminatoir motief is begaan. Met een dergelijk motief begane strafbare feiten worden inmiddels in sommige deelstaten behandeld door een speciale afdeling (*Staatsschutzabteilung*) van de politie.¹³³ Alvorens een zaak aldaar terecht komt, wordt door de behandelend politieambtenaar een inschatting gemaakt van de achtergrond van de daad op basis van een slachtoffertypering (geslacht, leeftijd, sociale status, vreemdelingenstatus, en dergelijke), die los staat van de definitie van haatcriminaliteit als onderdeel van politiek gemotiveerde criminaliteit. Die typering kan inzage geven in het motief, dat hoeft echter niet. Het motief kan ook veel later tijdens het strafproces naar boven komen drijven. In de dossiers die door de politie naar het *Staatsanwaltschaft* wordt gezonden (*Abschlussbericht*) wordt zelden iets over het motief opgemerkt. ECRI is daar minder gelukkig mee. Daarnaast meldt ECRI dat het strafrechtelijk onderzoek soms traag verloopt en ervaren onderzoekers soms voortijdig worden weggehaald van het onderzoek. ECRI geeft daarvoor geen verklaring. Mogelijk ligt een algemeen gebrek aan capaciteit of een gebrek aan voldoende gespecialiseerde politiemensen hieraan ten grondslag. Ook wordt door ECRI opgemerkt dat asielzoekers het land worden uitgezet voordat ze in een strafzaak kunnen getuigen over de aanwezigheid van een discriminatoir motief.¹³⁴

Op de invoering van § 46 Abs. 2 StBG volgde wijziging van het beleid van de politie en het Openbaar Ministerie. In het dienstvoorschrift van de politie 100 (*Polizeidienstvorschrift 100*) wordt expliciet vermeld dat onderzoek moet worden gedaan naar racistische, xenofobe en mensminachtende 'en andere politiek gemotiveerde achtergronden' en van dat onderzoek verslag moet worden opgemaakt nr. 2.2.5. In de strafforderingsrichtlijnen van het Openbaar Ministerie (*Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren*) wordt drie keer verwezen naar het racistische, xenofobe of anderszins mensminachtende motief. In nr. 5 wordt, in verband met het gestelde in § 160 Abs. 3 StPO, geëist dat dat tijdens het voorbereidend onderzoek duidelijkheid moet worden verkregen

¹³² Samengevat in Serafin 2019, p. 26-28.

¹³³ ECRI report on Germany 2019, p. 25: Beieren, Berlijn, Brandenburg, Bremen, Mecklenburg-Voor-Pommeren, Rijnland-Palts, Saksen-Anhalt, Sleeswijk-Holstein en Thüringen.

¹³⁴ ECRI report on Germany 2019, p. 25.

van alle omstandigheden die voor de straftoemeting van betekenis kunnen zijn. In nr. 5, punt 5 wordt expliciet vermeld dat wanneer er aanwijzingen zijn voor racistische, xenofobe of andere mensminachtende motieven, het onderzoek zich ook daarop dient te richten. Ook in nr. 86 wordt naar deze motieven verwezen. Het gaat dan om de vraag of een strafzaak door het Openbaar Ministerie of door middel van '*Privatklage*' vervolgd kan worden.¹³⁵ In zaken waarin een racistisch, xenofob of andere mensminachtend motief aanwezig kan worden geacht, bestaat een publiek belang en is het aan het Openbaar Ministerie om te vervolgen. Een publiek belang voor vervolging door het Openbaar Ministerie wanneer sprake is van een mensminachtend motief wordt in nr. 234 expliciet genoemd ten aanzien van eenvoudige mishandeling (§ 230 Abs. 1 Satz 1 StBG).¹³⁶

Wijziging van § 46 Abs. 2 StBG had tot doel politie, Openbaar Ministerie en rechter ervan te doordringen dat zij aandacht moesten besteden aan het discriminatoire motief in strafzaken. Met de gewijzigde beleidsregels werd getracht het daadwerkelijk bereiken van dat doel te vergroten.¹³⁷ Zien wij het goed, dan is nooit onderzocht of de wets- en beleidswijzigingen aan het bereiken van dat doel een bijdrage hebben geleverd. Indien we ECRI volgen, is er nog een wereld te winnen. Dat lijkt ook het Berlijnse Openbaar Ministerie te onderkennen. Dat besloot begin 2020 een afdeling haatcriminaliteit (*Zentralstelle Hasskriminalität*) in het leven te roepen. Aanleiding daarvoor waren de aanslagen in Hanau en Halle. In Hanau werden tien mensen gedood, in Halle werd een geprobeerd een aanslag te plegen op een synagoge. In beide gevallen zou sprake zijn geweest van een rechtsextremistisch motief (tegen migranten, respectievelijk joden). De Zentralstelle moet de effectiviteit van het optreden tegen haatcriminaliteit vergroten. Daarbij wordt aangesloten bij positieve ervaringen die het Berlijnse Openbaar Ministerie heeft opgedaan met een aanspreekpunt voor haatcriminaliteit tegen de LHBT-gemeenschap.¹³⁸ Andere deelstaten hebben vergelijkbare initiatieven genomen, met name om haatcriminaliteit op internet beter te kunnen aanpakken.¹³⁹

135 *Privatklage* is mogelijk bij sommige delicten (*Privatklagedelicten*). Bij deze delicten is vervolging mogelijk zonder tussenkomst van het *Staatsanwaltschaft*. Het gaat dan onder andere om huisvredebreuk, belediging, vernieling en mishandeling (§ 374 StPO).

136 Liebscher voegt daar belediging, bedreiging en vernieling aan toe (2019, p. 5).

137 Cremer 2017.

138 www.berlin.de/sen/justva/presse/pressemitteilungen/2020/pressemitteilung.905172.php (bekeken op 22 juni 2020).

139 Ziebijvoorbeeld www.ndr.de/nachrichten/niedersachsen/braunschweig_harz_goettingen/Hass-im-Netz-Niedersachsens-Justiz-ruestet-auf,hass174.html (bekeken op 24 juni 2020).

6.4.4 Het mensminachtende motief in de rechtspraak

In Duitsland ontbreekt het aan een landelijke databank voor de rechtspraak. Elke deelstaat heeft zijn eigen databank. Sommige daarvan lijken op elkaar (ook qua lay-out), andere weer niet. Het is moeilijk te beoordelen welke uitspraken in de databank worden opgenomen en welke niet en waarom, in hoeverre daarvoor (landelijke) richtlijnen zijn opgesteld, enzovoorts. Daar komt bij dat de wet het mogelijk maakt dat een schriftelijke uitspraak pas enige tijd na de mogelijke uitspraak tot stand komt (§ 275 Abs. 1 StPO), zodat uitspraken met enige vertraging kunnen worden gepubliceerd. Eén en ander betekent dat geen uitspraak kan worden gedaan over de representativiteit van de hier te bespreken rechtspraak. Er kan slechts beeld wordt geschetst van de manier waarop het mensminachtende motief in de rechtspraak wordt toegepast. We zochten in achttien databanken (één databank per deelstaat en de databank van het Bundesgerichtshof en van het Bundesverfassungsgericht) sinds de inwerkingtreding van het gewijzigde § 46 Abs. 2 StBG op de zoektermen: ‘*rassistische*’, ‘*fremdenfeindliche*’, ‘*menschenverachtende*’, ‘*Antiziganis**’, ‘*islamfeindlich*’, ‘*christenfeindlich*’, ‘*antisemit**’, ‘*Behinderung*’, ‘*Homophobi**’, ‘*Transfeindlich*’ en ‘*Deutschfeindlich*’.

Deze zoektermen leverden elf uitspraken op. In lang niet alle uitspraken kon zonneklaar worden opgemaakt dat de overwegingen betrekking hadden op het in dit onderzoek centraal staande motief. Dat geldt ook voor de rechtspraak van het Bundesgerichtshof. Toch passeren hier elf uitspraken de revue omdat zij wel enig inzicht geven in de toepassing van het mensminachtende motief in de Duitse strafrechtspraak.

In de eerste plaats wordt ‘*menschenverachtende*’ ook gebruikt als duiding van het gedrag, naast als motief.¹⁴⁰ In de tweede plaats kwamen we het mensminachtende motief van § 46 Abs. 2 StBG slechts tegen in verband met strafbare feiten die tegen asielzoekers waren gepleegd en waar haat tegen asielzoekers het motief leek te zijn. In de derde plaats vonden we een beperkt aantal strafbare feiten: *Volksverhetzung* (§ 130 StBG),¹⁴¹ vernieling, brandstichting en verboden wapenbezit. De laatste drie feiten vonden plaats in het kader van een brandstichting in een asielzoekerscentrum.¹⁴² Door ECRI wordt een andere uitspraak genoemd waarin het eveneens ging om brandstichting in een asielzoekerscentrum, maar die uitspraak hebben wij niet in de databank kunnen vinden.¹⁴³

140 Landgericht Aurich 20 september 2019, 11 KLS 510 Js 27177/18 (5/19); Landgericht Hamburg 20 oktober 2016, 617 KLS 31/17 jug – 7205 Js 83/16 en 7205/ Js 35/16.

141 Amtsgericht Duisburg 10 juni 2016, ECLI:DE:AGDU1:2016:0610.81DS78.16.00; Amtsgericht Duisburg 8 december 2017, ECLI:DE:AGDU1:2017:1208.81DS433.16.00.

142 Landgericht Traustein 30 november 2018, KLS 450 Js 12135/18 jug.

143 ECRI report on Germany 2019, p. 24 (Oberlandesgericht Dresden 7 maart 2018, 4 St 1/16).

Uit de weinige rechtspraak die we vonden, blijkt niet altijd duidelijk of het mensminachtende motief een verzwarende omstandigheid is. In één zaak had de verdachte alleen ‘*Deutschland den Deutschen, Ausländer raus*’ (Duitsland voor de Duitsers, buitenlanders eruit) geroepen, terwijl de groep waartoe hij behoorde zich schuldig had gemaakt aan meer en indringender strafbare uitlatingen. De omstandigheid dat de verdachte zich tot deze uitlating had beperkt, leverde volgens het *Landgericht* Magdeburg een verzachtende omstandigheid op.¹⁴⁴ Waarom dat zo is, wordt niet duidelijk. Mogelijk achtte de rechter op basis van deze enkele uitlating van de verdachte een racistisch motief niet bewezen.

In andere uitspraken komt naar voren dat het mensminachtende motief als een verzwarende omstandigheid wordt gebruikt bij het bepalen van de straf. Dat geldt in ieder geval wanneer dit motief overduidelijk ook een politiek motief is en de daad werd gepleegd tegen een politicus.¹⁴⁵ Het *Landgericht* Duisburg sprak van een ‘bijzonder grote en roekeloze racistische gezindte’¹⁴⁶ Door het *Landgericht* Traustein wordt volstaan met de mededeling dat verdachte gehandeld heeft met een ‘racistische, xenofobe en mensminachtende’ gezindte.¹⁴⁷ Dat bracht dit gerecht ertoe één van de verdachten tot een jeugdstraf te veroordelen, omdat met deze ‘*Tatmotivation*’ het voor het opleggen daarvan vereiste ‘zwarte schuld’ (§ 17 Abs. 2 Jugendgerichtsgesetz) aanwezig werd geacht. Opvallend is dat beide gerechten spreken van gezindte¹⁴⁸ en niet van motief en het *Landgericht* Traustein niet precies aangeeft wat het motief nu precies inhield. Ook stelt dit gerecht de motieven op één lijn, terwijl het racistische en xenofobe motief volgens de wet en de toelichting daarop door de wetgever vormen van het mensminachtende motief zijn.

Uit deze uitspraken komt niet duidelijk naar voren waarop het motief was gebaseerd. Uit een zaak die aan het Bundesgerichtshof werd voorgelegd, kan worden afgeleid dat een racistisch of xenofob motief (in het arrest wordt gesproken van een houding (*Einstellung*)) kan blijken uit diverse omstandigheden, zoals het geregeld in negatieve zin spreken over buitenlanders. Het is onverschillig of die houding alleen latent aanwezig is.¹⁴⁹ Een dergelijke gezindte kan ook blijken uit (besloten) chatcontact op internet.¹⁵⁰ In een zaak

144 Landgericht Magdeburg 9 augustus 2017, 26 Ns 3/17 en 26 Ns 456 Js 38263/15 (3/17).

145 Bundesgerichtshof (BGH) 15 januari 2020, AK 62/19.

146 Amtsgericht Duisburg 10 juni 2016, ECLI:DE:AGDU1:2016:0610.81DS78.16.00. Letterlijk wordt overwogen: ‘Strafschärfend wurde berücksichtigt, dass der Angeklagte aus einer ganz besonders groben und rücksichtslosen rassistischen Gesinnung heraus gegen die in Deutschland lebenden Flüchtlinge auf besonders üble Art und Weise zum Hass aufgestachelt hat’.

147 Landgericht Traustein 30 november 2018, KLs 450 Js 12135/18 jug.

148 Ook het Bundesgerichtshof spreekt, overigens in een zaak die niet met racisme of xenofobie verband houdt, soms van een mensminachtende gezindte. Zie bijvoorbeeld BGH 4 juli 2018, 5 StR 46/18.

149 BGH 17 april 2019, 5 StR 685/18.

150 BGH 16 mei 2016, StB 11/16.

waar het ging om het bewijs van '*niedrigen Beweggründe*' (een bestanddeel van moord) bij een medeverdachte, wordt geëist dat het xenofobe motief bij de verdachte met '*hoher Wahrscheinlichkeit*' bewezen moet worden.¹⁵¹ Alleen op die manier is ook voor deelnemers het op het delict gestelde strafmaximum van toepassing (vergelijk § 28 StBG).

De uitspraak in de NSU-zaak, die hiervoor al even aan de orde kwam, verwijst op vele plekken naar het mensminachtende motief van Beate Zschäpe en haar mededaders. In het geval van Zschäpe wordt bij de straftoemeting echter niet meer naar dat motief verwezen. Het mensminachtende motief gebruikt het *Oberlandesgericht München* wel bij de juridische waardering van de feiten en in het bijzonder bij de kwalificatie van de feiten als moord en haar mededaderschap. Bij de straftoemeting wijst het hof erop dat moord begaan in het verband van een terroristische organisatie slechts met levenslange vrijheidsstraf kan worden bestraft. Ten aanzien van de andere bewezenverklarde feiten, de bomaanslagen en roofovervallen, worden diverse omstandigheden betrokken. In het bijzonder wordt gewezen op de intensieve voorbereiding van de feiten en een tijdens het begaan van de feiten zichtbare misdadige Energie ('*kriminelle Energie*').¹⁵²

6.5 KNELPUNTEN IN WETGEVING EN (RECHTS)PRAKTIJK

Uit het voorgaande wordt een aantal uitdagingen voor wetgeving en (rechts)-praktijk afgeleid. In de eerste plaats bestaat enige kritiek op de wijze waarop de politie haatcriminaliteit registreert. De koppeling aan politiek gemotiveerde criminaliteit gaat volgens sommige auteurs niet altijd op en leidt ertoe dat niet alle vormen van haatcriminaliteit de politiestatistieken haalt.¹⁵³ Dat is in bijzonder opvallend bij de zwaarste misdrijven, namelijk die waar dodelijke slachtoffers zijn gevallen. Het aantal dodelijke slachtoffers van rechts-, racistisch en antisemitisch geweld tussen 1990 en heden ligt namelijk veel hoger dan uit de statistieken blijkt.¹⁵⁴

In de tweede plaats is de vraag of gevallen van haatcriminaliteit de rechter bereiken. De in dit hoofdstuk verwerkte rechtspraak wekt de suggestie dat dit slechts in beperkte mate het geval is. Tegelijkertijd troffen we in de rechtspraak van het *Bundesgerichtshof* diverse verwijzingen aan naar uitspraken van lagere rechters waarin kennelijk sprake was van een mensminachtend motief, maar welke uitspraken niet in de andere databanken te vinden zijn. Voor zover in de rechtspraak naar het mensminachtende motief wordt verwezen, blijkt

151 BGH 22 augustus 2019, StB 21/19.

152 Oberlandesgericht München 11 juli 2018, 6 St 3/12.

153 Zie Serafin 2019, p. 23-24; ECRI 2019, p. 23.

154 ECRI report on Germany 2019, p. 23-24.

dat er rechters zijn die het motief als een strafverzwarende omstandigheid beschouwen. Tegelijkertijd blijkt uit de in de databanken aangetroffen uitspraken dat het motief één van de omstandigheden is die bij de straftoemeting betrokken wordt. In de gevonden uitspraken wordt het motief lang niet altijd voorop gesteld. Men kan zich afvragen of daarmee het doel dat de wetgever met invoering van het mensminachtende motief in de wet beoogde, is bereikt. De wetgever beoogde immers een grotere aandacht voor het mensminachtende motief te bewerkstelligen. Op basis van de gevonden uitspraken is het verleidelijk te stellen dat het doel niet is bereikt. Tegelijkertijd constateren we dat de databanken zo hun beperkingen kennen, zodat we de stelling niet kunnen hardmaken. We treffen ook geen Duits onderzoek aan dat deze stelling tot onderwerp heeft.

Dat weinig rechtspraak voorhanden is, zou kunnen worden verklaard doordat weinig zaken met een discriminatoir motief als zodanig de rechter bereiken. Niet ondenkbaar is dat de politie en het Openbaar Ministerie nog onvoldoende het discriminatoire motief in het vizier hebben. Dat beleidsregels op dit punt zijn gewijzigd, wil niet zeggen dat het beleid ook wordt toegepast. Het recente Berlijnse initiatief om een Zentralstelle in te stellen, zou een hiervan een bevestiging kunnen zijn. Hoewel verschillende deelstaten gespecialiseerde politie-eenheden hebben, worden deze als wij het goed zien gevoed door de reguliere politie. Wanneer deze onvoldoende aandacht heeft voor het mensminachtende motief, bereiken zaken wellicht minder snel deze gespecialiseerde eenheden en vindt er bijgevolg minder snel onderzoek naar het discriminatoire motief plaats. Het lijkt er op dat in Duitsland een wetswijziging en beleidsregels zonder cultuuromslag en onderkenning van het belang naar discriminatie onderzoek te doen niet zonder meer tot gevolg heeft dat meer aandacht wordt geschonken aan het mensminachtende motief (door de strafrechter), terwijl niet over het hoofd moet worden gezien de mogelijkheid die in Duitsland bestaat dat verdachte en Openbaar Ministerie tot een overeenkomst komen die erin bestaat dat het mensminachtende motief niet wordt meegenomen. Overigens is denkbaar dat dit voor de ene discriminatiegrond meer geldt dan voor de andere discriminatiegrond. Er zij ook op gewezen dat ook in Duitsland veel aandacht wordt geschonken aan het voorkomen van discriminatie; de strafrechtelijke aanpak ervan is slechts een onderdeel van het beleid.

De behoefte om haatcriminaliteit aan te pakken wordt telkens bevestigd na diverse ernstige incidenten, zoals de recente aanslagen in Hanau en Halle en de moord op CDU-politicus Walter Lübke, de laatste vermoedelijk door een rechtsextremist en vanwege Lübkes standpunt in het vluchtelingendebat.¹⁵⁵ In het politieke debat is de aandacht vooral gericht op digitale haatcriminaliteit,

155 Wat het motief voor de daad was, vormt een belangrijke vraag tijdens de strafzaak die op 16 juni 2020 aanving (www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2020-06/luebcke-prozess-beweismittel-stephan-e-gestaendnis-mordfall-zweiter-verhandlungstag) (bekeken op 24 juni 2020).

met een bijzondere aandacht voor antisemitische daden. In de toelichting bij een recent wetsontwerp wordt een verruwing van het publieke debat geconstateerd, waarbij met name maatschappelijk en politiek geëngageerde personen kop van Jut zijn. Steeds vaker worden zij beledigd, bedreigd of wordt opgeroepen geweld tegen deze personen te gebruiken. Deze uitlatingen vallen buiten het recht op vrije meningsuiting maar moeten met behulp van het strafrecht worden aangepakt. Het wetsvoorstel voorziet in verschillende wijzigingen van het *Strafgesetzbuch* en andere wetten. Voor dit onderzoek is relevant dat het wetsvoorstel ook inhoudt dat aan § 46 Abs. 2 StBG na ‘*fremdenfeindliche*’ het woord ‘*antisemitische*’ wordt toegevoegd. Op die manier wordt uitdrukkelijk ‘nog een voorbeeld van mensminachtende beweegredenen en doelen genoemd, die bij de straftoemeting in het bijzonder moeten worden betrokken’.¹⁵⁶

Het wetsvoorstel kreeg gemengde reacties. Het Openbaar Ministerie in München liet weten voor wijziging te zijn uit oogpunt van duidelijkheid en ter bevestiging van hetgeen reeds onder het bereik van § 46 Abs. 2 StBG valt.¹⁵⁷ Tijdens de parlementaire beraadslaging werd aangevoerd dat toevoeging van antisemitische motieven niet nodig zou zijn omdat de term mensminachtende het antisemitische motief reeds omvat en met toevoeging de druk zou toenemen om nog meer motieven specifiek in de wet op te nemen.¹⁵⁸ Het wetsvoorstel werd door de Duitse rechtersbond positief ontvangen. In tijden van toenemend antisemitisme is het benadrukken daarvan door expliciete vermelding in de wet volgens de bond gerechtvaardigd.¹⁵⁹ De Duitse advocatenvereniging is minder positief.¹⁶⁰ Ook zij constateert dat het antisemitische motief reeds onder het mensminachtende motief begrepen kan worden. Net als ten tijde van de invoering van het mensminachtende motief wordt gesteld dat het onderhavige wetsvoorstel een hoge symboolwaarde heeft. De advocatenvereniging merkt ook op dat de druk op het vermelden van meer motieven zal toenemen. Men vreest niet alleen een groeiende catalogus (‘*wachsender Katalog*’), maar ook dat niet specifiek genoemde motieven aan het zicht van de strafrechtspleging onttrokken zullen worden, in die zin dat de strafrechtelijke aanpak van de in de wet genoemde motieven (racisme, xenofobie, antisemitisme) voorrang krijgt boven de aanpak van strafbare feiten die door andere motieven zijn geïnspireerd. De vereniging vreest ook voor interpretatieproblemen. Het *Grundgesetz* stelt een strikte interpretatie van strafbepalingen

156 BT-Drs, 19/17741, p. 3. Vertaling van ‘weiteres Beispiel für menschenverachtende Beweggründe und Ziele genannt werden, die bei der Strafzumessung besonders zu berücksichtigen sind’.

157 www.bundestag.de/resource/blob/694014/ce6a0d41dd998c943ac2b331e784f8f5/hartlebd-data.pdf (bekeken op 30 juni 2020).

158 BT-Drs. 19/20163, p. 28-29.

159 Deutscher Richterbund, *Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität*, Nr. 1/20.

160 *Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Strafrecht zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Hasskriminalität und des Rechtsextremismus*, 6/2020.

voorop (artikel 5 lid 1). Wat door slachtoffers wellicht als antisemitisme wordt beschouwd, zou op basis van een strikte interpretatie daarbuiten kunnen vallen. Als voorbeeld wordt genoemd antisemitisme dat verpakt is als kritiek op de staat Israël. De huidige regeling voorkomt dergelijke interpretatieproblemen, omdat slechts hoeft te worden beoordeeld of het aangetroffen motief mensminachtend is.¹⁶¹ Ondanks deze kritiek werd het wetsontwerp op 18 juni 2020 door de Bondsdag en op 3 juli 2020 door de Bondsraad aangenomen.¹⁶²

6.6 TUSSENCONCLUSIE

Deze paragraaf formuleert een antwoord op de deelvragen die in de inleiding van dit rapport zijn gesteld, voor zover Duitsland betreffende. Voor de deelvragen verwijzen we naar paragraaf 1.2.2. In antwoord op die vragen kan het volgende worden gesteld.

Het Duitse *Strafgesetzbuch* formuleert in § 46 StBG de uitgangspunten voor de rechterlijke straftoemeting. Het tweede lid beschrijft een aantal omstandigheden waarmee de rechter bij het bepalen van de straf rekening kan houden, waaronder het motief waarmee het feit is begaan. Sinds 2015 expliciteert de wet dat ook mensminachting een motief is waarmee de rechter rekening kan houden bij het bepalen van de straf. Dit motief wordt in de wet verduidelijkt door een tweetal voorbeelden: racisme en vreemdelingenhaat. Ook andere mensminachtende motieven kunnen evenwel door de rechter bij de straftoemeting worden betrokken. De wetgever beschouwt het mensminachtende motief als een verzwarende omstandigheid.

Het mensminachtende motief is een omstandigheid die bij het bepalen van de straf door de rechter kan worden betrokken, de wet verplicht de rechter hiertoe niet. Zo het motief wel in een strafzaak aan bod komt, raakt het niet aan het strafminimum en/of -maximum dat op het delict is gesteld. Dat is slechts anders wanneer het motief kan worden betrokken bij het bewijs van bepaalde omstandigheden 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. Wanneer het mensminachtende motief is betrokken bij het bewijs of de kwalificatie van het feit, verbiedt het *Doppelverwertungsverbot* (§ 46 Abs. 3 StBG) het mensminachtende motief nogmaals te gebruiken bij de straftoemeting. Het mensminachtende motief kan met andere woorden in de regel bij alle delicten worden toegepast, maar de wijze waarop het wordt toegepast kan per delict

161 Serafin (2019, p. 62) meent echter dat de bestaande catalogus tamelijk arbitrair is en aangevuld moet worden met de gronden die in de *Grundgesetz* (artikel 3) worden genoemd.

162 Bundesrat, Drs. 339/20.

verschilt. Het motief kan ook bij delicten als smaad en belediging worden gebruikt.

Het opnemen van het mensminachtende motief in de wet wordt beschouwd als een belangrijke stap in de strafrechtelijke aanpak van discriminatie. De wetswijziging leidde tot aanpassing van het beleid van de politie en het Openbaar Ministerie, bedoeld om de opsporing van het discriminatoire motief te verzekeren. In beleidsregels wordt expliciet genoemd dat tijdens het opsporingsonderzoek ook informatie over het mensminachtende motief moet worden verzameld. Het Openbaar Ministerie is wettelijk verplicht die informatie te verzamelen die de rechter nodig heeft bij het bepalen van de straf. Aan het bewijs van het motief worden geen andere eisen gesteld dan aan het bewijs van de andere strafbeïnvloedende omstandigheden. Er geldt *Strengbeweis*, hetgeen onder meer betekent dat de omstandigheden die mogen worden meegenomen bij het bepalen van de straf in wettige bewijsmiddelen moeten zijn uitgedrukt. Het gaat dan om getuigenverklaringen, schriftelijke stukken en dergelijke. In het algemeen, ook bij *Strengbeweis*, geldt voor het bewijs de maatstaf dat de ten laste gelegde feiten buiten twijfel bewezen moeten zijn.

Hoewel de wetswijziging van groot belang wordt geacht, vonden we slechts een gering aantal uitspraken, gewezen na de inwerkingtreding van de wetswijziging, waarin het mensminachtende motief bij het bepalen van de straf wordt gehanteerd. Uit recente cijfers van één van de Duitse deelstaten, Thüringen, blijkt ook dat veel zaken op een wijze worden afgedaan waarbij de rechter slechts een geringe bemoeienis heeft. Zo een zaak al bij de rechter komt, is het niet ondenkbaar dat het Openbaar Ministerie en de verdachte overeenkomen dat het mensminachtende motief niet in de strafzaak wordt betrokken. Thüringen zal hierin niet uniek zijn. Er bestaan kortom diverse filters waardoor de rechter zich niet over een mogelijk mensminachtend motief hoeft uit te laten. Slachtofferorganisaties menen dat alternatieve afdoening van discriminatiezaken niet gepast is. Zij registreren ook meer gevallen van haatcriminaliteit dan de politie, die deze vorm van criminaliteit registreert als een vorm van politiek gemotiveerde criminaliteit.

De wetgever meende dat met het opnemen van een mensminachtend motief in de wet het betrekken van dergelijke motieven in strafzaken wordt verbeterd. De invloed van de wetswijziging lijkt echter betrekkelijk. Niet gezegd kan worden dat met het wijzigen van de wet de wetgever achterover is gaan leunen. De aanpak van discriminatie heeft de aandacht van zowel de Bondsregering als de deelstaten. Recente door antisemitisme ingegeven ernstige strafbare feiten hebben ertoe geleid dat § 46 StBG opnieuw wordt aangevuld. Als voorbeeld van een mensminachtend motief wordt naast racisme en vreemdelingenhaat antisemitisme in de wet opgenomen. De wetgever erkende dat het antisemitische motief ook onder de bestaande wetgeving als strafverzwarende omstandigheid kan worden betrokken bij het bepalen van de straf. Opnieuw wordt met deze wetswijziging vooral beoogd het (kunnen) toepassen van het mensminachtende motief in de rechtspraak onder de aandacht te

brengen. Verdere initiatieven om het motief daadwerkelijk tot de (rechts)-praktijk door te laten dringen, hebben we niet aangetroffen.

7 | Ierland

7.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk richten we ons op het Ierse straftoematingsrecht. Anders dan de landen die we tot nu toe bespraken, ontbeert Ierland een overkoepelende wettelijke regeling met betrekking tot de straftoemeting. Ook ontbreekt het in Ierland vooralsnog aan zogeheten *sentencing guidelines*. De rechter heeft bij het bepalen van de straf een grote straftoematingsvrijheid en het staat hem vrij daarbij omstandigheden mee te wegen die naar zijn mening van invloed moeten zijn op de hoogte van de straf (paragraaf 7.2).

Ierland kent ook een tamelijk beperkte wettelijke regeling met betrekking tot de aanpak van discriminatie. De wet tot het verbieden van het aanzetten tot haat (*Prohibition to Incitement of Hatred Act, 1989*) heeft een beperkt bereik. Het ontbreekt in Ierland aan een wettelijke regeling waarin een discriminatoir motief als strafbeïnvloedende omstandigheid wordt erkend. Daarvoor moet op rechtspraak worden teruggevallen. We zullen zien dat weinig rechtspraak voorhanden is. De ter zake relevante rechtspraak laat de nodige vragen onbeantwoord (paragraaf 7.3).

In paragraaf 7.4 wordt allereerst bezien of een discriminatoire achtergrond van een strafbaar feit in de strafrechtspleging wordt onderkend. Er zal blijken dat de laatste jaren wel meer aandacht is voor discriminatie in het strafrecht, maar dat veel zaken de rechter niet bereiken. Weliswaar heeft de politie recentelijk beleid ontwikkeld, dat ontbreekt bij het Ierse Openbaar Ministerie (*Office of the Director of Public Prosecutions of DPP*). Vervolgens zal de in paragraaf 7.3 besproken rechtspraak nogmaals worden bekeken om een beeld te krijgen van de discriminatiegronden en de strafbare feiten waar het discriminatoire aspect aan de orde was. Aan het eind van dit hoofdstuk wordt duidelijk dat de bestaande (rechts)praktijk veel kritiek ontmoet en wordt een voorstel tot het invoeren van nieuwe wetgeving besproken.

Ten behoeve van dit hoofdstuk kon geen gebruik worden gemaakt van antwoorden op een vragenlijst die wij stuurden naar het Ierse mensenrechteninstituut. Wel vonden wij diverse rapporten van dit instituut en andere NGO's die een beeld geven van de (rechts)praktijk van het Ierse strafrecht. Ook werd de afgelopen vijf jaar uitgebreid onderzoek verricht door onderzoekers van de Universiteit van Limerick. Dat onderzoek bood ons een waardevol inzicht in de (rechts)praktijk en knelpunten, terwijl door deze onderzoekers ook een

concreet voorstel tot wetswijziging werd gepresenteerd, dat door derden werd omarmd en aan de basis lijkt te liggen van door de nieuwe Ierse regering aangekondigde wetgeving op het onderhavige terrein. Ten behoeve van het hoofdstuk werd ook kennisgenomen van het zeer kritische rapport van de *European Commission against Racism and Intolerance* over Ierland. De informatie uit dat rapport bevestigde veelal informatie die we via andere bronnen vonden. De belangrijkste rechtspraak werd achterhaald via de website app.justis.com/search, een website die toegang geeft tot duizenden rechterlijke uitspraken van common law jurisdicties. Ook de website www.courts.ie/Judgments.nsf werd geraadpleegd om rechtspraak te achterhalen.

7.2 HET IERSE STRAFTOEMETINGSRECHT IN VOGELVLUCHT

7.2.1 Enkele kenmerken van het Ierse sanctiestelsel

Ierland staat in een common law-traditie waardoor het strafrecht enigszins anders is vormgegeven dan in de continentale landen die we in dit onderzoek betrekken. Het Ierse strafrecht is niet verzameld in een algemeen wetboek. Veel strafbaarstellingen staan in losse wetten onder de naam *Criminal Justice Act*. Zij behandelen geen overkoepelend thema, maar bundelen een reeks nieuw ingevoerde wetteksten. Soms behandelen wetten een specifiek onderwerp, bijvoorbeeld de *Offences against the State Act, 1939* en de *Non-Fatal Offences Against the Person Act, 1997*. Hierin kunnen zowel strafbaarstellingen, als andere bepalingen voorkomen. Daarnaast kent Ierland common law offences. Dit zijn strafbare feiten die geen wettelijke basis hebben, maar in rechtspraak zijn ontwikkeld. Voorbeelden van deze buitenwettelijke strafbare feiten zijn meeneem, samenzwering en contempt of court.¹

De strafbare feiten kunnen worden onderverdeeld naargelang de procedure die hierop van toepassing is. De *summary offences* zijn minder ernstige feiten. Zij worden in een *summary trial* behandeld door een rechter van het *District Court*. Deze rechter kan niet meer dan één jaar gevangenisstraf of een beperkte geldboete opleggen. Indien er sprake is van samenloop van meer dan één feit kan hij ten hoogste twee jaar gevangenisstraf opleggen.² De *indictable offences* zijn zwaardere delicten. Deze worden tijdens een *trial of indictment* behandeld door een rechter en een jury van het *Circuit Criminal Court*.³ De meest ernstige strafbare feiten worden door het *High Court* behandeld dat als strafgerecht *Central Criminal Court* wordt genoemd.⁴ Daaronder vallen internationale

1 O'Malley 2016, p. 95.

2 Section (hierna s.) 11 Criminal Justice Act, 1984.

3 Conway, Daly & Schweppe 2010, p. 2.

4 S. 11 Courts (Supplemental Provisions) Act, 1961.

misdrijven, moord en een aantal ernstige seksuele misdrijven. Deze feiten kunnen alleen tijdens een *trial of indictment* worden behandeld.⁵ Bij verschillende feiten, waaronder in ieder geval diverse vermogensdelicten, kan de rechter van het *District Court* kiezen tussen een *summary trial* of een *trial of indictment* waarbij een jury aanwezig is. De verdachte en openbaar aanklager moeten met de keuze voor een *summary trial* instemmen.⁶

Een *trial* staat uitsluitend in het teken van het vaststellen van het feitencomplex (*actus reus*) en de schuld van de verdachte (*mens rea*). De aanklager dient te bewijzen dat de handelingen hebben plaatsgevonden en dat het opzet van de verdachte hierop gericht was of het plaatsvinden ervan aan zijn schuld te wijten is. Een *trial of indictment* kenmerkt zich door onmiddellijkheid: het bewijs wordt ten overstaan van de jury gepresenteerd. Na het requisitoir en het pleidooi wordt de jury door de rechter geïnstrueerd. Vervolgens trekt de jury zich terug voor beraad. Na afloop van het beraad geeft de jury haar oordeel over het feitencomplex en de schuld van de verdachte. De jury bestaat uit twaalf leden. Voor een beslissing volstaat een gekwalificeerde meerderheid van negen leden.⁷

Naast deze twee strafrechtelijke procedures, kan de verdachte ook een schuldbekentenis afleggen; de zogenoemde *guilty plea*. De *guilty plea* gaat niet buiten de rechter om. Wanneer een verdachte tijdens een *summary trial* schuld bekent bepaalt de rechter van het *District Court* de straf. Wanneer een verdachte schuld bekend in een zaak die voor het *Circuit Criminal Court* of het *Central Criminal Court* moet worden behandeld, wordt de zaak door de rechter van het *District Court* naar dat gerecht verwezen. Een rechter van het *Circuit Criminal Court* of het *Central Criminal Court* legt straf op.⁸

Nadat de schuld van de verdachte is vastgesteld, vindt de sentencing hearing plaats, een procedure zonder jury. Door het scheiden van de inhoudelijke behandeling van een zaak van de *sentencing hearing*, wordt duidelijk dat de straftoemeting een eigen positie inneemt binnen het strafproces. Tijdens deze fase behoudt de veroordeelde, op de onschuldpresumptie na, alle procedurele waarborgen die horen bij een *due process*.⁹ Zien wij het goed, dan is er bij de *sentencing hearing* geen sprake van een vaste procedure. De openbaar aanklager en de veroordeelde krijgen de ruimte om informatie aan te dragen die naar hun mening relevant is voor de straftoemeting. Zo kunnen bijvoorbeeld camerabeelden van het bewezenverklaarde geweldsincident tijdens een *sentence hearing* worden getoond teneinde vast te stellen of een door de veroor-

5 Bijvoorbeeld s. 19 Criminal Procedure Act, 1967; s. 10 Criminal Law (Rape) (Amendment) Act, 1990.

6 First Schedule, Criminal Justice Act, 1951. Zie bij wijze van voorbeeld s. 53 Criminal Justice (Theft and Fraud Offences) Act, 2001.

7 S. 95 The Courts Justice Act, 1924.

8 S. 13(2) Criminal Procedure Act, 1967. Deze procedure geldt niet voor onder meer moordzaken.

9 O'Malley 2016, p. 799.

deelde ingenomen stellingname (bijvoorbeeld dat hij zichzelf of een ander verdedigde tegen de aanval van een ander, zonder dat er sprake is van noodweer (*self defence*)) kan worden bevestigd of ontkracht.¹⁰ Tijdens deze fase van het strafproces kunnen ook een eventuele reclasseringsrapportage en het strafblad worden ingebracht. Ook kan informatie over de feiten worden ingebracht, in het bijzonder in gevallen waarin de verdachte heeft bekend; de rechter is in dat geval van de feiten van de zaak veelal niet op de hoogte, terwijl die voor de straftoemeting door de rechter moeten worden vastgesteld. De door de openbaar aanklager gegeven precieze versie van de feiten, kan door de verdachte tijdens de *sentencing hearing* worden betwist.¹¹

Tegen beslissingen kan hoger beroep worden ingesteld. Het *Circuit Court* dient als appelgerecht van de *District Court*; appel tegen beslissingen van het *Circuit Court* en het *Central Criminal Court* vindt plaats bij het in 2014 in het leven geroepen *Court of Appeal* (tot 2014 bestond een *Court of Criminal Appeal*, dat ad hoc werd samengesteld uit rechters van het *Supreme Court* en het *High Court*).¹² Het *Court of Appeal* heeft de bevoegdheid te oordelen over alle beslissingen van andere gerechten, voor zover bij wet omschreven.¹³ Boven het *Court of Appeal* staat het *Supreme Court*, dat in de Ierse grondwet als '*court of final appeal*' wordt omschreven (artikel 34(2)). Dit hof is bevoegd uitspraken te doen over zaken van 'algemeen publiek belang' ('*general public importance*') of wanneer 'in het belang van het recht' ('*in the interests of justice*') het noodzakelijk is dat het hof zich uitsprekt.

Het Ierse sanctierecht laat zich omschrijven als een discretionair systeem gericht op het toemeten van de sanctie op het individu.¹⁴ Daarbij heeft de Ierse rechter een groot instrumentarium aan straffen tot zijn beschikking. Dit bestaat onder meer uit onvoorwaardelijke gevangenisstraf, voorwaardelijke gevangenisstraf, werkstraf, geldboete, verschillende beperkende maatregelen (bijvoorbeeld een gebiedsverbod of een avondklok), verschillende voorwaardelijke modaliteiten, verbeurdverklaring en inbeslagneming.¹⁵ Daar waar de strafbaarstelling bij wet is voorzien, is telkens in een maximumstraf voorzien. Bij sommige delicten, zoals drugs en vuurwapendelicten, kent de wet tevens een minimumstraf.¹⁶ Het delict moord vormt de uitzondering op deze regel; hierop is de gefixeerde straf van levenslange gevangenisstraf gesteld.¹⁷ Aangezien *common law offences* geen wettelijke grondslag kennen, benoemt de wet

10 Zie bij wijze van voorbeeld *Court of Appeal* 12 februari 2016, [2016] IECA 35 (*D.P.P./Collins*), paragraaf 5.

11 The Law Reform Commission 1993, p. 7-14.

12 S. 3 Court (Establishment and Constitution) Act, 1961.

13 Article 34(4) Constitution of Ireland.

14 O'Malley 2016, p. 1.

15 Coonan & O'Toole 2011, p. 406 e.v.

16 Zie s. 15a Misuse of Drugs Act, 1977; s. 26-27b Firearms Act, 1964; s. 12a Firearms and Offensive Weapons Act, 1990.

17 S. 2 Criminal Justice Act, 1990.

hiervoor ook geen straffen. Deze delicten kunnen worden bestraft met een geldboete of gevangenisstraf waarvan de hoogte is overgelaten aan de discretie van de rechter. Voor de *common law offences* die accessoir zijn aan een ander delict (of: onvoltooide delictsvormen), *attempt* (poging tot), *conspiracy* (samen-zweren tot) en *incitement* (aanzetten tot), is evenwel bepaald dat de straf die de rechter hiervoor oplegt niet hoger mag zijn dan de maximale straf die op het gronddelict is gesteld.¹⁸ Voor de overige delicten zal de rechter aansluiting moeten zoeken bij gelijkende delicten waarvoor de wet wel in een straf voorziet.¹⁹

In tegenstelling tot andere common law-landen, zoals Engeland of de Verenigde Staten, zijn in Ierland vooralsnog geen formele sentencing guidelines tot stand gekomen. Van oudsher was er terughoudendheid om de straftoemeting te standaardiseren. In 1988 overwoog het *Supreme Court* dat het ongepast is om de straftoemetingsdiscretie van de rechter te beperken met het vaststellen van maatstaven of richtlijnen.²⁰ Van deze terughoudendheid is het Hof, mede vanwege hardnekkige geluiden in de media over de inconsistentie van straffen, enigszins teruggekomen.²¹ In 2014 introduceerde het *Court of Criminal Appeal* in een drietal uitspraken voor het eerst richtlijnen op het gebied van de straftoemeting. Voor vuurwapendelicten en zware mishandeling introduceerde het hof zelfs verschillende schalen die de rechter moeten helpen bij het bepalen van de strafmaat.²² Hoewel deze uitspraken slechts een algemene sturing bieden voor twee specifieke delicten, wordt het gezien als de tot dan toe belangrijkste ontwikkeling in de geschiedenis van het Ierse straftoemetingsrecht.²³

Een andere belangrijke ontwikkeling op het terrein van het straftoemetingsrecht is de oprichting van de *Judicial Council* in 2020. Onderdeel van dit orgaan is de *Sentencing Guidelines and Information Committee*. Dit comité bestaat uit leden van de rechtsprekende macht, aangevuld met leken (*lay persons*). Het heeft tot taak *sentencing guidelines* voor te bereiden en voorstellen tot wijziging daarvan te doen, de toepassing ervan te monitoren, informatie over opgelegde straffen te vergaren en informatie te verschaffen aan rechters en derden.²⁴ Op de website van de *Judicial Council* troffen we halverwege september 2020 geen sentencing guidelines aan.²⁵

18 O'Malley 2016, p. 96-97.

19 O'Malley 2016, p. 95.

20 Supreme Court 13 mei 1998, IR 1988/250 (D.P.P./Tiernan).

21 O'Malley 2016, p. 9-10.

22 Court of Criminal Appeal, 16 mei 2014, IECC 2014/1 (D.P.P./Ryan), onder 7.16. Zie Scott, *Irish Judicial Studies Journal* 2017/1, p. 8-11.

23 O'Malley, 2014, p. 1.

24 S. 23 Judicial Council Act, 2019.

25 Navraag bij het comité of zij sentencing guidelines voorbereiden of hebben voorgesteld ten aanzien van 'hate crimes' leerde dat zulks niet het geval is. Het comité is op 30 juni

7.2.2 Strafbeïnvloedende omstandigheden in het Ierse strafrecht

Onder de factoren aan de hand waarvan de rechter tot bestraffing komt, bestaan 'verzwarende omstandigheden' (*aggravating factors*) en 'verzachtende omstandigheden' (*mitigating factors*). Verzwarende omstandigheden bepalen de ernst van het strafbare feit. Zij zien meestal op de omstandigheden van het delict en niet op de omstandigheden van (de persoon en de persoonlijkheid van) de dader. Het is echter niet uitgesloten dat bepaalde persoonlijke omstandigheden, bijvoorbeeld de aanwezigheid van recidive, in verzwarende zin worden meegewogen.²⁶ De meeste verzwarende omstandigheden werden overgenomen uit rechtspraak van andere common law-jurisdicties. Algemeen geaccepteerde verzwarende omstandigheden zijn: gebruikmaking van of dreigen met geweld, wapens, explosieven of chemische stoffen; groepsverband; voorbedachte rade; de bijzondere kwetsbaarheid van het slachtoffer; binnentreding van de woning van het slachtoffer zonder diens toestemming.²⁷ Soms is een verzwarende omstandigheid in de wet opgenomen. Zo bepaalt s. 11 van de *Criminal Justice Act, 1984* dat het plegen van een strafbaar feit terwijl iemand op borgtocht is vrijgelaten een verzwarende werking heeft. Deze bepaling geldt alleen wanneer iemand eerder is veroordeeld; de straf is namelijk afhankelijk gesteld van een eerder opgelegde straf of eerder opgelegde straffen. Onder verzachtende omstandigheden worden omstandigheden verstaan die deze objectieve ernst van het delict juist doen afnemen.²⁸ In tegenstelling tot verzwarende omstandigheden, is in de jurisprudentie geen vooropgestelde lijst met omstandigheden ontwikkeld die een strafverzachtende werking hebben. Ook in de wet ontbeert het aan een dergelijke lijst. Het betreft een bevoegdheid van de rechter om de straf aan de hand van bepaalde concrete factoren te verlagen. De verzachtende omstandigheden kunnen betrekking hebben op het delict (bijvoorbeeld dwang of provocatie), op de persoon van de dader (bijvoorbeeld leeftijd, ziekte of beperking) of op de (proces)houding van de dader (bijvoorbeeld spijtbetuiging of een *guilty plea*).²⁹ De rechter is vrij in het selecteren en wege van deze factoren. De verzachtende werking die aan bepaalde factoren wordt toegekend, kan zodoende sterk afhankelijk zijn van de aard en omstandigheden van het delict en de persoon en persoonlijke omstandigheden van de dader.³⁰

2020 geïnstalleerd heeft nog geen agenda vastgesteld. Email van de interim-secretaris van de *Judicial Council* d.d. 8 juni 2020.

26 O'Malley 2016, p. 208.

27 O'Malley 2016, p. 211-226.

28 O'Malley 2016, p. 137.

29 Conway, Daly & Schweppe 2010, p. 165.

30 O'Malley 2016, p. 141.

7.2.3 Straftoemeting door de rechter

Het Ierse strafrecht kent, totdat de eerste sentencing guidelines worden gepubliceerd, geen formele structurering van de straftoemeting. Wel gelden er algemene beginselen, het common law van de straftoemeting, die voortvloeien uit de hogere rechtspraak van, onder meer, het *Court of (Criminal) Appeal* en het *Supreme Court*.³¹ Wanneer de straftoemeting in een concreet geval niet voldoet aan een van deze beginselen dan is er sprake van een error of principle. De opgelegde straf is dan vatbaar voor vernietiging.³²

Een van de voornaamste algemene beginselen in het kader van de strafmeting is het proportionaliteitsbeginsel, dat de rechter opdraagt rekening te houden met de ernst van het feit en de persoon en persoonlijke omstandigheden van de dader.³³ Het *Court of Appeal* heeft een zogenoemde *best practice*-methode naar voren gebracht, waarin deze afweging in twee stappen wordt gestructureerd. De eerste stap bestaat uit een onderzoek naar alle feiten van de zaak om zodoende de ernst van het delict vast te stellen. Vervolgens bepaalt de rechter, aan de hand daarvan, op welke positie de basisstraf moet worden geplaatst binnen het arsenaal aan straffen dat de rechter ter beschikking staat. De basisstraf wordt bepaald door de ernst van het bewezenverklarde feit. Een feit kan minder zwaar, gemiddeld of zwaar zijn. De basisstraf op een zwaar feit benadert het wettelijk strafmaximum, een licht en gemiddeld feit kennen een lagere basisstraf. De rechter geeft in zijn oordeel aan wat de basisstraf is. Met de tweede stap onderzoekt de rechter, op basis van de aanwezige verzachtende omstandigheden en met het doel om resocialisatie te stimuleren, hoeveel korting hij geeft op deze eerder vastgestelde basisstraf. Tevens bekijkt de rechter of er verzwarende omstandigheden zijn die tot een hogere straf dan de basisstraf zouden moeten leiden. In het geval van samenloop, dient er vervolgens nog een derde stap plaats te vinden, waarin de proportionaliteit van de strafoplegging als een geheel wordt verzekerd.³⁴

Het *Court of Appeal* heeft dit stappenplan niet als procedure voorgeschreven. Het staat de rechter vrij om een eigen benadering te kiezen, zolang de rechter duidelijk aangeeft welke factoren hij bij de straftoemeting betreft en op welke wijze deze factoren tot de conclusie leiden dat de opgelegde straf de juiste is.³⁵ Hoewel het Ierse stelsel niet vereist dat de rechter straftoemetingsbeslissingen motiveert, is in de rechtspraak wel een zekere motiveringsplicht ontwik-

31 O'Malley 2016, p. 1.

32 O'Malley 2016, p. 2.

33 Coonan & O'Toole 2011, p. 392-393; Conway, Daly & Schweppe 2010, p. 164; O'Malley 2007, p. 876.

34 Edwards, *Irish Judicial Studies Journal* 2019/3, p. 48-49.

35 Edwards, *Irish Judicial Studies Journal* 2019/3, p. 48-49, onder vermelding van Court of Appeal 18 maart 2014, IECCA 2014/12 (D.P.P./Fitzgibbon), onder 7.3.

keld. Voor gerechten die belast zijn met het behandelen van indictable offences geldt dat zij heldere en begrijpelijke redenen moeten geven voor de straftoemingsbeslissing. Het niet geven van een dergelijke adequate motivering levert een *error of principle* op.³⁶ Voor *summary offences* geldt, vanwege het grote aantal zaken dat bij het *District Court* wordt behandeld, geen algemene motiveringsplicht. Of de rechter zijn straftoemingsbeslissing met redenen moet omkleden hangt af van het bestaan van wettelijke motiveringsvereisten. Zo is bepaald dat de beslissing om aan een minderjarige een vrijheidsbenemende straf op te leggen altijd moet worden gemotiveerd.³⁷ De beslissing wordt op schrift gesteld.

7.2.4 Procesrechtelijke aspecten

Hoewel de straftoemeting plaatsvindt na het vaststellen van de schuld van de dader, moeten ook verzachtende en -verzwarende omstandigheden worden bewezen. In veel gevallen zullen deze omstandigheden al tijdens de terechtzitting aan de orde komen, maar wanneer de dader nieuw aangedragen omstandigheden wil aanvechten – meestal volgend op de *guilty plea* – vindt tijdens de sentencing hearing alsnog een feitenonderzoek plaats. Zodoende kan worden verzekerd dat straf wordt opgelegd voor de daadwerkelijke handelingen en schuld van de dader.³⁸ De bewijsstandaard die hierbij wordt gehanteerd verschilt naargelang de omstandigheid. Verzwarende en verzachtende omstandigheden die betrekking hebben op het delict moeten waar nodig buiten redelijke twijfel worden bewezen, oftewel '*proven beyond a reasonable doubt*'. De overige verzachtende omstandigheden moeten slechts aannemelijk worden gemaakt, oftewel '*proven on the balance of probabilities*'.³⁹

Van oudsher speelde de aanklager of vertegenwoordiger van het Openbaar Ministerie (*council for the Office of the Director of Public Prosecutions*) een beperkte rol bij de straftoemeting. Het werd niet als gepast beschouwd dat deze zich uitliet over de aard of hoogte van de op te leggen straf.⁴⁰ Mede door de introductie van de mogelijkheid van de aanklager om in beroep te gaan tegen de strafoplegging, het ontstaan van meer en complexere wetgeving en de uitbreiding van beginselen en richtlijnen in de jurisprudentie, heeft de openbaar aanklager in diverse Angelsaksische jurisdicties een actievere rol gekregen, zo ook in Ierland. Van de openbaar aanklager wordt verwacht dat deze de rechter helpt om tot een juiste straftoemeting te komen: door de rechter te

36 O'Malley 2016, p. 781-784.

37 O'Malley 2016, p. 785-78.

38 O'Malley 2016, p. 793.

39 O'Malley 2016, p. 210 en 799-800.

40 Court of Criminal Appeal 17 juli 2014, IECCA 2014/25 (*D.P.P./Fitzgibbon*), paragraaf 3.1.

waarschuwen voor juridische fouten, door onjuiste feiten of omstandigheden die zijn aangevoerd door de verdediging te weerleggen of door in beroep te gaan tegen een in zijn ogen onterecht milde straf.⁴¹ Het is niet aan de aanklager om de rechter te sturen in het bepalen van de precieze aard en hoogte van de straf. Het *Court of Criminal Appeal* stelde 'dat de aanklager het hof ten dienste moet staan door het aandragen van al het relevante materiaal dat, volgens de aanklager door het hof bij het bepalen van de straf in aanmerking moet worden genomen'.⁴² Onder verwijzing naar Australische rechtspraak wordt de aanklager gepresenteerd als 'surrogaat rechter'. Hij geeft niet aan welke straf volgens hem moet worden opgelegd, maar geeft een verklaring over de verschillende straffen die de rechter zou kunnen opleggen om tot een eerlijk en juist resultaat ('*fair and proper result*') te kunnen. Daarvoor is wel vereist dat de aanklager zich met gepaste distantie opstelt: hij geeft een advies, meer niet.⁴³

De rechtspraak kent aan de aanklager de rol toe de rechter te wijzen op relevante jurisprudentie en, indien beschikbaar, op data met betrekking tot de straf die voor soortgelijke delicten wordt opgelegd. Hoewel de rechter niet aan deze data is gebonden, wordt daaraan in het belang van consistente straftoemeting wel waarde gehecht.⁴⁴ Indien dergelijke gegevens niet beschikbaar zijn, dient de aanklager zich te onthouden van het geven van advies over de strafmaat.⁴⁵ In de uitspraak *D.P.P./Fitzgibbon* legt het toenmalige *Court of Criminal Appeal* ook bepaalde verantwoordelijkheden bij de verdediging waar het gaat om het voorlichten van de rechter tijdens de *sentencing hearing*. In het bijzonder wanneer kan worden getwijfeld aan de relevantie of juistheid van de door de aanklager aangedragen informatie, ligt het op de weg van de verdediging om deze informatie te betwisten.⁴⁶

7.3 HET BETREKKEN VAN HET DISCRIMINATOIRE ASPECT BIJ DE STRAFTOEMETING

7.3.1 Achtergrond

⁴¹ O'Malley 2016, p. 804-810.

⁴² Vertaling van '*that counsel for the D.P.P. should be of assistance in drawing to the attention of the Court, any relevant materials which, it might be suggested, the Court should take into account in imposing sentence.*' Zie Court of Criminal Appeal 17 juli 2014, IECCA 2014/25 (*D.P.P./Fitzgibbon*), paragraaf 3.4.

⁴³ High Court of Australia 12 februari 2014, [2014] HCA 2 (*Barbaro v. The Queen*), paragraaf 29, aangehaald in Court of Criminal Appeal 17 juli 2014, IECCA 2014/25 (*D.P.P./Fitzgibbon*), paragraaf 3.3.

⁴⁴ Court of Criminal Appeal 17 juli 2014, IECCA 2014/25 (*D.P.P./Fitzgibbon*), paragraaf 4.2

⁴⁵ Court of Appeal 16 februari 2015, IECA 2015/22 (*D.P.P./Hussain*), para. 45. Zie ook Court of Criminal Appeal 17 juli 2014, IECCA 2014/25 (*D.P.P./Fitzgibbon*), paragraaf 4.1.

⁴⁶ Court of Criminal Appeal 17 juli 2014, IECCA 2014/25 (*D.P.P./Fitzgibbon*), paragraaf 4.3.

Het Ierse strafrecht kent slechts één strafbaarstelling die ziet op de aanpak van discriminatie. Naar aanleiding van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR), meer in het bijzonder de noodzaak tot implementatie van artikel 20, tweede lid, van dat verdrag, voerde Ierland in 1989 de Prohibition of Incitement to Hatred Act, 1989 in. Deze wet ziet uitsluitend op het op het verbieden van haatzaaiende uitingen (*hate speech*). Het bevat een strafbaarstelling van uitspraken, afbeeldingen, teksten en opnamen, waaronder mede de verspreiding hiervan, welke tot doel hebben of redelijkerwijs in staat zijn om haat uit te lokken jegens een groep van personen vanwege hun ras, huidskleur, nationaliteit, religie, etnische of nationale achtergrond, lidmaatschap van een reizigersgemeenschap of seksuele geaardheid.⁴⁷ Ook het bezitten en voorbereiden van haatzaaiende uitingen is strafbaar gesteld.⁴⁸ De straffen lopen uiteen van een geldboete van maximaal duizend Ierse pond en/of gevangenisstraf van maximaal zes maanden in geval van een *summary conviction* en een geldboete van maximaal tienduizend Ierse pond en/of gevangenisstraf van maximaal twee jaar in geval van *conviction on indictment*.⁴⁹

De wet werd destijds beschouwd als vrij progressief, omdat het, buiten de verdragsverplichting om, tevens het lidmaatschap van een reizigersgemeenschap en de seksuele geaardheid omvatte. Vooral dat laatste was opmerkelijk aangezien het nog tot 1993 duurde voordat homoseksualiteit in Ierland werd gedecriminaliseerd.⁵⁰ Tegelijkertijd is de reikwijdte van de wet beperkt, doordat belediging van een groep mensen wegens een bepaald kenmerk niet strafbaar is gesteld. Mogelijk bleef verdergaande wetgeving uit, omdat rassenhaat naar de toen heersende overtuiging geen algemeen maatschappelijk probleem vormde. Zodoende zou een regeling die een verdere inbreuk maakt op de vrijheid van meningsuiting niet gerechtvaardigd zijn.⁵¹ Het ontbreekt in Ierland aan andere bepalingen waarmee discriminatie strafrechtelijk kan worden vervolgd. Belediging wordt civielrechtelijk afgedaan (*tort of defamation*). De common law delicten smaad en laster zijn sinds 2009 gedecriminaliseerd. Smaad en laster worden voortaan beschouwd als *tort*, een civielrechtelijke figuur.⁵² Gelet op de strafrechtelijke herkomst van belediging wordt geregeld verwacht dat de huidige regeling ook ziet op de aanpak van andere door

47 S. 2 jo. 1 Prohibition of Incitement to Hatred Act, 1989. Met reizigersgemeenschap (*Travellers*) wordt een rondtrekkende inheemse etnische minderheidsgroep in Ierland bedoeld. Zie over de ontwikkeling van discriminatie van deze minderheidsgroep onder andere MacLaughlin, *Race & Class* 1996.

48 S. 2, 3 en 4, Prohibition of Incitement to Hatred Act, 1989.

49 S. 6 Prohibition of Incitement to Hatred Act, 1989.

50 Haynes & Schweppe 2017, p. 19.

51 Schweppe & Walsh 2008, p. 55-56.

52 S. 6, respectievelijk S. 35 Defamation Act, 2009: '*The common law offences of defamatory libel, seditious libel and obscene libel are abolished.*'

discriminatie ingegeven delicten. Bij wijze van voorbeeld wordt in de literatuur opgemerkt dat zelfs politiediensten herhaaldelijk een beroep doen op de *Prohibition to Incitement to Hatred Act, 1989*, terwijl de feiten buiten het bereik van deze wet vallen.⁵³

7.3.2 Discriminatie en straftoemeting

Hoewel het ontbreekt aan een bepaling waarin discriminatie wordt genoemd als een verzwarende omstandigheid of wordt voorgeschreven dat een discriminatoir motief een verzwarend effect heeft, kunnen zij wel in de straftoemeting worden betrokken.⁵⁴ Dat wil zeggen dat discriminatie of een discriminatoir motief een argument is dat bij de straftoemeting een rol kan spelen. Het kunnen betrekken van een discriminatoir motief vloeit voort uit de discretionaire bevoegdheid van de rechter om aan de hand van de omstandigheden van het strafbare feit en de dader tot een proportionele straf te komen. Dat blijkt ook uit de weinige rechtspraak van het voormalige *Court of Criminal Appeal* en het *Court of Appeal*. In deze rechtspraak kan slechts worden ingegaan op de gemotiveerde straftoemetingsbeslissing van een lager gerecht; ontbreekt de motivering, dan kan die ook niet worden getoetst.

In 2004 werd aan het *Court of Criminal Appeal* de zaak *D.P.P./Jones Derwin* voorgelegd. Het betrof een geweldsincident met dodelijke afloop jegens een Chinese man. Vanwege de aan de feiten voorafgaande racistische uitingen, kon worden vastgesteld dat het delict was gepleegd met een racistisch motief. Door de rechter was dit echter niet in de straftoemeting betrokken. De aanklager ging in beroep tegen de opgelegde straf, omdat hij deze onredelijk licht achtte. Hij voerde aan dat racistisch gemotiveerd geweld moest worden bestraft met een gevangenisstraf. Die opvatting kon de aanklager niet op beleid van het Ierse Openbaar Ministerie baseren (zie verderop in dit hoofdstuk), en evenmin op Ierse rechtspraak. De openbaar aanklager nam dus een gok; wellicht hoopte hij op een richtinggevende uitspraak van het hof. Het hof ging echter niet mee in het beroep en ontkende het bestaan van een beginsel dat dwingt dat gevangenisstraf wordt opgelegd indien een feit is gepleegd met een racistisch motief.⁵⁵ Het nam tevens aan dat de strafoplegging ook overigens voldeed aan de principles of sentencing.⁵⁶

⁵³ Taylor 2011, paragraaf 5.2.20-5.2.21.

⁵⁴ Ook in verzachtende zin. Zie Court of Appeal 30 juli 2019, IECA 2019/222 (*D.P.P./Juraci da Silva*) waarin door de latere slachtoffers racistische uitingen werden gedaan in de richting van Da Silva. Die omstandigheid betrok de rechter in verzachtende zin mee in het bepalen van de straf.

⁵⁵ Schweppe, Haynes & Carr 2014, p. 13-14.

⁵⁶ Ongepubliceerde uitspraak van het Court of Criminal Appeal van 1 november 2004, zie Schweppe & Walsh 2008, p. 80 en Schweppe, Haynes & Carr 2014, p. 13-14.

Dat aanwezigheid van een racistisch motief wel kan worden betrokken bij de straftoemeting, wordt gedemonstreerd in de zaak *D.P.P./Elders*. Het ging in deze zaak om het volgende. Enkele vrienden zitten in de nieuwjaarsnacht in een auto, als een man naar hen toe komt, de autodeur opent en om een lift vraagt. Wanneer de inzittenden van de auto weigeren, wordt de man agressief. Hij dreigt auto en het nabijgelegen huis van het slachtoffer te vernielen. Daaraan voegt hij de woorden '*eff off Pakki Bastards*' toe, wat zoiets betekent als 'rot op, Pakistaanse klootzakken'. Vervolgens verlaat hij de auto om even later, vergezeld met een aantal anderen, vernielingen aan te richten en het slachtoffer met een glasscherf in het gezicht te snijden. Bij het bespreken van de verschillende factoren die door de rechter zijn gebruikt in het vaststellen van de ernst van het feit, stond het Hof in het bijzonder stil bij de racistische uiting van de verdachte. Van de vele verzwarende omstandigheden was het racistische motief er één van. Volgens het hof was de racistische dimensie in deze zaak duidelijk en gold deze als een verzwarend feit ('*aggravating fact*').⁵⁷

Aan het argument van de verdediging dat het niet ging om een delict dat was ingegeven door discriminatoire motieven, wordt door het Hof weinig waarde gehecht. Racistische aspecten hebben een verzwarende werking,⁵⁸ ook wanneer zij slechts een bijkomend karakter hebben.

Iets meer duidelijkheid met betrekking tot het vaststellen van het discriminatoire motief geeft de uitspraak in de zaak *D.P.P./Collins*. Collins werd veroordeeld wegens section 4 assault oftewel zware mishandeling. Hij had het slachtoffer een kopstoot gegeven met ernstig hersenletsel tot gevolg. Collins verklaarde dat het slachtoffer zijn vriendin had lastiggevallen en hij het slachtoffer daarom had mishandeld. De rechter veroordeelde Collins tot acht jaar gevangenisstraf. Tegen die beslissing ging Collins in beroep. Een van de vraagpunten in hoger beroep was of Collins met racistisch motief het slachtoffer had mishandeld. De rechter oordeelde dat een racistisch motief aan het feit ten grondslag had kunnen liggen en had zich daarbij gebaseerd op een rapport van de reclassering waarin stond dat Collins zei dat hij zag dat twee buitenlanders ('*foreign nationals*') de weg overstaken in de richting van zijn vriendin. Op basis hiervan stelde de rechter hij het gevoel ('*he felt*') had dat het zeer waarschijnlijk ('*highly probable*') was dat Collins handelen door een zekere mate van racisme was ingegeven ('*some element of racisme to an unspecified degree*'). Dit kon de goedkeuring van het *Court of Appeal* niet wegdragen. Het hof stelde dat niet duidelijk was of en zo ja, welke rol een mogelijk racistisch motief speelde in het bepalen van de straf.⁵⁹ Wat het hof in deze uitspraak lijkt te eisen is duidelijkheid hoe het racistisch motief heeft meegewerkt in de straftoemeting en of er sprake was van een racistisch motief. Daarbij

57 Court of Appeal 10 november 2014, IECA 2014/6 (*D.P.P./Elders*), paragraaf 11.

58 Zie ook Court of Appeal 12 februari 2016, IECA 2016/35 (*D.P.P./Collins*), paragraaf 16.

59 Court of Appeal 12 februari 2016, IECA 2016/35 (*D.P.P./Collins*), paragraaf 15-16.

wordt geen standaard bepaald; het enkele gevoel dat er een hoge mate van waarschijnlijkheid van racisme is, kan echter niet door de beugel.

Er is ook rechtspraak voorhanden over strafbare feiten tegen personen met een beperking. Uit die rechtspraak komt naar voren dat de omstandigheid dat het slachtoffer een beperking heeft ten nadele van de dader bij de straftoemeting wordt meegewogen. De op te leggen straf wordt echter niet beïnvloed door het motief van de dader, maar door de mate van beperking van het slachtoffer. Hoe gehandicapt de persoon, hoe hoger de straf.⁶⁰

Het voorgaande wijst uit dat rechters discriminatoire aspecten soms aanmerken als een verzwarende omstandigheid, en soms niet, althans niet expliciet, in de straftoemeting.⁶¹ Ook zou de rechter in veel gevallen niet eens op de hoogte zijn van het discriminatoire aspect. Over dit verdwijnen van discriminatoire motieven in de loop van de strafrechtelijke procedure en de kritiek daarop, gaan we hierna dieper in.

7.4 DE TOEPASSING VAN DE VERZWARENDE OMSTANDIGHEID IN DE (RECHTS)-PRAKTIJK

7.4.1 Inleidende opmerkingen

De vraag of discriminatie en de aanpak ervan in Ierland als een belangrijk maatschappelijk en strafrechtelijk thema wordt beschouwd, kan wisselend worden beantwoord. Ierland heeft geen traditie van extreemrechtse politieke partijen of bewegingen en lijkt daardoor lange tijd een blinde vlek te hebben gehad voor racisme en discriminatie. Tegelijkertijd werden minderheden (de reizigersgemeenschap in het bijzonder) als tweederangsburgers beschouwd die buiten de mainstream van een vooral homogeen Rooms-katholiek Ierland vielen. Het kan niet worden ontkend dat Ierland de laatste decennia een ontwikkeling heeft doorgemaakt waarin de rechten en positie van vrouwen, de LHBT-gemeenschap en de reizigersgemeenschap zijn verbeterd. Belangrijke institutionele ontwikkelingen zijn onder andere de oprichting van de *Irish Human Rights and Equality Commission* in 2014. Tevens werden overheidsinstellingen, waaronder actoren in de strafrechtspleging, verplicht rekening te houden met mensenrechten en opgedragen gelijkheid te bevorderen. In 2017 verscheen een strategische visie van de Minister van Justitie en Gelijkheid over de integratie van migranten (*A Blueprint for the Future*), een relatief nieuwe minderheidsgroep in Ierland, waarin discriminatie en racisme als bedreigingen voor die integratie worden omschreven, die onder andere met nieuwe wetgeving met betrekking tot raciaal gemotiveerde criminaliteit (*'with regard to*

60 Court of Appeal 22 juni 2015, IECA 2015/141 (*D.P.P./Moran*), paragraaf 11. Zie Haynes en Schweppe 2017, p. 66-67.

61 Haynes & Schweppe 2017, p. 37-38.

racially motivated crime') moeten worden aangepakt.⁶² Van wetgeving is het tot op heden niet gekomen. Niettemin worden deze en andere maatregelen tegen discriminatie positief gewaardeerd door ECRI in haar laatste rapport over Ierland.⁶³

7.4.2 Enkele cijfers over strafbare feiten waarbij discriminatie een rol speelde

Registratie van haatcriminaliteit (strafbare feiten op grond van de Prohibition of Incitement to Hatred Act, 1989 en strafbare feiten met een discriminatoir motief) vindt slechts mondjesmaat plaats en dat wordt als een groot probleem beschouwd.⁶⁴ Ten gevolge van slechte registratie door de politie en de weigering van het Ierse statistiekbureau om gegevens openbaar te maken,⁶⁵ vindt registratie plaats door verschillende (particuliere) instanties. Deze registreren onder meer op verschillende discriminatiegronden, mede waardoor vergelijking tussen de gegevens slecht mogelijk is. Zo rapporteerden het Transgender and Equality Network Ireland (TENI) en het Gay and Lesbian Equality Network (GLEN) over anti-LHBT-uitingen.⁶⁶ TENI rapporteerde in 2016 46 strafbare feiten die met anti-LHBT-uitingen gepaard gingen, begaan in de periode 2014-2016. Daarvan werden er zes bij de politie gemeld.⁶⁷ GLEN rapporteerde over 2015 elf strafbare feiten die met anti-LHBT-uitingen gepaard gingen. De strafbare feiten betroffen (als we de cijfers van TENI en GLEN tezamen nemen) mishandeling, belaging (harassment),⁶⁸ vernieling, openbare ordedelicten (niet nader gespecificeerd), verkrachting en seksuele aanranding.

Racisme en antireligieuze uitingen werden geregistreerd door het *Irish Network Against Racism* (INAR). INAR rapporteerde onlangs cijfers over 2019.⁶⁹ INAR meldt dat bij hem 530 meldingen binnenkwamen, waarvan 112 een strafbaar feit met een discriminatoir motief betrof.⁷⁰ Net als bij anti-LHBT-uitingen treffen we aan mishandeling, bedreiging, vernieling en belaging, alsmede het spuiten van graffiti en diefstal. Ten opzichte van eerdere jaren werd vooral een stijging

⁶² *A Blueprint for the Future* 2017, p. 7 en 33.

⁶³ *ECRI report in Ireland* 2 April 2019. Zie ook Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Combined fifth to ninth periodic reports submitted by Ireland under article 9 of the Convention, due in 2014*, 3 oktober 2018, CERD/C/IRL/5-9.

⁶⁴ ECRI 2019, p. 14-15; Immigrant Council of Ireland 2019.

⁶⁵ ECRI 2019, p. 14-15.

⁶⁶ Het Ierse Gay and Lesbian Equality Network (GLEN) registreerde een aantal jaren door homofobie, bifobie en transfobie geïnspireerde strafbare feiten. GLEN hield in 2017 op te bestaan, waarmee ook de registratie stopte.

⁶⁷ Haynes en Schweppe 2017b, p. 22-23.

⁶⁸ Zie s. 10 *Non-fatal Offences Against the Person Act*, 1997.

⁶⁹ Michael 2019.

⁷⁰ Door over motieven te rapporteren, wordt vergelijking met de gegevens van TENI en GLEN (die over uitingen rapporteerden) bemoeilijkt.

van mishandeling met discriminatoir motief geregistreerd. INAR vermeldt in zijn rapport het motief niet, wel de achtergronden van de slachtoffers: etnische, religieuze en raciale groepen, waarbij – als we op de voorbeelden in het rapport mogen afgaan – in het bijzonder op migrantengroepen wordt geëdoeld,⁷¹ en gender.

INAR meldt ook dat in slechts 30% van de zaken die bij hem zijn geregistreerd, ook bij de politie melding werd gemaakt. De belangrijkste reden om niet te melden zijn volgens INAR gebrek aan vertrouwen in de politie, niet weten bij wie te moeten melden en angst voor de reactie van de dader. Ander onderzoek bevestigt het gebrek aan vertrouwen in de politie en noemt ook een aantal andere redenen (feit niet ernstig genoeg, ontbreken van angst). Tegelijkertijd was een belangrijke reden om niet te melden ook het gevoel dat de politie niets aan het incident kon doen, wat niet per definitie duidt op gebrek aan vertrouwen.⁷²

7.4.3 Van politie tot straftoemeting

ECRI is bijzonder kritisch op de strafrechtelijke poot van het antidiscriminatiebeleid in Ierland.⁷³ ECRI erkent dat de politie '*ethnic liaison officers*' en '*LGT liaison officers*' in dienst heeft die op lokaal niveau soms intensief samenwerken met minderheidsgroepen en een wezenlijke bijdrage leveren aan het bevorderen van wederzijdse tolerantie, respect en begrip. Op die manier wordt bijgedragen aan het voorkomen van haatcriminaliteit. Over de wet die aanzetten tot haat strafbaar stelt, is ECRI, in navolging van verschillende Ierse NGO's en wetenschappers, niet te spreken.⁷⁴ De wet wordt zelden toegepast, heeft een te beperkte reikwijdte (zo is alleen het aanzetten tot haat strafbaar gesteld, niet het aanzetten tot geweld of discriminatie en niet de discriminatoire belediging zelf) en de wet is verouderd, want kan niet worden toegepast op uitlatin-

71 In de voorbeelden die in het rapport worden aangehaald, komen huidskleur, nationaliteit en vreemdelingenstatus voor.

72 Haynes en Schweppe 2017a, p. 84.

73 Zie ook Haynes en Schweppe 2017a, p. 30. Er ontbreekt op dit moment wetgeving in Ierland die de rechter dwingt een discriminatoir motief, of een uiting van discriminatie, mee te wegen bij het bepalen van een juiste straf in een concrete zaak. Hoewel de *Prohibition of Incitement to Hatred Act, 1989* haat zaaien strafbaar stelt, voldoet de wet niet om de dagelijkse uitingen van discriminatie waarmee mensen in Ierland worden geconfronteerd aan te pakken. Vertaling van 'There is currently no legislation in Ireland which requires a court to take a bias motivation, or a demonstration of bias, into account when determining the appropriate sanction to impose in a given case. While the Prohibition of Incitement to Hatred Act, 1989 criminalises incitement, it is (...) not suited to addressing the daily criminal manifestations of bias faced by people in Ireland.'

74 ECRI report on Ireland 2019, p. 14. Zie ook Immigrant Council of Ireland 2019.

gen die op internet worden begaan. Er is wel gesuggereerd dat de Ierse wetgeving haat toelaat.⁷⁵

Voor zover het gaat om overige criminaliteit, begaan met discriminatoir motief, is ECRI kritisch op het ontbreken van een discriminatoir motief als strafverhogende omstandigheid voor alle strafbare feiten. ECRI is in het algemeen kritisch op de gehele strafrechtspleging die zo lijkt te zijn ingericht dat rechters zelden in staat zijn om het discriminatoire motief in de straftoemeting te betrekken. In literatuur wordt daarvoor als belangrijke verklaring gegeven het ontbreken van wetgeving en eenduidige rechtspraak. Dat beïnvloedt de gehele strafrechtspleging: van het opsporingsonderzoek tot en met de rechterlijke straftoemeting. We lichten dit toe.

Hiervoor werd gemeld dat bij de politie speciale functionarissen zijn aangesteld die in contact staan met de LHBT-gemeenschap en migrantengemeenschap. Er is ook groeiende aandacht voor de positie van de *Travellers*.⁷⁶ Ook in strafrechtelijke onderzoeken geeft de politie meer aandacht aan de bijzondere achtergrond van slachtoffers. Die aandacht vloeit voort uit de EU-richtlijn slachtofferrechten die bepaalt dat met de persoonlijke kenmerken van slachtoffers rekening moet worden gehouden alsmede met de aard van het misdrijf, 'zoals of het gaat om een haatmisdrijf'.⁷⁷ De richtlijn werd in Ierland geïmplementeerd met de invoering van de *Criminal Justice (victims of crime) Act, 2017*. In s. 15(1) van deze wet staat dat de politie tijdens haar onderzoek een assessment maakt van een slachtoffer, met als doel te beoordelen of het slachtoffer bescherming behoeft. Tijdens dat assessment wordt rekening gehouden met leeftijd, gender, genderidentiteit of -expressie, seksuele oriëntatie, etniciteit (waaronder etnische origine), ras (waaronder huidskleur, nationaliteit en nationale origine), religie, gezondheid, handicap en de onmogelijkheid om te kunnen communiceren door het slachtoffer (s. 15(2)(d)). Die achtergrond hoeft evenwel niet te worden betrokken bij het strafrechtelijk onderzoek zelf en ter beantwoording van de vraag of de achtergrond van het slachtoffer een mogelijke verklaring vormt voor het tegen het slachtoffer begane strafbare feit. De politie maakt alleen melding van de achtergrond van het slachtoffer in haar eigen registratiesysteem. Zij wordt niet gevoegd aan het strafdossier en bereikt het Openbaar Ministerie dus niet.⁷⁸ Een verklaring die daarvoor wordt gegeven is het ontbreken van wetgeving waarin discriminatie als zelfstandige verzwarende omstandigheid wordt aangemerkt. Als gevolg daarvan

⁷⁵ Perry 2017.

⁷⁶ ECRI report on Ireland 2019, p. 20. ECRI constateert ook dat nieuw beleid moet worden ontwikkeld.

⁷⁷ Richtlijn 2012/29/EU van het Europees parlement en de Raad van 25 oktober 2012 tot vaststelling van minimumnormen voor de rechten, de ondersteuning en de bescherming van slachtoffers van strafbare feiten, en ter vervanging van Kaderbesluit 2001/220/JBZ, PbEU L315/57, overweging 9 en 56.

⁷⁸ Perry en O'Curry 2019, p. 17; Haynes en Schweppe 2017a, p. 155.

voelen politieambtenaren niet de noodzaak om het eventuele discriminatoire motief verder te onderzoeken. Ook gebrek aan tijd, middelen en training van politieambtenaren worden genoemd als redenen voor het niet onderzoeken van het discriminatoire motief, waaraan wordt toegevoegd dat de politie een grote discretionaire ruimte heeft om te bepalen wat wel en niet wordt onderzocht.⁷⁹

In 2019 paste de politie haar beleid aan. De *Diversity and Integration Strategy 2019-2021* bevestigt het belang van bescherming van slachtoffers en het registreren van gevallen van haatcriminaliteit. De politie formuleerde ook de volgende doelstelling:

‘Het samenwerken met onze strafrechtelijke partners, waaronder het Ministerie van Justitie en Gelijkheid, het Openbaar Ministerie, de reclasering, de Ierse dienst justitiële inrichtingen en de gerechten om het strafproces met betrekking tot haatcriminaliteit te verbeteren.’⁸⁰

Om die doelstelling te bereiken wordt gewerkt aan een ‘mechanisme dat waarborgt dat de verzwarende factor van haatcriminaliteit effectief wordt gecommuniceerd tijdens het strafproces aan de ketenpartners’.⁸¹ Of dat mechanisme reeds is ontwikkeld en hoe dat eruit ziet, is niet duidelijk geworden. Evenmin is het ons bekend geworden of ten gevolge van deze doelstelling de politie meer onderzoek is gaan doen naar een mogelijk discriminatoir motief.

In slechts een beperkt aantal gevallen is de laatste jaren politieonderzoek gedaan naar het discriminatoire motief en raakt het Openbaar Ministerie ervan op de hoogte. De beslissing om te vervolgen en het motief daarbij te betrekken is niet verplicht.⁸² Het Openbaar Ministerie kent richtlijnen die aanklagers helpen te bepalen wanneer een zaak wel of niet voor vervolging aan aanmerking komt. Factoren die in het bijzonder bijdragen aan de keuze om wel te vervolgen en die in de literatuur met betrekking tot haatcriminaliteit relevant worden geacht, zijn onder andere of het feit in het verband van een groep is begaan, of er gevaar is voor herhaling en de kwetsbaarheid van het slachtoffer. Ook de noodzaak van (generale en speciale) afschrikking, het tonen van

79 Haynes en Schweppe 2017a, p. 130-134.

80 Vertaling van ‘To collaborate with our Criminal Justice partners including the Department of Justice and Equality, Office of the Director of Public Prosecutions, Probation Service, Irish Prison Service, and Courts Service to enhance the criminal justice process in respect of hate crime.’ Zie An Garda Síochána, *Diversity and Integration Strategy 2019-2021*, 2019, p. 10. Haatcriminaliteit is de term die wordt gebruikt voor strafbare feiten die met een discriminatoir motief worden begaan.

81 Vertaling van ‘mechanism to ensure that the aggravating factor of a hate crime is communicated effectively during the criminal justice process to criminal justice partners’. An Garda Síochána, *Diversity and Integration Strategy 2019-2021*, 2019, p. 10.

82 Haynes en Schweppe 2017a, p. 149.

berouw en het effect van de vervolgingsbeslissing op het slachtoffer en zijn familie, zijn factoren die een rol spelen bij de vervolgingsbeslissing.⁸³ De richtlijnen (ook de meest recente editie uit 2019) zwijgen over het al of niet vervolgen van haatcriminaliteit. Dat zou een verklaring vormen waarom het discriminatoire motief tijdens de sentence hearing van de zijde van het Openbaar Ministerie zelden naar voren wordt gebracht en bewijs daarvan niet wordt aangedragen. Ook het gebrek aan opleiding zou debet zijn aan het niet betrekken van het discriminatoire motief, terwijl opnieuw de afwezigheid van wetgeving als reden wordt genoemd.⁸⁴

Zo het motief wel in de strafzaak wordt betrokken, wil dat niet zeggen dat het motief de rechter bereikt. Dat is in het bijzonder het geval bij gevallen van plea bargaining. Uit onderzoek blijkt dat verdachten bereid zijn om schuld te bekennen (*guilty plea*) voor een bepaald feit, zolang geen melding wordt gemaakt van het discriminatoire motief. Het motief wil dan ook wel eens in de onderhandelingen in het kader van *plea bargaining* sneuvelen, in het bijzonder wanneer over het motief niet zo heel veel bewijs aanwezig is of het aanwezige bewijs tamelijk eenvoudig kan worden betwist. Wanneer het motief in de onderhandelingen over een *guilty plea* sneuvelt, kan de rechter er geen rekening mee houden bij het bepalen van de straf.⁸⁵

Zo de rechter bij het bepalen van de straf rekening kan houden met het discriminatoire motief, is dat niet van problemen ontbloot. We zagen hierboven dat er uitspraken van het *Court of (Criminal) Appeal* zijn waaruit blijkt dat het discriminatoire motief een verzwarende omstandigheid is in het concrete geval en binnen het op het feit gestelde strafmaximum. Die rechtspraak laat veel onduidelijk.⁸⁶ In de eerste plaats spreekt het Hof over ras en racisme, zonder duidelijk te maken wat daaronder wordt verstaan: gaat het bijvoorbeeld ook om nationale herkomst en geloof? In de tweede plaats is onduidelijk waarmee precies rekening moet worden gehouden: is geweld tegen iemand die pedofiel is ook een reden voor strafverzwaring? In de derde plaats wordt in de gerechtelijke uitspraken in het midden gelaten of het feit volledig door een discriminatoir motief moet worden verklaard, of dat kan worden volstaan met een gedeeltelijk discriminatoir motief. In de vierde plaats gaat het in de rechtspraak niet altijd om een discriminatoir motief. Bij geweld tegen een persoon met een lichamelijke of verstandelijke beperking wordt de mate van strafverhoging afhankelijk gesteld van de ernst van de handicap. Hoe ernstiger de beperking, hoe hoger de straf. Ten vijfde laat de rechtspraak open of de rechter de aanwezigheid van het discriminatoire motief moet motiveren en welke bewijsstandaard hij dient te gebruiken. De rechtspraak heeft ten aanzien van beide punten (nog) geen duidelijkheid verschaft. Bij dit punt wordt ook de vraag

83 *Guidelines for Prosecutors* 2019, p. 16.

84 Haynes en Schweppe 2017a, p. 152.

85 Haynes en Schweppe 2017a, p. 156-161.

86 Haynes en Schweppe 2017a, p. 64-70.

gesteld of het bewijs van het discriminatoire motief wel zo eenvoudig is. De meningen daarover onder professionals in de strafrechtspleging lopen uiteen.⁸⁷ Dat geldt ook voor de vraag of het discriminatoire motief in de praktijk altijd een verzwarende factor is. Sommige professionals beantwoorden deze vraag stellig met ja, anderen blijken terughoudender en menen dat het van de rechter afhangt in hoeverre deze met het discriminatoire motief rekening houdt. Personen die voor haatcriminaliteit waren veroordeeld, verklaarden dat op zitting het discriminatoire motief zelden ter sprake komt en dat zij alleen kijken wat voor straf zij krijgen; in de redenen zijn ze niet geïnteresseerd.⁸⁸

7.4.4 Strafbare feiten en discriminatie

Hiervoor wezen we erop dat de politie op grond van de *Criminal Justice (victims of crime) Act, 2017* rekening moet houden met verschillende achtergronden van slachtoffers: leeftijd, gender, genderidentiteit of -expressie, seksuele oriëntatie, etniciteit (waaronder etnische origine), ras (waaronder huidskleur, nationaliteit en nationale origine), religie, gezondheid, handicap en de onmogelijkheid om te kunnen communiceren door het slachtoffer. In s.3 van de *Equal Status Act, 2000*, waarin onder andere is bepaald dat discriminatie in het onderwijs is verboden, worden de volgende discriminatiegronden genoemd: gender, huwelijkse status, familiestatus, seksuele oriëntatie, religie, leeftijd, handicap, ras, reizigersgemeenschap. In de praktijk richt de politie zich op een aantal thema's: 'gebaseerd op feitelijke of veronderstelde leeftijd, beperking, ras, huidskleur, nationaliteit, etniciteit, religie, seksuele oriëntatie of gender'.⁸⁹ Etniciteit omvat 'Travellers' en 'Roma', religie omvat ook niet-gelovigen en gender omvat genderidentiteit, transgender, interseks, gender expressie en genderexploratie.⁹⁰ Eerder concentreerde de politie zich op leeftijd, handicap, islamofobie, anti-Roma, antisemitisme, *anti-Traveller*, gender-, homo- en transfobie, racisme en sectarianisme.⁹¹ Hoewel de gronden overlappen, blijken er dus ook accentverschillen te zijn, zeker waar het de politie betreft.

In de beperkte gepubliceerde rechtspraak die we hierboven bespraken, kwamen we twee gronden tegen: ras en handicap.⁹² De feiten in de gevonden zaken

⁸⁷ Haynes en Schweppe 2017a, p. 70-71.

⁸⁸ Haynes en Schweppe 2017a, p. 176-179. We merken hier nog op dat de redenen ook niet altijd op schrift gesteld hoeven worden, zodat onduidelijk is of en in hoeverre het discriminatie aspect een rol heeft gespeeld bij de straftoematingsbeslissing en zo ja, welke en hoe groot die rol in concreto was.

⁸⁹ 'based on actual or perceived age, disability, race, colour, nationality, ethnicity, religion, sexual orientation or gender'. Zie *Diversity and Integration Strategy 2019-2021*, 2019, p. 6.

⁹⁰ *Diversity and Integration Strategy 2019-2021*, 2019, p. 6.

⁹¹ Haynes en Schweppe 2017a, p. 113.

⁹² Haynes en Schweppe 2017a, p. 64-68.

betroffen zware mishandeling en vernieling, zware mishandeling en mishandeling.⁹³ Handicap lag ten grondslag aan de inbraak die leidde tot het arrest *D.P.P./Moran* in 2015.⁹⁴ Discriminatie wegens handicap lag ook aan de seksuele aanranding in *D.P.P./DO'D* ten grondslag.⁹⁵ Motieven als antisemitisme en islamofobie en homo- en transfobie werden in de rechtspraak niet aangetroffen.⁹⁶ Ook andere motieven zijn we in (recentere) rechtspraak niet tegengekomen. Het voorgaande wekt de indruk dat de motieven die in zaken komen bovendrijven, de rechter nauwelijks bereiken, terwijl een aantal discriminatoire motieven volledig buiten het zicht van de rechter lijken te blijven. Gelet op de beperkte gepubliceerde rechtspraak moeten we hier een slag om de arm houden.

7.5 KNELPUNTEN IN WETGEVING EN (RECHTS)PRAKTIJK

Hoewel het ontbreekt aan wetgeving in Ierland die bepaalt dat een discriminatoir motief als verzwarende omstandigheid kan of moet worden betrokken bij het bepalen van de straf, zagen we dat in de weinige rechtspraak op dit terrein die boodschap wel wordt afgegeven. Zo er zaken zijn waar het discriminatoire motief een rol speelt bij de straftoemeting, dan geldt dat motief als verzwarende omstandigheid. Als rechtvaardiging daarvoor wordt opgemerkt dat een boodschap wordt afgegeven die luidt dat op grond van de Ierse grondwet alle mensen gelijk zijn en haatcriminaliteit een inbreuk op fundamentele rechten vormt. Ook wordt daarin een zwaardere straf (binnen het strafmaximum) gerechtvaardigd gelet op het leed dat slachtoffers is aangedaan. Tevens wordt met een zwaardere straf de ernst en mate van het verwijt beter tot uitdrukking gebracht. Zeker wanneer vanuit een discriminatoire overtuiging wordt gehandeld, is een zwaardere straf op zijn plaats.⁹⁷ Dat neemt niet weg dat we ook een pleidooi lazen voor meer mediation en resocialisatie, waarbij vooral wordt gezocht naar de redenen om te discrimineren, om van daaruit te werken tegen discriminatie.⁹⁸

93 Court of Appeal 10 november 2014, IECA 2014/6 (*D.P.P./Elders*), Court of Appeal 12 februari 2016, IECA 2016/35 (*D.P.P./Collins*); Court of Appeal 26 februari 2016, IECA 2016/82 (*D.P.P./Shattock*).

94 Court of Appeal 22 juni 2015, IECA 2015/141 (*D.P.P./Moran*).

95 Aangehaald in: Haynes en Schweppe 2017a, p. 67.

96 Haynes en Schweppe 2017a, p. 73. Een eigen zoekslag waarbij deze termen werden gebruikt op de website van de Ierse rechtspraak, www.courts.ie (bekeken op 8 juni 2020), leverde geen hits op. Het invoeren van de termen *anti-Roma*, *anti-Traveller*, *sectarianism* en *antisemitism* leverde evenmin hits op.

97 Zie voor deze drie argumenten Haynes en Schweppe 2017a, p. 95, 98, 100.

98 Haynes en Schweppe 2017a, p. 97.

Uit het landenrapport van ECRI over Ierland en verschillende onderzoeken en rapporten van NGO's komt steeds naar voren dat nieuwe wetgeving noodzakelijk wordt geacht.⁹⁹ De bestaande (rechts)praktijk wordt onhoudbaar geacht. We vonden geen bronnen waarin een andere mening werd verkondigd. In 2015 werd een concreet voorstel gedaan voor nieuwe wetgeving op het terrein van haatcriminaliteit. We bespreken hier het voorstel met betrekking tot de straftoemeting. De onderzoekers, Haynes en Schweppe, kiezen, mede op basis van interviews met politieambtenaren en advocaten, voor het in de wet opnemen van gekwalificeerde delicten, dat wil zeggen delicten waarin naar discriminatie wordt verwezen die – voor zover mogelijk – met dezelfde straf worden bedreigd als het grondfeit. De argumenten voor een gekwalificeerd delict zijn de volgende. De gehele strafrechtspleging raakt doordrongen van de verhoogde strafwaardigheid van door discriminatie geïnspireerde delicten, de bekendheid over deze delicten bij professionals (politie, aanklagers voor het Openbaar Ministerie en rechtspraak) wordt vergroot, de samenleving raakt doordrongen dat ook door discriminatie geïnspireerd handelen strafbaar is, de registratie van dergelijke delicten kan verbeteren en er kan meer aandacht wordt besteed aan discriminatie in de aanklacht, tijdens het onderzoek ter terechtzitting en bij het bepalen van de straf, alsmede tijdens de tenuitvoerlegging van de opgelegde straf.¹⁰⁰ Meer aandacht zou met gekwalificeerde delicten worden bereikt, omdat 'het systeem het [gekwaltificeerde] bestanddeel niet kan negeren', waar dat volgens de onderzoekers wel mogelijk is als discriminatie slechts een verzwarende omstandigheid is bij de straftoemeting.¹⁰¹ Het bestanddeel moet worden bewezen, waarvoor de bewijsstandaard buiten redelijke twijfel ('*beyond reasonable doubt*') geldt. Dat betekent dat het discriminatoire motief niet meer tijdens de *sentencing hearing* aan bod komt, maar bij de bewijsbeslissing. In geval van *trial of indictment* moet een jury ook daarover beslissen. Dat betekent dat het discriminatoire motief op de openbare terechtzitting besproken moet worden en er een (gemotiveerde) beslissing over volgt. Dat heeft volgens de onderzoekers meer waarde dan het gekwalificeerde delict met een hoger strafmaximum te bedreigen.¹⁰²

Niet alle delicten zouden een gekwalificeerde variant hoeven krijgen. De onderzoekers maakten een keuze op basis van de meest voorkomende vormen van haatcriminaliteit en gelet op delicten waarvan een specifieke (minderheids)groep het slachtoffer wordt.¹⁰³ De lijst van strafbare feiten bestaat uit 25 delicten, gegroepeerd in vier categorieën: delicten tegen de persoon, ver-

99 ECRI 2019; Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Combined fifth to ninth periodic reports submitted by Ireland under article 9 of the Convention, due in 2014*, 3 oktober 2018, CERD/C/IRL/5-9, paragraaf 22(a); Michael 2019; Immigrant Council of Ireland 2019.

100 Haynes en Schweppe 2015, p. 69-73.

101 Vertaling van 'the system cannot ignore the element'. Zie Haynes en Schweppe 2015, p. 70.

102 Haynes en Schweppe 2015, p. 78.

103 Haynes en Schweppe 2015, p. 74.

mogensdelicten, seksuele delicten en openbare-ordedelicten. Onder delicten tegen de persoon vallen moord, (zware) mishandeling en belaging. Het invoeren van een gekwalificeerd delict wordt ook bij moord voorgesteld teneinde de ernst van moord extra te kunnen benadrukken en als factor te laten meenemen bij een eventuele voorwaardelijke invrijheidstelling.¹⁰⁴ Bij de vermogensdelicten wordt een gekwalificeerd delict voorgesteld bij vormen van diefstal, verduistering en vernieling. Een gekwalificeerd delict wordt ook voorgesteld bij diverse vormen van verkrachting en aanranding. Bij de openbare-ordedelicten wordt een gekwalificeerd delict voorgesteld bij verschillende varianten van wanordelijk gedrag in de publieke ruimte (*disorderly conduct in a public place*), gewelddadige wanordelijkheden (violent disorder), vechterij of openlijke geweldpleging (*affray*), afpersing en afdreiging.¹⁰⁵

Bij een aantal gekwalificeerde delicten wordt voorgesteld om discriminatie zowel als motief in te voeren en als uiting of demonstratie van discriminatie. Het voordeel van de laatste variant boven de eerste is dat geen motief of opzet hoeft te worden bewezen, maar slechts dat uit de gedragingen blijkt dat er sprake was van discriminatie. Een voordeel van discriminatie als motief is dat dit de ernst van het feit beter zichtbaar maakt. Dat een discriminatoir motief moeilijker is te bewijzen dan een loutere uiting van discriminatie, wordt door de onderzoekers gerelativeerd. Het motief kan worden bewezen op basis van de omstandigheden van het geval, bijvoorbeeld wat is gezegd voor, tijdens en na afloop van het feit. Tevens wordt niet geëist dat discriminatie het enige motief was voor het feit. De enige eis is dat het strafbare feiten tenminste ten dele door discriminatie werd gemotiveerd.¹⁰⁶ Hoe groot dat deel tenminste moet zijn, wordt niet vermeld. De keuze voor beide varianten, in plaats van slechts één van beide, wordt niet toegelicht. De keuze is beperkt tot geschreven of gesproken uitingsdelicten.

De onderzoekers pleiten voor een lijst van gronden van discriminatie, die niet limitatief is. De voorgestelde gronden zijn:

‘ras, huidskleur, etnische of sociale herkomst, genetische kenmerken, taal, religie of geloof, politieke of andere opvatting, lidmaatschap van een nationale minderheid, eigendom, geboorte, handicap, leeftijd, gender, gender expressie, gender identiteit, seksuele oriëntatie, verblijfstatus en gezondheid’.¹⁰⁷

104 Haynes en Schweppe 2015, p. 74.

105 Haynes en Schweppe 2015, p. 78. Opvallende afwezige is belediging met discriminatoir motief. De onderzoekers willen hiervoor een nieuwe wet invoeren, ter vervanging van de *Prohibition of Incitement to Hatred Act*, 1989.

106 Haynes en Schweppe 2015, p. 77.

107 Vertaling van ‘race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age, gender, gender expression, gender identity, sexual orientation, residence status and health.’ Haynes en Schweppe 2015, p. 68.

De onderzoekers stellen bij de gekwalificeerde delicten geen hoger strafmaximum voor dan het strafmaximum dat op het corresponderende grondfeit is gesteld. De rechterlijke straftoematingsvrijheid lijkt hieraan, in ieder geval mede, ten grondslag te liggen. Daarnaast ontbreekt het in het Ierse strafrecht aan een wettelijke catalogus van strafverhogende omstandigheden. Het is om die redenen

‘in het Ierse strafrecht niet haalbaar om de rechter te verplichten om een haatelement als verzwarende factor mee te wegen, maar deze bepaling zal rechters aanmoedigen in overweging te nemen of de aanwezigheid van een haatelement een dergelijke reactie rechtvaardigt. Op dit moment is het volledig aan de rechter gelaten in hoeverre hij aandacht besteedt [aan het haatelement] of niet’.¹⁰⁸

De voorstellen zijn er dus vooral op gericht aandacht te vragen voor discriminatie wanneer een dergelijke factor een rol speelde in het begaan van het delict. Een hogere straf (in abstracto en in concreto) wordt kennelijk niet beoogd; de winst met wetgeving wordt behaald in het openlijk ter terechtzitting bespreekbaar kunnen maken van het discriminatoire aspect, ook wanneer dat niet in de oorspronkelijke tenlastelegging tot uitdrukking werd gebracht, en het in het rechterlijk oordeel benoemen daarvan, waarna het ook op het strafblad wordt vermeld. De onderzoekers streven naar een cultuur waarin het normaal wordt om – indien daartoe aanleiding bestaat – het discriminatoire aspect aan de orde te stellen. Dat is belangrijk voor slachtoffers van door discriminatie geïnspireerde delicten. Indien de rechter het discriminatoire aspect vertaalt in een hogere straf, is dat volgens de onderzoekers bijvangst.

Het voorstel is onder meer positief ontvangen door de *Immigrant Council of Ireland* die het beschouwde als vertrekpunt voor nieuwe wetgeving.¹⁰⁹ Van overheidswege bleef het echter stil, tot het *Programme for Government Our Shared Future* waarover drie politieke partijen (*Fianna Fáil* (centrum-rechts), *Fine Gael* (centrum-links) and the *Green Party* (centrum-links)) het op 15 juni 2020 met elkaar eens werden. Daarin staan onder meer de volgende afspraken:

‘Introduceer wetgeving over haatcriminaliteit binnen 12 maanden na de totstandkoming van de regering. Deze wet zal speciale delicten creëren, teneinde te waarborgen dat zij die slachtoffers aantasten vanwege hun binding met een bepaalde identiteitskarakteristiek worden aangemerkt als daders van haatcriminaliteit. Deze

108 Vertaling van ‘It is not feasible within the Irish criminal justice system to require judges to treat a hate element as an aggravating factor, but this provision will encourage them to at least give consideration as to whether the present of a hate element might merit such a response. At present it is entirely at the discretion of the judge as to whether they give it attention or not.’ Zie Haynes en Schweppe 2015, p. 78.

109 Immigrant Council of Ireland 2019.

wet gaat uit van een verzwarende delicten model. De wet zal gepaard gaan met opleidingen binnen de strafrechtspleging en ondersteuning van slachtoffers.

Ten einde te waarborgen dat zij die anderen bevorderen of aanjagen minderheids-groepen te haten kunnen worden vervolgd, zullen we de Incitement to Hatred Act 1989 herzien en vernieuwen, na openbare consultatie in 2019.¹¹⁰

Er komt nieuwe wetgeving waarin specifieke strafbare feiten worden gecreëerd. Welke feiten dat zullen zijn, is nog niet duidelijk. De nieuwe strafbare feiten zijn gebaseerd op 'aggravated offences model'. Wat daarmee wordt bedoeld, is niet helemaal duidelijk, maar het lijkt neer te komen op het hierboven beschreven voorstel van gekwalificeerde delicten die niet leiden tot verhoging van het strafmaximum dat wordt bedreigd tegen het gronddelict. In hoeverre discriminatie als motief, als demonstratie of beide in de nieuwe wet tot uitdrukking wordt gebracht, heeft de nieuwe regering evenmin bepaald. Ook de vraag welke gronden als verzwarend zullen worden opgenomen, wordt niet beantwoord. Het antwoord daarop zal, mits aan dit onderdeel van het regeerakkoord uitvoering wordt gegeven, maximaal een jaar op zich laten wachten.

7.6 TUSSENCONCLUSIE

Deze paragraaf formuleert een antwoord op de deelvragen die in de inleiding van dit rapport zijn gesteld, voor zover Ierland betreffende. Voor de deelvragen verwijzen we naar paragraaf 1.2.2. In antwoord op die vragen kan het volgende worden gesteld.

Het Ierse strafrecht verschilt sterk ten opzichte van de andere ten behoeve van dit rapport onderzochte landen. Het verschil blijkt uit het, tot nu toe, ontbreken van een aparte wettelijke regeling waarin discriminatie als strafbeïnvloedende omstandigheid is opgenomen. Dat betekent niet dat het discriminatoire aspect niet in de straftoemeting aan de orde kan komen. De Ierse strafrechter heeft een ruime straftoemetingsvrijheid, ruimer zelfs dan zijn collega-common law rechters vanwege het ontbreken van *sentencing guidelines*.

110 Vertaling van 'Introduce Hate Crime legislation within 12 months of the formation of the Government. This legislation will create specific offences, to ensure that those who target victims because of their association with a particular identity characteristic are identified as perpetrators of hate crime. This legislation will be on the basis of an aggravated offences model. It will be supported by training across the criminal justice system, as well as victim supports.' Vertaling van 'In order to ensure that those who seek to encourage and incite others to hate minority groups can be prosecuted, we will revise and update Incitement to Hatred Act 1989, taking account of the public consultation conducted in 2019.' Zie Programme for Government 2020, p. 86.

In de Ierse rechtspraak is wel werk gemaakt van het stroomlijnen en voorspelbaarder maken van de straftoematingsbeslissing. Dat neemt niet weg dat de Ierse rechter veel vrijheid heeft in het bepalen van de straf in een concreet geval.

Rechtspraak wijst uit dat discriminatie wegens ras een verzwarende omstandigheid is. Dat betekent niet dat de rechter hoger dan het op een strafbaar feit gesteld strafmaximum mag straffen, wel dat hij bij het bepalen van de straf hoger mag straffen dan hij in een doorsneegeval zou doen. De verzwarende omstandigheid wordt voorgesteld als een motief; de reden voor het begaan van het strafbare feit is gelegen in het willen discrimineren van anderen. De rechtspraak heeft geen specifieke standaard bepaald voor het bewijzen van dit 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, blijkt onduidelijk. Discriminatie wegens handicap geldt ook als strafverzwarende omstandigheid. Hierbij gaat de rechter niet uit van een motief, maar is voor de straf bepalend de ernst van de handicap bij het slachtoffer. Het voorgaande maakt duidelijk dat van een stelsel op dit moment geen sprake is.

Het aantal gepubliceerde strafzaken waarin discriminatie een rol speelt bij de straftoemeting is gering. Internationale organisaties en Ierse NGO's en wetenschappers hebben veel kritiek geleverd op de bestaande aanpak van discriminatie. Die richt zich niet alleen op de verouderde *Prohibition of Incitement to Hatred Act, 1989*, maar ook op het ontbreken van discriminatie als strafverzwarende omstandigheid. Niet alleen is er volgens deze bronnen veel aan te merken op de rechtspraak, problematischer acht men het ontbreken van wetgeving. Al jaren wordt daarom door verschillende organisaties en wetenschappers gepleit voor nieuwe wetgeving. Het ontbreken van wetgeving wordt als een belangrijke reden genoemd waarom de Ierse politie, het Ierse Openbaar Ministerie en de Ierse rechtspraak zo weinig aandacht schenken aan haatcriminaliteit. Weliswaar heeft de politie meer aandacht voor haatcriminaliteit, die aandacht is pas van recente datum en richt zich vooral op de ondersteuning van slachtoffers en veel minder op strafrechtelijke afdoening. De geringe aandacht voor de afdoening van haatcriminaliteit is problematisch gelet op de door NGO's verzamelde gegevens over de omvang van de problematiek en de ervaringen van slachtoffers van haatcriminaliteit.

Inmiddels heeft de nieuwe Ierse regering besloten wetgeving te realiseren. De nieuwe strafbare feiten worden gebaseerd op 'aggravated offences model'. Dat lijkt neer te komen op het hierboven beschreven voorstel van gekwalificeerde delicten die niet leiden tot verhoging van het strafmaximum. In hoeverre het discriminatoire aspect als motief of (ook) als demonstratie daarin wordt verwerkt, moet worden afgewacht.

8 | Bevindingen

8.1 INLEIDING

Sinds 25 april 2018, het moment waarop de Tweede Kamerleden Segers en Buitenweg vragen stelden aan de Minister van Justitie en Veiligheid over het al dan niet in de wet opnemen van strafverzwarende omstandigheden bij geweld met een racistisch, antisemitisch of homofoob oogmerk, heeft het onderwerp ‘discriminatie’ vrijwel continue op de politieke agenda gestaan. Wereldwijd is het geweld met een discriminatoir motief bijna dagelijks onderwerp van gesprek of reden voor (grootschalige) protesten. Inmiddels zijn de vragen van Segers en Buitenweg uitgemond in een initiatiefwetsvoorstel, waarin het hebben van een discriminatoir oogmerk bij het plegen van een delict (in het voorstel aangeduid als ‘*hatecrimes*’) wordt opgenomen in het Wetboek van Strafrecht als algemene, voor alle delicten geldende, strafverhogende omstandigheid. Het Wetboek van Strafrecht bevat tot op heden slechts enkele bepalingen over strafbeïnvloedende omstandigheden met een algemene werking. Het introduceren van een discriminatoir oogmerk als een wettelijke strafverzwaringsgrond zou betekenen dat de bestaande systematiek van grote discretionaire bevoegdheid van de rechter voor wat betreft omstandigheden die meewegen bij het bepalen van de straf zou kunnen worden doorbroken. Voordat de minister zou willen overwegen of een dergelijke wijziging moet worden doorgevoerd, heeft hij voorgesteld om rechtsvergelijkend onderzoek te laten verrichten naar het bestaan en gebruik van een discriminatoir motief in de strafrechtspleging van andere lidstaten van de Europese Unie. Dit rapport vormt de uitkomst van dat onderzoek.

Uit onderzoek van de Europese Commissie blijkt dat er verschillende manieren zijn waarop lidstaten in hun strafwetgeving invulling geven aan de mogelijkheid die het EU-Kaderbesluit tegen discriminatie biedt om discriminatie als strafbeïnvloedende omstandigheid te onderkennen.¹ Daarbij worden vier wijzen onderscheiden:

1. bij wet wordt bepaald dat racistische en xenofobe motieven met betrekking tot *alle* misdrijven als een strafverzwarende omstandigheid gelden;

¹ Artikel 4 van het Kaderbesluit 2008/913/JBZ Van de Raad van 28 november 2008 betreffende de bestrijding van bepaalde vormen en uitingen van racisme en vreemdelingenhaat door middel van het strafrecht, *PbEU* L328/55.

2. bij wet wordt bepaald dat racistische en xenofobe motieven met betrekking tot *bepaalde* misdrijven als een strafverzwarende omstandigheid gelden;
3. racistische en xenofobe motieven moeten door de strafrechter bij het bepalen van de straf in overweging worden genomen, blijkens:
 - een specifieke wettelijke regeling;
 - andere strafbeïnvloedende motieven;
4. racistische en xenofobe motieven moeten bij het bepalen van de straf in overweging worden genomen, blijkens:
 - rechtspraak;
 - ‘officiële richtsnoeren’.²

Gebaseerd op deze vier verschijningsvormen van het discriminatoire motief, deden wij onderzoek naar (wettelijke) regelingen en de (rechts)praktijk in vijf lidstaten, die in het rapport van de Europese Commissie (uit 2014) worden genoemd als voorbeelden van de verschillende verschijningsvormen: Italië (als voorbeeld van 1), België en Frankrijk (als voorbeelden van 2), Duitsland (als voorbeeld van 3) en Ierland (als voorbeeld van 4). Onderzoek naar de plaats en betekenis van een discriminatoire motief in wet- en regelgeving en – voor zover mogelijk – in de (rechts)praktijk, leidde ons naar het antwoord op de vraag die in dit onderzoek centraal staat:

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?

In de landenrapporten in hoofdstuk 3 tot en met 7 is steeds sterk ingezoomd op één specifiek land. In dit slothoofdstuk wordt antwoord gegeven op de onderzoeksvraag, waarbij we steeds verder uitzoomen. In paragraaf 8.2 en 8.3 worden aan de hand van de in paragraaf 1.2.2 geformuleerde deelvragen de bevindingen van de verschillende landen, per land, in onderling perspectief gepresenteerd. In paragraaf 8.4 wordt verder uitgezoomd en geven we een dwarsdoorsnede van de bevindingen aan de hand van een aantal thematische vragen. In de slotparagraaf 8.5 wordt het perspectief nog verder naar achteren verlegd en komen we tot een algemene conclusie over wat de bevindingen over het discriminatoire aspect in wet en/of regelgeving en in de (rechts)praktijk zegt over de aandacht die in een land aan (de aanpak van) discriminatie wordt geschonken.

8.2 HET DISCRIMINATOIRE ASPECT IN WET EN/OF REGELGEVING

In antwoord op de eerste deelvraag is in kaart gebracht in hoeverre en op welke wijze in de onderzochte lidstaten van de Europese Unie in wet en/of

2 COM(2014) 27 final, p. 7-8.

(lagere) regelgeving is voorzien in het betrekken van het discriminatoire aspect bij strafbaar gestelde gedragingen (anders dan de strafbaarstelling van discriminatoire belediging, haat zaaien, verspreiden van discriminatoire geschriften, et cetera). Ter beantwoording van die vraag, zijn de volgende vragen beantwoord.

8.2.1 Als er sprake is van een wettelijke regeling, hoe wordt het discriminatoire aspect dan in die wettelijke regeling benoemd?

Het zal, gezien de eerdergenoemde conclusie uit het rapport van de Europese Commissie, niet verbazen dat Italië, België en Frankrijk een wettelijke regeling kennen 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. In de Franse *Code Pénal* wordt het omschreven als: 'feiten gepleegd vanwege een vermeend ras, een etnische groep, een natie of een bepaalde religie' en 'de vermeende seksuele geaardheid of de genderidentiteit van het slachtoffer'. Het Belgische Strafwetboek spreekt over feiten die zijn gepleegd met 'als drijfveer haat, misprijzen of vijandigheid'. De Italiaanse *Codice Penale* omschrijft deze omstandigheid als feiten die zijn gepleegd 'met het doel van discriminatie of etnische, raciale of religieuze haat'. Voor de Franse bepaling geldt dat expliciet en objectief is omschreven waaruit het discriminatoire motief moet blijken, namelijk uit 'het voorafgaan, vergezellen of volgen van het strafbare feit door woorden, geschriften, afbeeldingen, voorwerpen of handelingen van welke aard dan ook'. Daarbij moeten deze feitelijke handelingen schadelijk zijn voor de eer of de goede naam van het slachtoffer of van een groep personen waarvan het slachtoffer lid is of hieruit moet kunnen worden vastgesteld dat de feiten om één van de discriminatoire redenen tegen het slachtoffer zijn begaan. Deze wijze van objectivering van het discriminatoire motief is een interessant antwoord op de doorgaans lastige vraag naar het bewijzen van de interne gedrevenheid of het motief van een dader. Deze objectieve omschrijving ontbreekt in de Belgische bepalingen. Wel neemt het Hof van Cassatie aan dat de rechter het motief slechts kan afleiden uit 'gedragingen, uitspraken, opschriften of geschriften'. De Italiaanse regeling kan voor wat betreft dit punt tussen een objectieve en subjectieve omschrijving worden gepositioneerd. De Italiaanse bepaling vereist een motief, een handelen met een bepaald doel. De vaststelling van dat 'doel' vergt meer dan alleen de interne beweegredenen van de dader. De dader moet de gedraging hebben gepleegd om daarmee 'haat' of 'discriminatie' te bereiken. 'Haat' wordt daarbij omschreven als 'een manifestatie van een wil om de sociale integratie van buitenlanders of minderheden te verhinderen'; onder discriminatie wordt verstaan 'de uitsluiting van gelijke voorwaarden of een vooroordeel over de inferioriteit van een enkel ras'. Door deze 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 van deze drie landen 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 'haat-misdrijf'.

Het Duitse *Strafgesetzbuch* bevat geen specifieke bepaling waarin het discriminatoire motief als zodanig als strafmaximumverhogende omstandigheid is opgenomen, maar dat wil geenszins zeggen dat dit motief, volgens de wetgever, geen plaats heeft bij de straftoemingsbeslissing. In de wettelijk geformuleerde algemene uitgangspunten voor de rechterlijke straftoemeting (§ 46 StBG), wordt in het tweede lid expliciet vermeld dat ook 'mensminachting' – waaronder volgens de wet mede kan worden verstaan racisme en vreemdelingenhaat (en binnenkort ook antisemitisme) – een motief is waarmee de rechter ('in het bijzonder') in verzwarende zin rekening kan houden bij het bepalen van de straf.

8.2.2 Als er sprake is van een wettelijke regeling, in hoeverre geldt het discriminatoire aspect dan als strafverhogende omstandigheid?

De Franse wet is op dit punt helder. Het discriminatoire motief is gekwalificeerd als een algemene 'strafverzwarende omstandigheid'. Daarmee wordt de straftoemingsruimte van de rechter, volgens de algemene systematiek van alle strafverzwarende omstandigheden in de *Code Pénal*, automatisch vergroot. Aanwezigheid van het discriminatoire aspect leidt via een trapsgewijze regeling naar een verhoging van het wettelijke strafmaximum: de gevangenisstraffen nemen telkens met een trede toe tot levenslange gevangenisstraf.

Ook in de Belgische wet is het discriminatoire motief als strafverhogende omstandigheid opgenomen, in die zin dat de minimumstraf wordt verdubbeld of – in andere gevallen – met een vast aantal van twee jaar wordt verhoogd. In bepaalde, in artikel 405quater Sw genoemde gevallen, wordt ook het wettelijke strafmaximum verhoogd (in het geval van doodslag tot levenslange opsluiting).

Voor wat betreft Italië geldt dat, gezien de Italiaanse straftoemingsmethodiek, de aanwezigheid van een discriminatoir motief – net als alle andere strafbeïnvloedende omstandigheden – pas invloed heeft nadat de rechter in concreto de strafmaat voor het strafbare feit heeft bepaald. Door de kwalificatie van dit motief als wettelijke strafverhogende omstandigheid is het de rechter niet toegestaan om dit motief reeds te betrekken bij het bepalen van de strafmaat in concreto. Aanwezigheid van het discriminatoire aspect leidt tot een verhoging van ten hoogste de helft van die door de rechter in concreto bepaalde straf.

De min of meer indirecte wijze waarop het discriminatoire motief is opgenomen in de Duitse wetgeving, heeft tot gevolg dat ook de consequenties van aanwezigheid van dit motief voor het strafmaximum minder ingrijpend zijn. De Duitse wetgever beschouwt het mensminachtende motief als een verzwarende omstandigheid, maar verbindt daaraan geen gevolgen voor wat betreft het strafmaximum. Binnen het maximum dat op een bepaald delict is gesteld kan de rechter uiteraard wel hoger straffen dan hij zou doen indien er geen sprake was van een discriminatoir motief. Bovendien 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. Het wettelijk *Doppelverwertungsverbot* verbiedt om dit motief zowel te betrekken bij de kwalificatie van een bepaald delict als als verzwarende omstandigheid bij het bepalen van de straf.

8.2.3 Als er sprake is van een wettelijke regeling, geldt het discriminatoire aspect dan voor alle strafbare feiten?

Omdat het discriminatoire motief in het Duitse recht is opgenomen in een algemene bepaling over omstandigheden die kunnen of moeten worden betrokken bij de straftoematingsbeslissing, is deze regeling logischerwijs in beginsel van toepassing op alle delicten. De wijze waarop dit gebeurt is afhankelijk van de manier waarop de rechter zijn discretionaire ruimte op dit punt invult. Ook de in de Franse wet opgenomen strafverhogende omstandigheden die betrekking hebben op discriminatie hebben, door de wijze waarop ze sinds 2017 in de wet zijn opgenomen, een algemene werking. Dat betekent dat zij in beginsel van toepassing zijn op alle *crimes* en *délits*, maar dat overtredingen (contraventions) zijn uitgezonderd. 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. Daarin geldt de strafverhogende omstandigheid voor alle strafbare feiten, met uitzondering van delicten die reeds bestanddelen bevatten met een discriminatoir aspect.³ Ook heeft het discriminatoire motief geen feitelijke werking in geval van delicten die worden bestraft met een levenslange gevangenisstraf, gezien de onbepaaldheid van de duur van deze straf.

Het Belgische Strafwetboek is specifiek voor wat betreft de werking van het discriminatoire motief. In de wet is bij bepaalde (groepen) strafbare feiten

3 Sinds 2016 valt belediging niet langer onder het bereik van de strafwet en wordt dit civielrechtelijk afgedaan. Daardoor is de omstandigheid van het doel van discriminatie of haat niet langer van toepassing op belediging.

(waaronder verkrachting, aanslag op de persoonlijke vrijheid, belaging, brandstichting, vernieling, het aanbrengen van graffiti en verschillende vormen van belediging) telkens een bepaling opgenomen waarin de verzwarende omstandigheid is geformuleerd. Voor wat betreft delicten als doodslag en mishandeling valt op dat die omschrijving dwingender is geformuleerd dan voor de andere (groepen) delicten. Ook hier geldt dat bij moord, waarop reeds een levenslange vrijheidsstraf staat, dat de strafverhogende omstandigheid feitelijk geen werking (meer) heeft.

8.2.4 Als er geen sprake is van een wettelijke regeling, hoe wordt het discriminatoire aspect dan op andere wijze bij het bepalen van de straf betrokken, wordt dit aan de rechter overgelaten en zo ja, is er sprake van rechterlijk beleid?

Zoals reeds geconcludeerd in het eerder aangehaalde rapport van de Europese Commissie, vormt het Ierse strafrecht een voorbeeld van een stelsel waarin een aparte wettelijke regeling waarin discriminatie als strafbeïnvloedende omstandigheid is opgenomen ontbreekt. Dat betekent uitdrukkelijk niet dat het discriminatoire aspect geen rol kan spelen bij het bepalen van de straf. In hoofdstuk 7 zagen we dat de Ierse strafrechter een grote discretionaire ruimte heeft 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 vooralsnog 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 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. Voor wat betreft de consequenties van de aanwezigheid van het discriminatoire motief voor de maximaal op te leggen straf, is de Ierse situatie dus vergelijkbaar met de Duitse.

Als we kijken naar de Ierse rechtspraak, wordt al snel duidelijk dat discriminatie wel een rol speelt bij de straftoemeting, maar dat van een duidelijk rechterlijk beleid geen sprake is. Het discriminatoire aspect komt in de jurisprudentie als verzwarende omstandigheid naar voren als 'discriminatie wegens ras'. De verzwarende omstandigheid wordt daarin geformuleerd als een motief: de reden voor het begaan van het strafbare feit is gelegen in het willen discrimineren van anderen. Een andere vorm waarin het discriminatoire aspect als strafverhogend naar voren komt in de rechtspraak, is 'discriminatie wegens handicap.' Hierbij gaat de rechter niet uit van een motief, maar is de ernst

van de handicap bij het slachtoffer bepalend voor de vraag of dit al dan niet een hogere straf rechtvaardigt.

8.2.5 In hoeverre moet een discriminatoir aspect bij de straftoemeting worden betrokken? Is het betrekken ervan verplicht, of geldt er een discretionaire ruimte?

Als we kijken naar de mate waarin de rechter verplicht is om het discriminatoire aspect te betrekken bij de straftoemeting, dan kan allereerst worden geconcludeerd dat, vanwege het ontbreken van een wettelijke bepaling, de Ierse rechter op geen enkele wijze daartoe verplicht is. Voor de Duitse rechter geldt dat hij, in vergelijking met de andere onderzochte landen waarin de wet in een voorschrift voorziet, daarin het meest naar eigen inzicht kan handelen. Het discriminatoire motief is een omstandigheid die bij het bepalen van de straf door de rechter *kan* worden betrokken, zoals de wet meerdere factoren noemt die de rechter in zijn oordeel kan meenemen. De wet verplicht de rechter op geen enkele wijze om het motief in de straftoemetingsbeslissing te betrekken. Wanneer de rechter dat, naar eigen inzicht, doet, heeft het slechts invloed op de concrete straf, niet op het wettelijk strafmaximum dat op het delict is gesteld.

In het Franse recht geldt dat de vaststelling van het discriminatoire motief van de dader onderdeel is van de kwalificatie van het feitencomplex. Indien het discriminatoire motief kan worden bewezen, heeft het van rechtswege een strafverhogende werking, wat wil zeggen dat het wettelijke strafmaximum wordt verhoogd. Dit betekent overigens niet dat de straf in concreto door de vaststelling van de verzwarende omstandigheden altijd hoger uitvalt. Door de ruime discretionaire bevoegdheid van de Franse rechter ten aanzien van de straftoemetingsbeslissing, is het nog steeds de rechter zelf die, binnen de wettelijke straftoemetingskaders, de uiteindelijke straf bepaalt. De wet geeft daarbij enkele inhoudelijke criteria en bij de aanwezigheid van het strafverhogende discriminatoire motief worden deze wettelijke kaders ruimer, maar uiteindelijk is het rechterlijk oordeel over wat een proportionele straf is, leidend.

Hetzelfde geldt min of meer voor de Belgische rechter, die evenals zijn Franse collega's, een grote discretionaire bevoegdheid heeft ten aanzien van de straftoemetingsbeslissing. Hoewel de wetgever bij de totstandkoming van het discriminatoire motief als verzwarende omstandigheid groot belang hechtte aan de toepassing van deze regeling, is deze regeling niet op zodanige wijze in de wet opgenomen dat de rechter deze moet toepassen. Ook waar toepassing van deze strafverhogende omstandigheid wel in een verplichtende vorm is opgenomen in de wet (zoals de regeling in artikel 405 quater Sw), 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 het minst vrij om te bepalen of een discriminatoir aspect consequenties heeft voor de op te leggen straf. Vanuit de strafrechtelijke beginselen *tassatività* (bepaaldheid) en *obbligatorietà* (verplichte toepassing) is hij 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.

8.2.6 Indien een discriminatoir aspect bij de straftoemeting wordt betrokken, welke bewijsstandaard dient de rechter dan te hanteren?

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. Voor de Franse rechter geldt de *conviction intime* als bewijsstandaard, ook voor de vaststelling van strafverhogende omstandigheden. Voor de Belgische rechter geldt dat de strafverhogende omstandigheid moet worden bewezen volgens dezelfde bewijsstandaard die wordt gehanteerd in het (overige) Belgische recht. Dat betekent dat de aanwezigheid van de verzwarende omstandigheid 'boven elke redelijke twijfel' verheven moet worden bewezen. Ook in het Italiaanse recht wordt deze standaard, geformuleerd als 'buiten redelijke twijfel' (*là di ogni ragionevole dubbio*) gehanteerd, temeer nu de Italiaanse rechter is gebonden aan het feitencomplex zoals het in de tenlastelegging is opgenomen en ook de bestanddelen van het gronddelict volgens deze standaard moeten worden bewezen. Bij strafverhogende omstandigheden zoals die van het doel van discriminatie of haat geldt daarnaast het criterium van de 'subjectieve toerekening'. Dat houdt in dat deze omstandigheid in beginsel uitsluitend aan de dader kan worden toegerekend, als deze bij hem bekend is of als gevolg van een aan zijn schuld te wijten fout niet bij hem bekend is of genegeerd is.

Ook in Duitsland worden aan het bewijs van het discriminatoire motief geen andere eisen gesteld dan aan het bewijs van de andere strafbeïnvloedende omstandigheden. Er geldt *Strengbeweis*, hetgeen betekent dat de omstandigheden die mogen worden meegenomen bij het bepalen van de straf in wettige bewijsmiddelen moeten zijn uitgedrukt en zonder twijfel moeten zijn bewezen.

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.

8.3 HET DISCRIMINATOIRE ASPECT IN DE (RECHTS)PRAKTIJK

In antwoord op de tweede deelvraag is in kaart gebracht tot welke voor- en nadelen de gemaakte keuzes leiden in de (rechts)praktijk. Ter beantwoording van die vraag, zijn de volgende vragen beantwoord.

8.3.1 Wordt gebruik gemaakt van de wettelijke regeling (of het beleid)?

Met de wettelijke regeling beoogt de Franse wetgever discriminatoir geweld, in het bijzonder racistisch en antisemitisch geweld, beter te kunnen bestrijden. 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. Zoals in hoofdstuk 3 is beschreven zit de Franse wetgever echter niet stil. In 2017 is de wettelijke regeling uit 2003 herzien en zijn enkele knelpunten weggenomen. 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 vrijwel alle strafbare feiten (dat wil zeggen *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. Met de nieuwe formulering heeft de wetgever duidelijk gemaakt dat deze als een toepassingsvereiste geldt, en niet slechts als een onweerlegbaar wettelijk vermoeden voor het bestaan van het discriminatoire motief.

In België wordt in de correctionele rechtspraak gebruik gemaakt van de strafverhogende omstandigheid, in het bijzonder van de omstandigheid zoals omschreven in artikel 405quater Sw. Het gebruik van deze omstandigheid betekent niet dat duidelijk hogere straffen worden opgelegd en dat in het geval van artikel 405quater Sw gebruik wordt gemaakt van het hogere strafmaximum dat de wet de rechter ter beschikking stelt. We vonden daarvoor althans geen aanwijzing in de door ons bestudeerde rechtspraak. De toepassing ervan wordt wel gewaardeerd in de literatuur die de toepassing ervan ook als een vorm van normbevestiging of norminprenting ziet. Bij het hof van assisen, waarvoor de zwaarste misdrijven worden berecht, vonden we geen toepassing van de verzwarende omstandigheid. De toepassing van de strafverhogende omstandig-

heid is volgens het Hof van Cassatie wel aan grenzen gebonden. Het hof stelt nadere eisen aan de toepassing voor wat betreft het slachtoffer, de drijfveren van de verdachte en het bewijs daarvan. In hoeverre deze nadere eisen de toepassing van de verzwarende omstandigheid heeft belemmerd, konden wij uit de rechtspraak niet afleiden.

Het opnemen van het 'mensminachtende motief' in de Duitse wet wordt beschouwd als een belangrijke stap in de strafrechtelijke aanpak van discriminatie. Toen de Duitse wetgever het discriminatoire (mensminachtende) motief toevoegde aan § 46 StBG, beoogde deze dat de invloed van dit motief in strafzaken zou worden verbeterd. Niet alleen ten aanzien van de straftoemeting, maar ook in het deel van de strafrechtsketen dat daaraan voorafgaat. Daartoe werd ook het beleid van de politie en het Openbaar Ministerie, bedoeld om de opsporing van het discriminatoire motief te verzekeren, aangepast. In beleidsregels wordt sindsdien expliciet vermeld dat ook informatie over dit motief moet worden verzameld, ter nadere invulling van de wettelijke verplichting van het Openbaar Ministerie om ook die informatie te verzamelen die de rechter nodig heeft bij het bepalen van de straf. De invloed van deze wijzigingen lijkt echter betrekkelijk. Dat ligt zeker niet aan de wetgever. Recente, door antisemitisme ingegeven ernstige strafbare feiten, hebben ertoe geleid dat § 46 StBG opnieuw is aangevuld. Hoewel de wetgever erkende dat het antisemitische motief ook onder de bestaande wetgeving als strafverzwarende omstandigheid kan worden beschouwd, wordt 'antisemitisme' naast 'racisme' en 'vreemdelingenhaat' als voorbeeld van een 'mensminachtend motief' in de wet opgenomen. Hiermee beoogt de wetgever het mensminachtende motief in de rechtspraak wederom onder de aandacht te brengen. Dat is wellicht ook nodig, aangezien we slechts een gering aantal uitspraken, gewezen na de inwerkingtreding van de wetswijziging, aantreffen waarin het discriminatoire motief wordt betrokken bij het bepalen van de straf. Meer in het algemeen kan niet worden ontkend dat de daadwerkelijke aanpak van discriminatie de aandacht van zowel de bondsregering als de deelstaten heeft.

Voor wat betreft Italië was de beperkte informatie die wij vonden niet systematisch, maar deze maakt wel duidelijk dat van de wettelijke regeling gebruik wordt gemaakt. Van beleid dat het gebruik van de verzwarende omstandigheid onder de aandacht brengt, is ons niet gebleken.

Voor Ierland geldt dat een wettelijke bepaling ontbreekt. De Ierse jurisprudentie laat zien dat het discriminatoire motief wel degelijk een rol kan spelen bij de straftoemeting, maar dat van een duidelijk (rechterlijk) beleid, bijvoorbeeld in de vorm van *sentencing guidelines*, geen sprake is.

8.3.2 Welke voordelen worden gesignaleerd? Zijn dat de voordelen die ook door de wetgever (of beleidsmaker) werden gesignaleerd?

Voor wat betreft Frankrijk levert het onderzoek een beeld op dat men over het algemeen tevreden is met de huidige vormgeving van de regeling. Uitdrukkelijke voordelen, bijvoorbeeld ten opzichte van de oude regeling uit 2003, zijn wij niet tegen gekomen. Datzelfde geldt voor België. Behalve de in paragraaf 8.3.3 gesignaleerde knelpunten, worden de bestaande wettelijke regeling en de Omzendbrief waarin aandacht wordt gevraagd voor het discriminatoire motief, over het algemeen positief gewaardeerd. Vanuit de andere onderzochte landen worden geen expliciete voordelen gesignaleerd. Met betrekking tot Ierland lazen we vooral veel kritiek op de huidige situatie.

8.3.3 Welke nadelen of knelpunten worden gesignaleerd? Hoe beïnvloeden die de werking van de regeling in de (rechts)praktijk?

Door het CNCDH worden voor wat betreft de Franse situatie enkele knelpunten gesignaleerd met betrekking tot de toepassing van de regeling in de (rechts)praktijk. Zo meldt deze commissie dat er voor slachtoffers drempels zijn om discriminatoir gemotiveerde strafbare feiten te melden bij de politie en 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 meldt het CNCDH dat de waarde van het opleggen van alternatieve straffen met een educatief doel, in het bijzonder de burgerschapscursus, bij discriminatoir gemotiveerde delicten lijkt te worden onderschat. Dit blijkt uit het veelvuldig opleggen van gevangenisstraffen. Uit deze knelpunten blijkt dat naast de wettelijke regeling ook de afhandeling door politie en justitie de nodige aandacht verdient bij de aanpak van discriminatoir gemotiveerde delicten. Dat dit punt door de overheid wordt opgepakt blijkt uit de circulaire van de Franse Minister van Justitie van april 2019, 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.

Voor wat betreft België wordt als uitdrukkelijk knelpunt gewezen op 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.

De beschikbare bronnen voor wat betreft de situatie in Italië laten geen duidelijke waardering – positief of negatief – zien over het gebruik van het discriminatoire motief als strafverhogende omstandigheid. Ook werden daarin geen kritische opmerkingen over het geldend recht gevonden. We troffen wel een recent wetsvoorstel aan waarin de bestaande regeling wordt verruimd, zodat ook discriminatie wegens geslacht, seksuele oriëntatie en genderidentiteit een strafverhogende omstandigheid wordt. 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, zoals het verbeteren van procedures op het terrein van de opsporing en het verzamelen van kennis bij contactfunctionarissen bij het Openbaar Ministerie.

Het aantal gepubliceerde strafzaken in Ierland waarin discriminatie een rol speelt bij de straftoemeting is gering. Het is daarom vermoedelijk niet voor niets dat internationale organisaties, Ierse NGO's en wetenschappers veel kritiek hebben geleverd op de bestaande aanpak van discriminatie. Die richt zich niet alleen op de verouderde *Prohibition of Incitement to Hatred Act, 1989*, maar ook op het ontbreken van discriminatie als strafbeïnvloedende omstandigheid. Het belangrijkste knelpunt lijkt hier dus het gebrek aan een wettelijke regeling te zijn. 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 discriminatoir aspect. De geringe aandacht voor deze misdrijven is problematisch gezien de door NGO's verzamelde gegevens over de omvang van de problematiek en de ervaringen van slachtoffers van deze vorm van haatcriminaliteit. Al jaren wordt daarom door verschillende organisaties en wetenschappers gepleit voor nieuwe wetgeving. Inmiddels heeft de nieuwe Ierse regering besloten deze wetgeving te realiseren. Hoe die nieuwe wetgeving eruit zal zien, is op dit moment onbekend.

8.4 THEMATISCHE BESPREKING VAN DE BEVINDINGEN

In dit onderzoek is stilgestaan bij de wijze waarop het discriminatoire aspect vorm en betekenis heeft gekregen in wet- en regelgeving en in de (rechts)praktijk van de vijf op onderlinge verscheidenheid geselecteerde EU-lidstaten, binnen de hiervoor geldende internationale context. Het doel van het onderzoek was om een beeld te krijgen van de wijze waarop in deze lidstaten het discrimi-

minatoire aspect wordt betrokken bij de straftoemeting. We ronden het rapport af met enkele observaties van meer overstijgende, rechtsvergelijkende aard, mede omdat het signaleren van overeenkomsten of juist verschillen tussen verschillende stelsels informatie kan opleveren die ook van belang kan zijn voor de vraag of en zo ja hoe in Nederland via wet- of regelgeving het discriminatoire aspect een plaats zou kunnen krijgen bij het bepalen van de straf. Omwille van de overzichtelijkheid groeperen we onze observaties langs de lijn van een aantal thematische vragen.

8.4.1 Hoe wordt het discriminatoire aspect omschreven (inhoudsbepaling)?

Het discriminatoire aspect wordt in een enkel land omschreven als aspect (namelijk Ierland voor zover het gaat om discriminatie wegens handicap), maar in de andere landen omschreven als een motief (ook wel doel of drijfveer), dat wordt ingevuld als 'gepleegd vanwege (een vermeend) ras, een etnische groep, een natie, een bepaalde religie, de vermeende seksuele geaardheid of de genderidentiteit van het slachtoffer' (Frankrijk), (etnische, raciale of religieuze) haat, misprijzen, vijandigheid, discriminatie (Italië en België), mensminachting (Duitsland, aldaar in de wet nader aangeduid als racisme en vreemdelingenhaat en binnenkort ook antisemitisme) en handicap (Ierland). Dit zijn subjectieve omschrijvingen, die soms geobjectiveerd worden doordat expliciet in de wet is opgenomen uit welke handelingen dit motief kan worden afgeleid. De Franse *Code Pénal* levert daarvan een voorbeeld: 'het voorafgaan, vergezellen of volgen van het strafbare feit door woorden, geschriften, afbeeldingen, voorwerpen of handelingen van welke aard dan ook' zijn opgenomen ter nadere concretisering. Daarbij moeten deze feitelijke handelingen 'schadelijk zijn voor de eer of de goede naam van het slachtoffer of van een groep personen waarvan het slachtoffer lid is of hieruit moet kunnen worden vastgesteld dat de feiten om een van de discriminatoire redenen tegen het slachtoffer zijn begaan'. Ook de Italiaanse *Codice Penale* levert een voorbeeld op van concretisering van het motief. De dader moet naar Italiaans recht de gedraging hebben gepleegd om daarmee 'haat' of 'discriminatie' te bereiken, waarbij 'haat' wordt omschreven als 'een manifestatie van een wil om de sociale integratie van buitenlanders of minderheden te verhinderen.' Ook 'discriminatie' als motief wordt in Italië nader geconcretiseerd, daaronder wordt verstaan 'de uitsluiting van gelijke voorwaarden of een vooroordeel over de inferioriteit van een enkel ras'. Volgens de Ierse rechtspraak is discriminatie wegens handicap nader te concretiseren door acht te slaan op de ernst van de handicap bij het slachtoffer; die is bepalend voor de vraag of een hogere straf is gerechtvaardigd. Ook het Belgische Hof van Cassatie opteert voor een meer objectieve uitleg van het discriminatoire motief door het vaststellen daarvan te beperken aan de hand van gedragingen, uitlatingen, opschriften of geschriften.

8.4.2 Wat is het toepassingsbereik (welke delicten)?

Het toepassingsbereik varieert van algemeen geldend voor alle delicten, door opname van het discriminatoire aspect als strafbeïnvloedende omstandigheid in het algemeen deel (Frankrijk en Italië) of in een algemeen geldende regeling (Duitsland), tot geldend voor specifieke (groepen) delicten (België). Soms wordt onderscheid gemaakt tussen typen strafbare feiten, bijvoorbeeld misdrijven (Frankrijk: *crimes* en *délits*) en overtredingen, waarbij het discriminatoire aspect alleen geldt voor de eerste categorie (Frankrijk, België). Vermoedelijk geldt voor alle onderzochte landen dat als het discriminatoire aspect op een andere manier reeds tot uitdrukking komt in de delictsomschrijving (bijvoorbeeld bij uitingsdelicten), de wettelijke strafverhogingsgrond niet nogmaals mag worden toegepast. Ten aanzien van Frankrijk, België, Italië en Duitsland hebben we dat met zekerheid kunnen vaststellen. Voor wat betreft Ierland, waar een wettelijke regeling ontbreekt, biedt de beschikbare jurisprudentie daarvoor onvoldoende informatie.

8.4.3 Wat is de werking van het discriminatoire aspect (rechtsgevolg)?

In een aantal landen heeft het discriminatoire aspect tot gevolg dat het wettelijke strafmaximum wordt verhoogd (Frankrijk, Italië, België) en/of het wettelijke strafminimum wordt verdubbeld (België, bij bepaalde delicten). In andere landen kan of moet het aspect worden meegenomen bij het bepalen van de straf, maar kan dit slechts leiden tot een hogere straf binnen de grenzen van een reeds bestaand strafmaximum (Duitsland, Ierland). Hoeveel die verhoging vervolgens concreet zal zijn, is – met uitzondering van Italië – steeds aan het eigen oordeel van de rechter overgelaten.

8.4.4 Welke bewijsstandaard wordt gehanteerd?

Over het algemeen kan voor alle onderzochte landen worden gezegd dat voor het discriminatoire aspect als factor bij de straftoemeting dezelfde (nationale) bewijsstandaard wordt gehanteerd die geldt voor overige onderdelen van de strafzaak, zoals andere factoren die (kunnen) worden betrokken bij de straftoemeting. Grosso modo komt dat neer op de vaststelling dat op grond van (wettige) bewijsmiddelen moet worden bewezen dat de aanwezigheid van de strafverhogende omstandigheden ‘boven of buiten elke redelijke twijfel is verheven’. Soms gelden daarbij extra eisen, zoals de ‘subjectieve toerekening’ uit het Italiaanse recht, op grond waarvan een omstandigheid in beginsel uitsluitend aan de dader kan worden toegerekend, als deze bij hem bekend is of als gevolg van een aan zijn schuld te wijten fout niet bij hem bekend is of genegeerd is.

8.5 CONCLUSIE

Aan het einde van dit onderzoek staan we, bij wijze van afsluting, kort stil bij twee belangrijke observaties naar aanleiding van het onderzoek. Het onderzoek is gericht op de straftoemeting door de rechter. Bij het bepalen van de straf is het van belang hoe vrij de rechter is om deze zélf te bepalen, hoe groot zijn discretionaire ruimte daartoe is. Daarin kan de rechter op verschillende manieren direct én indirect worden gestuurd of beperkt: via wetgeving of beleid, inclusief secundair beleid dat betrekking heeft op eerdere schakels in de strafrechtsketen.

Ten eerste is het van belang om in ogenschouw 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. De in dit onderzoek beschreven landen geven inzicht in de verschillende manieren waarop wetgevers de straftoemeting in het betreffende rechtssysteem al dan niet (kunnen) sturen en wat dat kan betekenen voor de praktijk. Óf het opnemen van het discriminatoire aspect als wettelijke strafverhogingsgrond het gewenste effect zal hebben is voor een belangrijk deel afhankelijk van het nationale wettelijke stelsel en de straftoemetingstradities en -praktijken die op basis daarvan zijn ontstaan. Onze bevindingen laten zien dat de wijze waarop de wetgever van de onderzochte landen de rechter al dan niet, in meer of mindere mate, dwingt om het discriminatoire aspect te betrekken bij de straftoemeting, in alle gevallen naadloos past in de bestaande wetgevingstradities van de landen en de daar geldende verhouding tussen wetgever en rechtspraak. Waar in de wet reeds gewerkt wordt met sterke sturing (zoals in Italië) of meer algemene aanwijzingen (zoals in Duitsland), wordt deze wijze ook gebruikt om het discriminatoire aspect onder de aandacht te brengen van de strafopleggende rechter. Het is dus van belang om te onderkennen dat de omvang van de invloed van een wettelijke regeling over het discriminatoire aspect op de straftoemeting mede afhankelijk is van de reeds bestaande verhoudingen tussen wetgever en strafopleggende rechter. Dat het discriminatoire aspect overigens ook een rol kan spelen zonder invloed van de wetgever middels een wettelijke aanwijzing of verplichting, wordt bewezen door de werkwijze in Ierland.

Ten tweede komt een rechter pas aan de straftoemetingsvraag toe als een zaak aan hem wordt voorgelegd, is hij afhankelijk van de wijze waarop deze aan hem wordt voorgelegd en zal hij voor het bepalen van een proportionele straf voldoende en de juiste informatie moeten krijgen. Hoe een zaak aan de rechter wordt voorgelegd en óf deze de rechter überhaupt bereikt is daarom ook zeer bepalend 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. De wijze waarop in eerdere schakels in de keten, zoals de politie en het Openbaar Ministerie, al dan niet

expliciet aandacht wordt besteed aan het discriminatoire aspect en er gedurende het strafrechtelijk onderzoek specifieke aandacht is voor de beweegredenen van de verdachte, is derhalve ook van groot belang. Beleid en wetgeving over opsporing, bewijsgaring, vervolgingsbeslissing (opportunititeitsbeginsel) en de rol van het Openbaar Ministerie bij het bepalen van de telastelegging, gecombineerd met de ruimte die daarin aan politie en Openbaar Ministerie wordt geboden om daarbij naar eigen inzicht te handelen, werpen hun schaduw vooruit. De bevindingen in onder meer Frankrijk laten zien dat daarnaast de rol die het slachtoffer in die belangrijke voorfase speelt en de mogelijkheden en belemmeringen die het tegenkomt bij het kenbaar maken van een strafbaar feit met een discriminatoir aspect, grote invloed kan hebben. In het onderzoek kwamen we deze vormen van 'indirecte invloed' voortdurend tegen. Omdat de reikwijdte van dit onderzoek niet voorzag in een systematisch onderzoek naar deze aspecten, hebben wij in de weergave van onze bevindingen slechts af en toe deze relatie gesignaleerd tussen de rol (zowel feitelijk als beoogd) van de politie en het Openbaar Ministerie en de straftoemeting door de rechter. Deze observaties geven ons wel 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 uitdrukkelijk te betrekken. Het beeld dat we van de praktijk in de onderzochte landen hebben verkregen laat duidelijk zien dat een wettelijke status van het discriminatoire aspect als strafverhogende omstandigheid geen garantie is dat dit aspect (voldoende) wordt betrokken bij het bepalen van de straf. Aandacht voor het discriminatoire aspect in (het begin van) de strafrechtsketen en sturing via (secundair) beleid, op een zodanige manier dat het discriminatoire aspect in voorkomende gevallen voldoende en tijdig aan het licht komt, is misschien nog wel een belangrijker randvoorwaarde voor de effectiviteit van de aanpak van discriminatie dan het betrekken van dit aspect bij de straftoemeting. Want als niet aan deze randvoorwaarde wordt voldaan, is de rechter niet eens in staat om het discriminatoire aspect als strafverhogende omstandigheid bij het bepalen van de straf te betrekken.

De aanpak van discriminatie blijft onverminderd om aandacht vragen. Dat kan en moet op verschillende manieren gebeuren. Dit onderzoek richt zich op één deel van de strafrechtsketen, namelijk de straftoemeting. Het laat zien hoe in vijf verschillende Europese landen in die schakel van de keten invulling wordt gegeven aan het discriminatoire aspect. Het onderzoek laat ook zien dat deze schakel niet op zichzelf staat. Het illustreert hoe belangrijk het is om die ene schakel steeds te bezien vanuit de voortdurende wisselwerking tussen alle andere schakels in de keten, zoals de politie, het Openbaar Ministerie en het slachtoffer. Invloed via een wettelijke regeling die ziet op de rechterlijke straftoemetingsbeslissing 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 is 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.

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, antisemitisch 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 burgerschapscursus. 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 ogenschouw 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 strafrechtssketen. 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

straftoematingsbeslissing 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 is 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.

Summary

BACKGROUND TO THE RESEARCH

On 25 April 2018, the Dutch House of Representatives put questions to the Minister of Justice and Security on whether aggravating circumstances in acts of violence with a racist, anti-Semitic, or homophobic motive, should be included in the law. In response, the Minister proposed having comparative research conducted on the presence and application of the discriminatory motive in the criminal justice system of other countries. The current research responds to the Minister's proposal.

RESEARCH AND METHOD

The research provides an answer to the following question:

In what way is discrimination in certain Member States of the European Union considered as a circumstance that contributes to sentencing, and what benefits and problems does this give rise to in practice?

The main research question is split into the following sub-questions:

1. *To what extent, and in what way, does the law and/or (secondary) legislation in the EU Member States studied, provide for a consideration of the discriminatory aspect in sentencing (in contrast to the penalization of discriminatory defamation, incitement of hatred, spreading discriminatory text, etc.)?*
 - a. *Do statutory provisions exist? If so,*
 - i. *how is the discriminatory aspect referred to in the provisions? Does it only involve a motive or is it formulated more broadly?*
 - ii. *to what extent does the discriminatory aspect cause the maximum penalty to be raised?*
 - iii. *does the discriminatory aspect apply to all offences?*
 - iv. *if not, what offences does it apply to? Does it also apply to defamation, libel, and slander?*
 - b. *Do statutory provisions exist? If not,*
 - i. *is the discriminatory aspect considered in a different manner when determining the penalty? If so, how?*

- ii. *is it left to the courts to consider the discriminatory aspect? If so, do the courts follow a certain policy?*
 - c. *To what extent is it necessary to consider the discriminatory aspect in sentencing? Is it obligatory, or is discretion permitted?*
 - d. *If the discriminatory aspect is considered in sentencing, what standard of proof must the court apply?*
2. *What benefits and problems arise from the choices made in practice?*
- a. *Are statutory provisions (or policy) applied?*
 - b. *What benefits can be identified? Are these benefits also acknowledged by the legislature (or policymaker)?*
 - c. *Are there disadvantages as well? Or problem areas? If so, what are these? And what impact do they have on how the provisions operate in practice?*

To conduct the research, we studied legal sources: legislation, parliamentary documents, court decisions, as well as scholarly literature. We prepared a questionnaire which was sent to various human rights organisations in the countries we studied. Only one Belgian and one Italian organisation responded to our request to complete the questionnaire. The other organisations either sent no response or notified us that answering the questions was not possible due to the coronavirus crisis. We therefore acquired the information needed to answer our questions by examining annual reports of human rights organisations, online data from several non-governmental and other organisations (NGOs), and by conducting scholarly research.

To provide an insight into the context within which the EU Member States operate, Chapter 2 sets out the contours of the international framework. This framework is significant in relation to the impact of international law and international mechanisms on the development of antidiscrimination law in the countries we studied, in so far as this concerns discrimination as a circumstance that affects sentencing.

The study continues by looking at five countries: France, Belgium, Italy, Germany, and Ireland. These countries were selected because of the distinction made by the European Commission in 2014 on whether discrimination is considered in sentencing. Separate country reports provide answers to the research questions for each country (Chapters 3 to 7). Each report first provides an outline of the laws that apply in that country to sanctions and sentencing, including certain relevant procedural aspects. The reports then consider discrimination as a circumstance that affects sentencing and comment on experience in practice (including the benefits and problems). Each chapter concludes with an interim conclusion providing an answer to the subquestions. Chapter 8 answers the main research question and subquestions, and provides general reflections on the findings.

The findings in relation to the subquestions are provided below.

Research question 1

Belgium, France, and Italy have statutory provisions in place which make it possible to punish an offence that was carried out with a discriminatory motive more severely. The way in which the motive is defined varies per country. In each case, the discriminatory motive is defined somewhat objectively. This is more evident in certain countries (e.g. France) compared to others (e.g. Italy). Because of the relatively objective definitions of the intended purpose in each case, proving the motive is perhaps less problematic than with a purely subjective definition. In fact, only the provisions in Belgium contain a specific qualification in relation to a discriminatory motive. Once the motive is established, the offence is qualified as a 'hate crime'.

Statutory provisions in Belgium, France and Italy are designed in such a way that a discriminatory motive is a circumstance that raises the statutory penalty. Raising the statutory penalty can entail that the maximum and/or the minimum penalty of an offence is raised. In Italy, the presence of a discriminatory aspect can lead to an increase in the penalty constituting at most half of the actual penalty imposed by the court.

In French law, circumstances that raise the maximum penalty have general applicability. In principle, they apply to all crimes and offences (crimes and délits), though not to petty offences (contraventions). In the case of offences where the discriminatory aspect was already included in the description of the offence, those circumstances do not lead to the maximum penalty being raised. The same exception applies in Italian statutory provisions. The discriminatory motive does also not apply to criminal offences where the sentence is life imprisonment. In Belgian law, aggravating circumstances do not have a general applicability. An aggravating circumstance is also not formulated in the same way for each offence; for instance, in the case of offences such as manslaughter and assault the definition is formulated more conclusively than for the other offences or groups of offences. Aggravating circumstances cannot be applied in the case of murder, since the most severe punishment in Belgian law can be imposed for that offence (life imprisonment).

In France, the determination of the discriminatory motive of an offender is included in the statement and particulars of the offence. When a discriminatory motive is proven, the statutory maximum sentence is raised. This is therefore not left to the discretion of the courts. The law provides the courts with certain substantive criteria when deciding on the penalty. That said, French courts do have wide discretionary powers in relation to sentencing decisions. The same applies to courts in Belgium. Where the application of the discriminatory motive as a circumstance raising the maximum sentence is included in the law as an obligation, Belgian criminal courts also appear to use these powers to apply the provisions in practice. Still, the importance of applying these provisions should be acknowledged in court decisions.

Italian courts, by virtue of principles in criminal law known as 'legal clarity' (*tassatività*) and 'obligation' (*obbligatorietà*), are required to determine circumstances defined by the legislature as having an impact on the punishment, including the discriminatory motive. Courts are required to reflect these circumstances in the punishment as provided in the law. Even if the prosecutor qualifies a circumstance that would raise the maximum penalty inaccurately, the court must examine it, establish the facts, and take it into account in the severity of the sentence.

The German Criminal Code (*Strafgesetzbuch*) contains no specific provision on discrimination as a motive that would lead to the maximum penalty being raised. The law states that a motive that displays contempt for humanity can be taken into consideration by the courts when deciding the penalty. This counts as an aggravating circumstance applicable in principle to all criminal offences. So in cases where the maximum penalty is considered, the motive 'evidencing contempt for humanity' is reason to impose a higher sentence. The motive can also have an impact on the qualification of a criminal offence. For example, a motive that displays contempt for humanity can have an impact in a murder case or be significant in cases involving more serious types of manslaughter. This impact, however, is limited; the components of an offence must allow for taking account of that motive. If the motive was already considered when the offence was qualified, it cannot be considered again at the time of sentencing. The law does not oblige the courts in any way to take account of motive at the time of sentencing.

Ireland (as yet) has no statutory provisions in place concerning a discriminatory motive. Irish criminal courts have wide discretionary powers when sentencing; wider than the other countries examined in this study and wider than its fellow common law courts, something that can be explained by the lack of sentencing guidelines. These discretionary powers mean that criminal courts in Ireland can decide themselves whether the discriminatory aspect gives reason to raise the maximum penalty. That said, the fact that this motive or aspect is not provided for in a statutory provision means that if a court wants to pass a higher sentence to reflect these circumstances, it cannot pass a sentence that is higher than the legal maximum. A review of Irish case law reveals that discrimination does play a role in sentencing, though no clear system can be identified.

For all countries studied, with the exception of Ireland, the standard of proof the courts must apply to establish a discriminatory motive is more or less the same as the standard of proof that is applied to the (alleged) body of facts in a criminal case. In Germany, there are no additional requirements for proving the discriminatory motive compared to those for proving other circumstances that can affect sentencing. In the case of Ireland, no specific standard exists in the legal system that is necessary to prove the discriminatory motive. It is clear, however, that the mere presumption of the likelihood that

a discriminatory motive is present, is insufficient to accept the motive and take it into consideration in sentencing. But what is sufficient, remains unclear.

Research question 2

In all countries studied, tackling discrimination using criminal law is clearly a priority for national (and in Germany also regional) authorities. This appears in the first place from the level of the legislation. For instance, the French statutory provisions of 2003 were revised in 2017. Perhaps the most important revision was that the scope of circumstances that raise the maximum penalty was expanded to include the discriminatory motive as a general aggravating circumstance. It can be applied to many criminal offences (*crimes* and *délits*), except for criminal offences where the discriminatory aspect was already included in the definition of the offence. Lack of clarity was also removed concerning the role of the objectified definition. In Belgium, the legislation was also revised on several occasions. A new revision is included in the legislative bill to introduce a new Belgian Penal Code. In this bill, the aggravating circumstance is no longer defined as a circumstance that raises the maximum penalty. In Italy, a legislative bill to expand the definition of discriminatory grounds is pending in parliament. In Germany, a legislative bill was recently adopted which explicitly includes anti-Semitism as a motive evidencing contempt for humanity. In Ireland, the new government decided to introduce a statutory provision that would add the discriminatory aspect as an aggravating circumstance to existing legislation.

Attention is also paid to the discriminatory motive in practice. This was very clear in the case of Belgium. Not only has policy been established there that aims, among other things, to have a criminal investigation conducted into the presence of aggravating circumstances, it also appears that case law considers circumstances that raise the maximum penalty. Applying these circumstances, however, does not mean that manifestly stiffer penalties are imposed. Nevertheless, this practice is praised in the literature which views the consideration of circumstances as being a method to affirm or establish standards. The Italian courts also consider aggravating circumstances, though no clear policy could be identified in this area. Policy does appear to exist in Germany, both in the police force and the German Public Prosecution Service, and is intended to ensure that the discriminatory motive is investigated. The impact of this policy, however, appears to be relative. We found few examples of case law where the motive of contempt for mankind was referred to in the sentence. Statistical data from the French Ministry of Justice reveals that the discriminatory motive is applied in legal practice as an aggravating circumstance of the offender. However, insufficient data is available to confirm that the statutory provisions in place indeed contribute to attaining the objective of tackling violence that has a discriminatory motive.

Opinions in the countries examined about the discriminatory motive in practice are mixed. France and Belgium appear to be generally satisfied with the current design of their legislation. The research identified no clear benefits in the other countries studied. It found no critical remarks concerning the applicable legislation in Italy. To the extent that further amendments are required on how discrimination is tackled, these would be more at the level of the police and the Public Prosecution Service. Certain issues in France and Belgium were identified in relation to how provisions are applied in practice. For example, barriers exist that inhibit victims from reporting criminal offences with a discriminatory motive to the police. Offences that are reported are not always forwarded to the Public Prosecution Service, so these cases do not come before the courts. If proceedings are initiated, the discriminatory motive is often difficult to prove despite the objectification of this motive in the law. This problem is mainly caused by a lack of in-depth investigation and therefore a lack of proper evidence, coupled with a shortage of skilled investigators. In France, criticism is also voiced about the imposition of custodial sentences instead of alternative penalties aimed at educating the offender, such as citizenship courses. The lack of attention given to the discriminatory motive led to a ministerial circular from the French Minister of Justice. It called for a more vigilant and proactive attitude from the Public Prosecution Service, including specific instructions for investigative services on how to assist victims and the methods to use, and the need for an immediate and appropriate response under criminal law. Problems were also identified in Belgium, including the limited competence of correctional courts in relation to crimes involving discrimination. Several problems were also identified in the existing statutory provisions, combined with the other requirements drawn up by the Court of Cassation based on these provisions. These issues will perhaps be addressed in the proposed revision of the Penal Code. Although this was not considered an issue, the new legislation also includes an amendment concerning the impact of the discriminatory motive on the statutory minimum and maximum penalty. The discriminatory motive in the new legislation will only have an impact on the severity of the penalty *within* the existing statutory provisions, without the provisions being extended to include the discriminatory motive. In Germany, the inclusion of a motive evidencing contempt for humanity in the law is considered above all to be a matter of symbolism.

Criticism in relation to current practice is most evident in Ireland where the lack of statutory provisions is considered to be a major problem. Not only is the discriminatory motive not properly addressed by courts when passing sentence, it is also seen as an important reason why the police force and the Public Prosecution Service pay so little attention to offences that involve discrimination. The new Irish government has now decided to introduce legislation to address this, but what this will involve is unclear at present.

CONCLUSIONS

Chapter 8 provides general conclusions.

First, it is important to consider how statutory provisions on sentencing are designed and the discretionary powers of courts when passing a sentence. Whether including the discriminatory aspect as a statutory ground to raise the maximum sentence will have the desired effect, depends to a large extent on the national legal system and the sentencing customs and practices based on this system. How great the impact of statutory provisions on the discriminatory aspect will actually be in relation to sentencing, depends in part on the relationships that already exist between the legislature and the judiciary.

Second, the manner in which a case is brought before the court and whether it actually even reaches the court, is a decisive factor in relation to whether the discriminatory aspect is considered, or may be considered, in the sentence. Punishment is imposed at the end of the criminal justice chain. The research provides sufficient grounds to conclude that when answering the question on whether the discriminatory aspect should be included in the law (legislation and regulations) as a circumstance that raises the maximum sentence, it is essential to clearly consider policy and practice in the links in the chain leading up to sentencing. Providing legal status to the discriminatory aspect as a circumstance causing the maximum sentence to be raised, offers no guarantee that this aspect will be duly considered when it comes to determining the sentence.

The current research illustrates the importance of always considering this final link in the criminal justice chain from the perspective of the constant interaction between all other links in the chain, such as the police, the Public Prosecution Service, and the victim. Influencing court decisions via a statutory provision can act as a signal and motivation to the other links in the chain to pay due attention to the discriminatory aspect. Vice versa, specific policy aimed at links further back in the chain – for instance when a victim reports a crime, in the collection of specific evidence by the police, or the policy of the Public Prosecution Service when prosecuting – could enable the courts to pay due attention to the discriminatory aspect when determining the penalty. By considering all links in the chain together, a picture emerges of the level of attention a country pays in its approach to discrimination – or the action that is needed for a country to ensure that combating discrimination receives the attention it deserves.

Literatuurlijst

Di Amato 2013

A. Di Amato, *Criminal law in Italy*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2013.

An Garda Síochána 2019

An Garda Síochána, *Diversity and Integration Strategy 2019-2021*, 2019.

Baiguera Altieri, *Diritto & Diritti* 27 oktober 2018

A. Baiguera Altieri, 'Discriminazione razziale in Italia e Svizzera', *Diritto & Diritti* 27 oktober 2018.

Van Den Berge 2013

Y. Van Den Berge, 'De bestrafing in het Belgische strafrecht en strafuitvoeringsrecht: veel ruimte voor dualiteit', in: M.S. Groenhuijsen, T. Kooijmans & Y. Van Den Berge, *Bestrafing in Nederland en België. Preadviezen voor de jaarvergadering van de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013, p. 103-181.

Boulloc 2017

B. Boulloc, *Droit pénal general*, Parijs: Dalloz 2017.

Borghs, NC 2018/2

P. Borghs, Het criterium seksuele geaardheid in de antidiscriminatiewetgeving – Wettelijk kader en rechtspraak 2003-2017, *Nullum Crimen* 2018/2, p. 144-168.

CNCDH 2019

CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Année 2018*, Parijs: Direction de l'information légale et administrative 2019.

CNCDH 2020

CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Année 2019*, Parijs: Direction de l'information légale et administrative 2020.

Colao 2016

F. Colao, 'Il problema delle circostanze del reato. Dall'arbitrium al "potere discrezionale del giudice" nell'individualizzazione della pena. Un percorso italiano tra otto e novecento', in: R. Bartoli & M. Pifferi, *Attualità e storia delle circostanze del reato. Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità*, Milaan: A. Giuffrè Editore 2016, p. 79-108.

Conway, Daly & Schweppe 2010

V. Conway, Y. Daly & J. Schweppe, *Irish criminal justice. Theory, process and procedure*, Dublin: Clarus Press 2010.

Coonan & O'Toole 2011

G. Coonan & K. O'Toole, *Criminal procedure in the District Court*, Dublin: Round Hall/Thomson Reuters 2011.

Cremer 2014

H. Cremer, *Rassistisch motivierte Straftaten: Strafverfolgung muss effektiver werden*, Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte 2014.

D'assa le Deist, *Gaz.Pal.* 8-11 mei 2013

D. D'assa le Deist, 'Retour sur la circonstance aggravante de racisme dans le Code pénal' *La Gazette du Palais* 8 – 11 mei 2013, p. 2023-2026.

Department of Justice and Equality 2017

Department of Justice and Equality, *Migration Integration Strategy. A Blueprint for the Future* 2017.

Detraz, *Gaz.Pal.* 24 april 2017

S. Detraz, 'Durcissement des circonstances aggravantes de discrimination', *La Gazette du Palais*, 25 april 2017, p. 1310-1313.

De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden 1999

De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, Brussel: Centrum voor Gelijkheid van Kansen & voor Racisme-bestrijding, 1999.

DILCRA 2015

DILCRA, *La république mobilisée contre la racisme et l'antisémitisme. Plan national 2015-2017*, 2015.

DILCRA 2018

DILCRA, *Plan national de lutte contre le racisme et l'antisémitisme 2018-2020*, 2018.

Dupont & Verstraeten 1990

L. Dupont & R. Verstraeten, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven: Acco 1990.

Dupont, *Panopticon* 1981/5

L. Dupont, 'De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden', *Panopticon* 1981/5, p. 504-506.

Edwards, *Irish Judicial Studies Journal* 2019/3

J. Edwards, *Sentencing methodology. Towards improved reasoning in sentencing*, *Irish Judicial Studies Journal* 2019/3, p. 40-54.

European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe 2018

European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European non-discrimination law*, Luxembourg: Publications Office of the European Union 2018.

Evens, *T. Strafr.* 2007/1

D. Evens, 'Hoe verzwarend zijn de verzwarende omstandigheden uit de Antidiscriminatiewet? Is het omdat ze anders zijn?', *Tijdschrift Strafrecht* 2007/1, p. 67-71.

Fiorella 2018

A. Fiorella, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Turijn: G. Giappichelli Editore 2018.

Garé & Ginestet 2020

Th. Garé & C. Ginestet, *Droit pénal. Procédure pénale 2020*, Paris : Dalloz 2020.

- Le Gunehec, *JCP G* 2003/20
F. Le Gunehec, 'L'institution d'une circonstance aggravante de 'racisme'. Loi no. 2003-88 du 3 février 2003', *JCP G* 2003/20, p. 869-871.
- Harris, O'Boyle & Warbrick 2018
D. Harris e.a. (Harris, O'Boyle & Warbrick), *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2018.
- Haynes & Schweppe 2015
A. Haynes & J. Schweppe, 'Out of the Shadows'. *Legislating for Hate Crime in Ireland: Preliminary Findings*, Hate & Hostility Research Group/Irish Council for Civil Liberties 2015.
- Haynes & Schweppe 2017
A. Haynes & J. Schweppe, 'The Disappearing of Hate Crime in the Irish Criminal Justice Process', in: A. Haynes, J. Schweppe & S. Taylor, *Critical perspectives on hate crime. Contributions from the island of Ireland*, Londen: Palgrave Macmillan 2017, p. 17-44.
- Haynes & Schweppe 2017a
A. Haynes & J. Schweppe, *Lifecycle of a Hate Crime. Country Report for Ireland*, Dublin: Irish Council for Civil Liberties 2017.
- Haynes & Schweppe 2017b
A. Haynes & J. Schweppe, *STADL Stop Transphobia and Discrimination Report: 2014-2016*, Transgender Equality Network Ireland, Dublin 2017.
- Heintschel-Heinegg 2020
B. von Heintschel-Heinegg (red.), *Beck'scher Online Kommentar Strafgesetzbuch*, München: Beck 2020.
- De Hert, NC 2020/4
J. De Herdt, Noot bij Cass. 19 juni 2019 (P.19.0327.F), *Nullum Crimen* 2020/4, p. 341-346.
- Hörnle 2014
T. Hörnle, Kultur, Religion, Strafrecht. Neue Herausforderungen an eine pluralistische Gesellschaft, *Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages Hannover 2014, Bd. I: Gutachten Teil C*, München: Beck 2014.
- Immigrant Council of Ireland 2019
Immigrant Council of Ireland, *Submission to the Department of Justice and Equality and Hate Speech*, 2019.
- Jacobs, Overy & White 2017
B. Rainey, E. Wicks & C. Overy, *The European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2017.
- Karlsruher Kommentar 2019
Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, München: Beck 2019.
- Klocke 2018
U. Klocke, 'Homo- und Transfeindlichkeit in Deutschland: Erscheinungsformen, Ursachen und Interventionsmöglichkeiten', in: K. Möller & F. Neuscheler (red.),

- „Wer will dir hier schon haben?“ Ablehnungshaltungen und Diskriminierungen in Deutschland, Stuttgart: Kohlhammer 2018. p. 291-308.
- Kruize & Gruter 2020
P. Kruize & P. Gruter, *Discriminatieaspect als strafoerzwarende omstandigheid. Cijfers en praktijkervaringen*, Amsterdam/Den Haag: Ateno/WODC 2020.
- Krupna 2010
K. Krupna, *Das Konzept der 'Hate Crimes' in Deutschland. Eine systematische Untersuchung der Kriminalitätsform, der strafrechtlichen Erfassungsmöglichkeiten de lege late unter der Verarbeitung in der Strafrechtspraxis*, Frankfurt a.M.: Peter Lang 2010.
- Larguier & Conte 2014
J. Larguier & P. Conte, *Procédure pénale*, Parijs: Dalloz 2014.
- Larguier, Conte & Maistre du Chambon 2018
J. Larguier, P. Conte & P. Maistre du Chambon, *Droit Pénal Général*, Parijs: Dalloz 2018.
- Law reform commission 1993
The Law Reform Commission, *Consultation paper on sentencing*, Dublin: The Law Reform Commission 1993.
- Leipziger Kommentar 2020
G. Cirener e.a. (red.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, Berlin/Boston: Walter de Gruyter 2020.
- Lerner 2014
N. Lerner, *The U.N. Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, Leiden/Boston: Brill/Nijhoff 2014.
- Lexicon discriminatie 2019
Lexicon discriminatie, inclusief geslacht en haatmisdrijven (te vinden op www.ommp.be, laatst bekeken op 27 september 2020; bijgewerkt tot november 2019).
- Licastro, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 2019/28
A. Licastro, 'L'aggravante della finalità di discriminazione ovvero come provare a combattere i pregiudizi attraverso lo strumento penale', *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 2019/28, p. 95-128.
- Liebscher 2019
D. Liebscher, 'Recht gegen Rassismus. Handlungsfelder und Anforderungen an eine gerechte und konsequente Strafjustiz', *Impulse zu Falfalt* 2019/2.
- MacLaughlin, *Race & Class* 1996
J. MacLaughlin, 'The evolution of anti-Traveller racism in Ireland', *Race & Class* 1996, p. 47-63.
- Marinucci, Dolcini & Gatta 2019
G. Marinucci, E. Dolcini & G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milaan: Giuffrè Francis Lefebvre 2019.
- Meier 2019
B.-D. Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, Berlin: Springer 2019.
- Michael 2019
L. Michael, *Reports of racism in Ireland, Data from iReport.ie*, INAR 2019.

Montenbruck 1983

A. Montenbruck, *Strafrahmen und Strafzumessung*, Berlin: Duncker & Humblot 1983.

Münchener Kommentar StPO 2016

Chr. Knauser, H. Kudlich & H. Schneider (red.), *Münchener Kommentar zur StPO*, München: Verlag C.H. Beck 2016.

Nationaler Aktionsplan gegen Rassismus 2017

Nationaler Aktionsplan gegen Rassismus. Positionen und Maßnahmen zum Umgang mit Ideologien der Ungleichwertigkeit und den darauf bezogenen Diskriminierungen, Berlin: Bundesministerium des Innern/Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend 2017.

De Nauw & Deruyk 2017

A. de Nauw & F. Deruyk, *Overzicht van het Belgisch algemeen strafrecht*, Brugge: Die Keurre 2017.

O'Malley 2009

T. O'Malley, *The criminal process*, Dublin: Round Hall 2009.

O'Malley 2016

T. O'Malley, *Sentencing law and practice*, Dublin: Round Hall 2016.

O'Malley 2014

T. O'Malley, *The role of the prosecution at sentencing in the aftermath of people (dpp) v z (2014)* (presentatie 15th Annual National Prosecutors' Conference), (te raadplegen via www.dppireland.ie/app/uploads/2014/10/PAPER_-_Tom_OMalley_BL_-_2014.10.18.pdf).

Openbaar Ministerie 2018

Openbaar Ministerie, *Cijfers in beeld 2018. Overzicht discriminatiecijfers*, Openbaar Ministerie 2018.

Pavich & Bonomi, *Diritto Penale Contemporaneo* 13 oktober 2014

G. Pavich & A. Bonomi, 'Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a costituzione la normativa vigente', *Diritto Penale Contemporaneo* 13 oktober 2014.

Perry 2017

B. Perry, *Legislating Hate in Ireland: The View from Here*, in: A. Haynes, J. Schweppe, & S. Taylor (red.), *Critical perspectives on hate crime*, Londen: Palgrave Macmillan 2017, p. 71-91.

Perry & O'Curry 2019

J. Perry & S. O'Curry, *Facing all the Facts. Connecting on hate crime data in Ireland*, 2019.

Pfahl-Traughber 2012

A. Pfahl-Traughber, 'Gab es doch eine 'Braune Armee Fraktion'? Die Besonderheiten des Nationalsozialistischen Untergrundes', in: M.H.W. Möllers & R.C. van Ooyen (red.), *Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2012/2013*, Frankfurt am Main: Verlag der Polizeiwissenschaft 2012.

- Politisch motivierte Kriminalität im Jahr 2018. Bundesweite Fallzahlen 2019
Bundeskriminalamt, *Politisch motivierte Kriminalität im Jahr 2018. Bundesweite Fallzahlen* 2019.
- Politisch motivierte Kriminalität im Jahr 2019. Bundesweite Fallzahlen 2020
Bundeskriminalamt, *Politisch motivierte Kriminalität im Jahr 2019. Bundesweite Fallzahlen* 2020.
- Politoff & Koopmans 1988
S.I. Politoff & F.A.J. Koopmans, *Schuld*, Arnhem: Gouda Quint 1988.
- Poncela 2001
P. Poncela, *Droit de la peine*, Parijs: Presses universitaires de France 2001.
- Pradel 2008
J. Pradel, 'Criminal Law', in: G.A. Bermann & E. Picard (red.), *Introduction to French Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008, p. 103-126.
- Puglisi, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2018/3
G. Puglisi, 'La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'eguaglianza, tra aporie strutturali ed alternative alla pena detentiva', *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2018/3 (vol. 61), p. 1325-1358.
- Pulitanò 2019
D. Pulitanò, *Diritto penale*, Turijn: G. Giappichelli Editore 2019.
- Raats 2016
S. Raats, *Consistente straftoemeting*, Antwerpen: Intersentia 2016.
- Rozie, NC 2007/3
J. Rozie, 'Actualia omtrent de bepaling en de motivering van de straf', *Nullum Crimen* 2007/4, p. 177-188.
- Rozie, NC 2013/1
J. Rozie, 'De werking van verzachtende omstandigheden in strafzaken doorgeleucht', *Nullum Crimen* 2013/2, p. 1-32.
- Rozie, NC 2014/2
J. Rozie, 'Tegenspraak in de bestrafing', *Nullum Crimen* 2014/2, p. 91-117.
- Rozie, RW 2006/38
J. Rozie, 'Op zoek naar meer eenvormigheid in de straftoemeting: van maatpak naar confectiepak', *Rechtskundig Weekblad* 2006/38, p. 1481-1491.
- Saleilles 2001
R. Saleilles, *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, Ramonville Saint-Agne: Érès 2001.
- Salotto 2006
F. Salotto, 'Reato di propaganda razziale e modifiche ai reati di opinione', in S. Riondato, *Atti del Seminario di Studio Discriminazione Razziale, Xenofobia, Odio Religioso, Diritti Fondamentali e Tutela Penale* (Università degli Studi di Padova, 24 marzo 2006), Padova: Milani 2006.
- Sasse van Ysselt NJCM-Bulletin/NTM 2003
P. Sasse van Ysselt, 'Wetgeving en toezicht betreffende de strafrechtelijke aanpak van discriminatie op grond van ras', *NJCM-Bulletin/NTM* 2003, p. 411 e.v.

- Sbriccoli 1998
M. Sbriccoli, 'Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano' in: Luciano Violante (dir.), *Storia d'Italia. Annali XIV. Legge Diritto Giustizia*, Torino: Einaudi 1998, p. 485-551.
- Schäfer, Sander & Van Gemmeren 2017
G. Schäfer, G.M. Sander & G. van Gemmeren, *Praxis der Strafzumessung*, München: Beck 2017.
- Schönke/Schröder 2019
A. Schönke/H. Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar* (gesamtredaktion A. Eser), Beck: München 2019.
- Schweppe, Haynes & Carr 2014
J. Schweppe, A. Haynes & J. Carr, *A Life Free From Fear. Legislating for Hate Crime in Ireland: An NGO Perspective*, Limerick: University of Limerick 2014.
- Schweppe & Walsh 2008
J. Schweppe & D. Walsh, *Combating Racism and Xenophobia through the Criminal Law*, Limerick: University of Limerick 2008.
- Schweppe & Walters 2015
J. Schweppe & M.A. Walters, 'Hate Crimes: Legislating to Enhance Punishment', in: *Oxford Handbooks Online, Criminology and Criminal Justice*, Oxford: Oxford University Press 2015.
- Scott, *Irish Judicial Studies Journal* 2017/1
L. Scott, 'Developments in Irish Sentencing Law', *Irish Judicial Studies Journal* 2017/1, p. 1-14.
- Serafin 2019
M.A. Serafin, *Hate Crimes. Auf der Suche nach einer adäquaten Reaktion des Strafrechts*, Ettenheim: Stückle Druck und Verlag 2019.
- Smetryns CABG 2005/1
A. Smetryns, 'De motiveringsverplichting van de strafrechter. Een algemene inleiding', *Cahiers Antwerpen Brussel Gent* 2005/1, p. 1-65.
- Stokx, *Panopticon* 1994/6
R. Stokx, 'De vernieuwingen aan de racismewet: meer dan een laagje vernis?', *Panopticon* 1994/6, p. 503-511.
- Stoltenberg, *ZRP* 2012
K. Stoltenberg, 'Verpflichtung der Ermittlung und Berücksichtigung rassistischer Motive bei der Strafzumessung', *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2012, p. 119-122.
- Streng 2012
F. Streng, *Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und Ihre Grundlagen*, Stuttgart: Kohlhammer 2012.
- Taylor 2011
S. Taylor, *Responding to Racist Incidents and Racist Crimes in Ireland. An Issues Paper for the Equality Authority*, Dublin: The Equality Authority 2011.
- Trinci & Farini 2017
A. Trinci & S. Farini, *Compendio di diritto penale*, Rome: Dike giuridica editrice 2017.

Unia 2016

Unia, (*Antiracismewet*) *Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie* (B.S. 30 mei 2007) (*Antidiscriminatiewet*), Brussel 2016.

Unia 2017

Unia, (*Antiracismewet*) *Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie* (B.S. 30 mei 2007) (*Antidiscriminatiewet*), Brussel 2017.

Unia 2018

Unia, *Mensenrechten in ere herstellen. Cijferverslag 2018*, Brussel 2018.

Unia 2020

Unia, *Werken aan een gelijkere samenleving voor iedereen. Jaarverslag 2019*, Brussel 2020.

Vandenbruwaene, de Keyzer & van der Veken, RW 2015-16

P. Vandenbruwaene, F. De Keyzer, B. Van Der Veken, 'Diversiteit, verdraagzaamheid en handhavingsbeleid', RW 2015-2016, p. 1242.

De Vos, *Cahier Politiestudies* 2015

I. de Vos, 'Transgender en politie: als gender het geslacht overstijgt', *Cahier Politiestudies* 2015-2, p. 165-182.

Vrielink, Ouald Chatib & Brems, *NJCM-Bulletin/NTM* 2011

J. Vrielink, S. Ouald Chatib & E. Brems, 'Het 'boerkaverbod' in België', *NJCM-Bulletin/NTM* 2011, p. 623-638.

De Waele 2013

M. de Waele, 'Rechts-extremistische groeperingen in Vlaanderen', in: *Cahier Integrale Veiligheid*, vol. 39, aflevering 105, 2013, p. 3-34.

Weigel 2015

H. Weigel, *Entwicklung, Gegenwart und Perspektiven des strafrechtlichen Sanktionierungssystems. Eine Analyse von Ansätzen, Bedarf und Grenzen für Reformen innerhalb der ersten Spur des Rechtsfolgensystems im StBG*, Hamburg: Kovač 2015.

Van den Wyngaert 2006

C. van den Wyngaert, *Strafrecht, strafprocesrecht & internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen: Maklu 2006.

Van den Wyngaert 2011

C. van den Wyngaert (met medewerking van B. de Smet & S. Vandromme), *Strafrecht & Strafprocesrecht*, Antwerpen: Maklu 2011.

Wet- en regelgeving en parlementaire stukken

Verenigde Naties

- Handvest van de Verenigde Naties 26 juni 1945, *Trb.* 1979, 37.
- Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie van 7 maart 1966, *Trb.* 1966, 237.
- Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen van 18 december 1979, *Trb.* 1981, 61.
- Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind van 20 november 1989, *Trb.* 1990, 46.
- Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap van 13 december 2006, *Trb.* 2007, 169.
- General recommendation No. 35 on gender-based violence against women, updating general recommendation No. 19, CEDAW/C/GC/35.
- General comment no. 16 (2018) on equality and non-discrimination, CRPD/C/GC/6.
- Joint statement on human rights, sexual orientation and gender identity, 18 december 2008, (arc-international.net/global-advocacy/sogi-statements/2008-joint-statement/, bekeken op 27 juni 2020).
- General Recommendation XV on article 4 of the Convention (CERD) (1993).
- General Recommendation VII relating to the implementation of article 4 (CERD) (1985).
- General Recommendation XXVII on discrimination against Roma (CERD) (2000).
- General Recommendation XXX on discrimination against non-citizens (CERD) (2005).
- Combined fifth to ninth periodic reports submitted by Ireland under article 9 of the Convention, due in 2014, 3 oktober 2018, CERD/C/IRL/5-9.
- Concluding observations on the sixteenth to nineteenth periodic reports of Belgium, CERD/C/BEL/CO/16-19.
- Concluding observations on the nineteenth to twenty-first periodic reports of the Netherlands, CERD/C/NLD/CO/19-21.
- Concluding observations on the combined nineteenth to twenty-second periodic reports of Germany, CERD/C/DEU/CO/19-22.

Raad van Europa

- Protocol nr. 12 bij het Europees Verdrag voor de rechten van de Mens & de fundamentele vrijheden van 4 november 2000, *Trb.* 2001, 18.
- Explanatory Report to Protocol No. 12.

- Resolution 1728(2010) Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity.
- Recommendation CM/REC(2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity.
- ECRI General Policy Recommendation No. 1: On combating racism, xenophobia, antisemitism and intolerance, adopted by ECRI on 4 October 1996.
- ECRI report on France (fifth monitoring cycle), adopted on 8 December 2015.
- ECRI General Policy Recommendation no. 7: On national legislation to combat racism and racial discrimination adopted on 13 December 2002 and Amended on 7 December 2017.
- ECRI General Policy Recommendation No. 9: On the fight against antisemitism adopted on 25 June 2004.
- ECRI General Policy Recommendation no. 15 on combating hate speech, adopted on 8 December 2015.
- ECRI report in Ireland adopted on 2 April 2019, published on 4 June 2019.

Europese Unie

- Gemeenschappelijk optreden 96/443/JBZ van 15 juli 1996 door de Raad aangenomen op grond van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie ter bestrijding van racisme & vreemdelingenhaat.
- Kaderbesluit 2008/913/JBZ van de Raad van 28 november 2008 betreffende de bestrijding van bepaalde vormen & uitingen van racisme & vreemdelingenhaat door middel van het strafrecht, *PbEU* L 328/55.
- Voorstel voor een Kaderbesluit van de Raad betreffende de bestrijding van racisme & vreemdelingenhaat, COM(2001)664.
- Proposal for a Council Framework Decision on combating racism and xenophobia (2002/C 75 E/17) COM(2001) 664 final 2001/0270(CNS) (Submitted by the Commission on 29 November 2001).
- Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement & de Raad over de uitvoering van Kaderbesluit 2008/913/JBZ van de Raad betreffende de bestrijding van bepaalde vormen & uitingen van racisme & vreemdelingenhaat door middel van het strafrecht, COM(2014) 27 final.
- European Parliament, Report on a proposal for a Council framework decision on combating racism and xenophobia, Final A5-0189/2002.

Nederland

- Aanwijzing discriminatie 2018A009, *Stcrt.* 2018, 68988.
- *Kamerstukken II* 2017/18, 29279 & 30950, nr. 442.
- Aanhangsel van de Handelingen II 2017/18, nr. 2115.
- Aanhangsel van de Handelingen II 2017/18, nr. 2481.
- Initiatiefwetsvoorstel hatecrimes, (te vinden op www.internetconsultatie.nl/hatecrimes, laatst bekeken op 3 augustus 2020).

Frankrijk

- Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.
- Loi de finances pour 1957, *JORF* nr. 304, p. 12638.
- Loi n° 72-546 du 1 juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme, *JORF* nr. 154 p. 6803.
- Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, *JORF* nr. 169, p. 9857.
- Loi n° 2003-88 du 3 février 2003 visant à aggraver les peines punissant les infractions à caractère raciste, antisémite ou xénophobe, *JORF* 4 februari 2003, p. 2104.
- Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *JORF* nr. 66, p. 4761.
- Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JORF* nr. 59, p. 4567.
- Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant la création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, *JORF*, Texte 3 sur 163
- Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, *JORF* nr. 185, p. 13466.
- Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, *JORF* nr. 182, p. 12921.
- Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, *JORF* nr. 269.
- Loi n° 2017-86 van 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, *JORF* nr. 24.
- *Assemblée Nationale*, Proposition de loi visant à aggraver les peines punissant les infractions à caractère raciste et à renforcer l'efficacité de la procédure pénale, 7 november 2002, nr. 350.
- *Assemblée Nationale*, rapport, 4 december 2002, nr. 452.
- *Assemblée Nationale*, Project de Loi, 9 oktober 2013, nr. 1413.
- Sénat, rapport van 22 januari 2003, nr. 139, p. 4-7.
- *Bulletin Officiel du Ministère de la Justice* van 28 april 2017, nr. 2017-04, JUSD1712060C.
- *Circulaire de politique pénale*, nr. CRIM-2018- 0023-Pl6, 21 maart 2018.
- *Circulaire relative à la lutte contre les discriminations, les propos et les comportements haineux*, nr. Crim.2019- 6/E 1/ 04.04.2019, 4 april 2019.

België

- Wet tot bestraffing van bepaalde door racisme & xenofobie ingegeven daden, *B.S.*, 8 augustus 1981.
- Wet tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *B.S.* 14 mei 1994, 12885.
- Wet van 20 januari 2003 tot de versterking van de wetgeving tegen racisme, *B.S.* 12 februari 2003.

- Wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie & tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor Gelijkheid van Kansen & voor Racismebestrijding, *B.S.* 17 maart 2003.
- Wet van 10 mei 2007 tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *B.S.* 30 mei 2007.
- Wet van 30 december 2009 houdende diverse bepalingen, *B.S.* 30 december 2009.
- Wet van 1 juni 2011 tot instelling van een verbod op het dragen van kleding die het gezicht volledig dan wel grotendeels verbergt, *B.S.* 13 juli 2011.
- Wet van 14 januari 2013 tot wijziging van artikel 405quater van het Strafwetboek & artikel 2 van de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden, *B.S.* 31 januari 2013.
- *Parl.St.* Senaat, 1959-1960, nr. 99.
- *Parl.St.* Senaat, 1999-2000, nr. 2-12/15.
- *Parl.St.* Senaat, 1999-2000, nr. 2-12/22.
- *Parl.St.* Kamer, 1959-1960, nr. 411/1.
- *Parl.St.* Kamer, 1966-1967, nr. 309/1.
- *Parl. St.* Kamer 1998/1999, 1936/001.
- *Parl.St.* Kamer, 2001-2002, 1578/002.
- *Parl.St.* Kamer, 2001-2002, 1578/003.
- *Parl.St.* Kamer, 2001-2002, 1578/006.
- *Parl.St.* Kamer, 2001-2002, 1578/008.
- *Parl.St.* Kamer, 2006-07, nr. 2722/001.
- *Parl.St.* Kamer, 2012-2013, nr. 2473/001.
- *Parl.St.* Kamer 2017-2018, 3117/001.
- *Parl.St.* Kamer 2019, 0417/001.
- *Parl.St.* Kamer, 2019-2020, 1011/001.

Italië

- Legge 10 aprile 1951, nr. 287, Riordinamento dei giudizi di Assise.
- Legge 13 ottobre 1975, nr. 654, Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966, *GU* 1975, nr. 337.
- Legge 7 febbraio 1990, nr. 9, Modifiche in tema di circostanze, sospensione condizionale della pena e destituzione dei pubblici dipendenti, *GU* 1990, nr. 36.
- Legge 205/1993 del 25 giugno 1993, nr. 205, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, recante misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa, *GU* 1993, nr. 148.
- Legge 24 novembre 1999, n. 468, Modifiche alla legge 21 novembre 1991, n. 374, recante istituzione del giudice di pace. Delega al Governo in materia di competenza penale del giudice di pace e modifica dell'articolo 593 del codice di procedura penale, *GU* 1999, nr. 293.
- Legge 24 febbraio 2006, nr. 85, Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione, *GU* 2016, nr. 60.

- Decreto Legislativo 15 gennaio 2016, nr. 7, Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma dell'articolo 2, comma 3, della legge 28 aprile 2014, nr. 67, *GU* 2016, nr. 17.
- Legge 16 giugno 2016 Modifica all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, nr. 115, *GU* 2016, nr. 149.
- Legge 23 giugno 2017, nr. 103, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario, *GU* 2017, nr. 154.
- Decreto legislativo 1 marzo 2018, nr. 21, Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, nr. 103, *GU* 2018, nr. 68.
- *Camera Dei Deputati*, nr. 1882, XVI Legislatura (Proposta di legge Modifica all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, per la repressione delle discriminazioni per motivi razziali, di orientamento sessuale o di identità di genere).
- *Camera Dei Deputati*, nr. 2807, XVI Legislatura (Proposta di legge Modifiche alla legge 13 ottobre 1975, n. 654, e al decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, per il contrasto dell'omofobia e della transfobia).
- *Camera Dei Deputati*, nr. 245, XVII Legislatura (Proposta di legge Modifiche alla legge 13 ottobre 1975, n. 654, e al decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, per il contrasto dell'omofobia e della transfobia).
- *Camera Dei Deputati*, nr. 5490, XIV Legislatura.
- *Camera Dei Deputati*, Modifiche agli articoli 604-bis e 604-ter del codice penale, in materia di violenza o discriminazione per motivi di sesso, di genere, di orientamento sessuale o di identità di genere A.C. TU 107, 569, 868, 2171, 2255 –A. Dossier n° 219/2 – Elementi per l'esame in Assemblea 31 luglio 2020.

Duitsland

- Gesetzes zur Umsetzung von Empfehlungen des NSU-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages, 12 juni 2015, *Bundesgesetzblatt* Teil I, nr. 23, Seite 925.
- BT-Drs. 17/9345.
- BT-Drs. 17/11061.
- BT-Drs. 17/14600.
- BT-Drs. 18/3007.
- BT-Drs. 19/444.
- BT-Drs. 19/15740.
- BT-Drs. 19/17741.
- BT-Drs. 19/20163.
- Bundesrat, Drs. 339/20.
- Landtag Thüringen, Drs. 7/592.
- Landtag von Sachsen-Anhalt, Drs. 7/6335.

- Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung von Empfehlungen des NSU-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages, juli 2014, nr. 13/14.
- Deutscher Richterbund, Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität, Nr. 1/20.
- Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Strafrecht zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Hasskriminalität und des Rechtsextremismus, 6/2020.
- *Definitionssystem Politisch Motivierte Kriminalität* 2016.
- *Nationaler Aktionsplan gegen Rasismus* 2017.
- Integrationskonzept für Rheinland-Pfalz 2017.

Ierland

- Guidelines for Prosecutors 2019.

JURISPRUDENTIE

Internationaal

- EHRM 6 juli 2005, 43577/98 43579/98, (Nachova en anderen/Bulgarije).
- EHRM 26 juli 2007, 48254/99 (Cobzaru/Roemenië).

Frankrijk

- Cour de cassation 6 maart 2012, nr. 1-84711, *Bulletin criminel* 2012, nr. 60.
- Cour de cassation 16 december 2014, nr. 14-80854.
- Cour de cassation 21 januari 2019, nr. 07-88330, *Bulletin criminel* 2019, nr. 22.

België

- Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004.
- Grondwettelijk Hof 12 februari 2009, nr. 17/2009.
- Grondwettelijk Hof 21 december 2017, nr. 148/2017, *B.St.* 12 januari 2018, p. 1393.
- Grondwettelijk Hof 4 juni 2020, nr. 81/2020.
- Hof van Cassatie 13 augustus 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 1519.
- Hof van Cassatie 16 november 1999, *Arr. Cass.* 1999, nr. 608.
- Hof van Cassatie 6 maart 2012, *Arr. Cass.* 2012, nr. 153
- Hof van Cassatie 19 juni 2019, met noot van J. De Hert, *te verschijnen*.
- Correctionele rechtbank Antwerpen 15 oktober 2004.
- Correctionele rechtbank Kortrijk 16 februari 2005.

- Correctionele rechtbank Antwerpen, 22 december 2017.
- Correctionele rechtbank Luik, 4 september 2018.
- Correctionele rechtbank Brussel, 9 oktober 2018.
- Correctionele rechtbank Dinant, 7 november 2018.
- Correctionele rechtbank Brugge 5 februari 2019.
- Correctionele rechtbank Hasselt 19 februari 2019.
- Correctionele rechtbank Brussel, 9 april 2019.
- Correctionele rechtbank Charleroi 16 mei 2019.
- Correctionele rechtbank Charleroi 3 juni 2019.
- Correctionele rechtbank Luik 13 juni 2019.
- Correctionele rechtbank Gent 7 oktober 2019.
- Correctionele rechtbank Dinant, 5 november 2019.
- Correctionele rechtbank Namen 5 november 2019.
- Correctionele rechtbank Luik 3 december 2019.
- Correctionele rechtbank Neufchâteau 12 december 2019.
- Correctionele rechtbank Kortrijk 18 december 2019.

Italië

- Corte di Cassazione, Sec. III, 9 maart 2006, nr. 11919.
- Corte di Cassazione, Sec. V, 8 juni 2006, nr. 42258.
- Corte di Cassazione, Sec I, 4 juni 2013, nr. 24213.
- Corte di Cassazione, Sez. V, 12 giugno 2008, n. 38217.
- Corte di Cassazione, Sez. V, 4 febbraio 2013, n. 30525.
- Corte di Cassazione, Sez. V, 15 juni 2018, nr. 32682, *CED rv. 273491*.
- Corte di Cassazione, Sec. V, 2 januari 2019, nr. 68.

Duitsland

- Bundesgerichtshof 15 januari 2020, AK 62/19.
- Bundesgerichtshof 4 juli 2018, 5 StR 46/18.
- Bundesgerichtshof 17 april 2019, 5 StR 685/18.
- Bundesgerichtshof 16 mei 2016, StB 11/16.
- Bundesgerichtshof 22 augustus 2019, StB 21/19.
- Oberlandesgericht Dresden 7 maart 2018, 4 St 1/16.
- Oberlandesgericht München 11 juli 2018, 6 St 3/12.
- Landgericht Aurich 20 september 2019, 11 KLs 510 Js 27177/18 (5/19).
- Landgericht Hamburg 20 oktober 2016, 617 KLs 31/17 jug – 7205 Js 83/16 & 7205/Js 35/16.
- Landgericht Traustein 30 november 2018, KLs 450 Js 12135/18 jug.
- Landgericht Magdeburg 9 augustus 2017, 26 Ns 3/17 & 26 Ns 456 Js 38263/15 (3/17).
- Amtsgericht Duisburg 10 juni 2016, ECLI:DE:AGDU1:2016:0610.81DS78.16.00.
- Amtsgericht Duisburg 8 december 2017, ECLI:DE:AGDU1:2017:1208.81DS433.16.00.

Ierland

- Supreme Court 13 mei 1998, IR 1988/250 (D.P.P./Tiernan).
- Court of Criminal Appeal van 1 november 2004, (ongepubliceerd).
- Court of Criminal Appeal 18 maart 2014, IECCA 2014/12 (D.P.P./Fitzgibbon).
- Court of Criminal Appeal, 16 mei 2014, IECCA 2014/1 (D.P.P./Ryan).
- Court of Appeal 10 november 2014, IECA 2014/6 (D.P.P./Elders).
- Court of Appeal 16 februari 2015, IECA 2015/22 (D.P.P./Hussain).
- Court of Appeal 26 februari 2016, IECA 2016/82 (D.P.P./Shattock).
- Court of Appeal 12 februari 2016, IECA 2016/35 (D.P.P./Collins).
- Court of Appeal 22 juni 2015, IECA 2015/141 (D.P.P./Moran).
- Court of Appeal 10 november 2014, IECA 2014/6 (D.P.P./Elders).

Bijlage 1

Samenstelling Begeleidingscommissie

prof. mr. P.A.M. Mevis (voorzitter), hoogleraar straf(proces)recht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

mr. M.B. Langius (tot 28 april 2020), raadviseur bij de directie Wetgeving en Juridische Zaken van het Ministerie van Justitie en Veiligheid.

mr. dr. A. Postma (vanaf 28 april 2020), wetgevingsjurist bij de directie Wetgeving en Juridische Zaken van het Ministerie van Justitie en Veiligheid.

prof. mr. S. Meijer, hoogleraar Penitentiair recht aan de Radboud Universiteit, universitair docent straf(proces)recht bij de Vrije Universiteit Amsterdam, rechter-plaatsvervanger bij de rechtbank Amsterdam en lid van afdeling Advies van de Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming.

mr. dr. L.J.J. Peters, universitair docent straf- en strafprocesrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

mr. W.M. de Jongste, senior wetenschappelijk medewerker bij het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC).

Bijlage 2

Vragenlijst

DISCRIMINATION AS AN AGGRAVATING CIRCUMSTANCE FOR CRIMINAL OFFENCES

Questionnaire Anti-discrimination organisations

Introduction

This questionnaire is part of a comparative legal research into the various manners in which some EU-countries (Belgium, France, Germany, Ireland and Italy) include discriminatory motives in sentencing criminal offences. Besides legal research into the legal framework and/or policy of the selected countries, this research also focusses on their effects in practice.

This questionnaire is part of the latter part of the research and is send to the different national organisations in the selected countries that battle discrimination and promote equality and human rights.

Glossary

Hate crimes: criminal offences committed against the victim, an injured party or a specific group of people on a discriminatory basis.

Discrimination: making an impermissible distinction between persons or groups of people based on a certain protected characteristic.

A. Your organisation

- A.1 What do the activities of your organisation entail?
- A.2 What activities does your organisation perform in the field of hate crimes?

For example, issuing reports, providing educational programs, developing public policy or assisting victims and / or injured parties.

- A.3 To which extend and in which manner is your organisation involved in activities of criminal justice professionals (police, public prosecutor and judiciary) in the field of hate crimes?

B. National discrimination issues

- B.1 According to your professional opinion, is discrimination considered an important social or political theme in your country?

- B.2 According to your professional opinion, which grounds for discrimination are considered most problematic in your country or receive the most attention in public debate?
- B.3 Are there any grounds for discrimination that you consider to be perceived as less relevant or even as more socially accepted in your country?
- B.4 In what context is the subject of discrimination discussed in your country?

For example, in the context of equality, religious freedom, freedom of expression or human dignity.

C. Prosecution of crimes with discriminatory motive

- C.1 According to your professional opinion, are the criminal justice professionals involved in the fight against discrimination (police, public prosecutor and judiciary) sufficiently aware of the regulation or the policy to take into account discriminatory motives in sentencing?
- C.2 According to your professional opinion, is this regulation or this policy considered by these professionals as an important tool in the battle against hate crimes?
- C.3 According to your professional opinion, are victims and / or injured parties sufficiently aware of this regulation or this policy?
- C.4 In the past two years, was and if so, how often was the regulation or policy to take into account discriminatory motives in sentencing applied? From what source does this information follow?
- C.5 To which criminal offences is this regulation or this policy most often applied? From what source does this information follow?
- C.6 Are any advantages being identified regarding the application of the regulation or the policy to take into account discriminatory motives in fighting hate crimes? If so, which ones?
- C.7 Are these advantages that the legislator or policymaker intended in advance?
- C.8 Are any bottlenecks or disadvantages being identified regarding the application of this regulation or this policy? If so, which ones?
- C.9 Do these bottlenecks or disadvantages affect practice? If so, how? Have solutions been put forward for these problems? If so, which?
- C.10 Is the manner in which discriminatory motives are taken into account in sentencing a current topic in society and / or (legal) science in your country? If so, from what source does this information follow?
- C.11 Are there any signals that this regulation or this policy will be altered in the coming years? If so, what brought forward these changes and what changes are proposed?

D. Additional information

- D.1 Do you have any additional remarks on the aforementioned topics, which you would like to provide us within our research?

- D.2 Are there any policy documents, reports or publications (from the government, your organisation or others) or is there any relevant case law that you believe to be relevant for our research?

