



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Etnische achtergronden bij de bepaling van de straf

Voorde, J.M. ten

Citation

Voorde, J. M. ten. (2010). Etnische achtergronden bij de bepaling van de straf. *Njcm-Bulletin*, 35(8), 981-996. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/16445>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/16445>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Etnische achtergronden bij de bepaling van de straf

Jeroen ten Voorde*

Samenvatting: Etnische achtergronden bij de straftoemeting vormen in Nederland (en elders) onderwerp van discussie. In zogenoemde culturele strafzaken lijkt de neiging te bestaan de etnische achtergrond van allochtone justitiabelen in negatieve zin te betrekken bij de straftoemeting. Ook vanuit de politiek zijn stemmen opgegaan om etnische minderheden anders (dat wil zeggen zwaarder) te bestraffen dan anderen. Deze situatie wordt in dit artikel beschreven. Tevens wordt onder verwijzing naar een recent arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens beschreven welke grenzen kunnen worden gesteld aan en welke mogelijkheden nog zouden kunnen bestaan voor het gebruik van etnische achtergronden bij de straftoemeting.

Inleiding

De Nederlandse strafrechter komt vanouds grote vrijheid toe bij de bepaling van de straf. Die vrijheid betreft de strafmaat, -modaliteit en -soort, maar vooral de strafmotivering op grond waarvan strafsoort, -modaliteit en -maat worden gerechtvaardigd. Deze straftoemetingsvrijheid wordt als een groot goed gezien. Pogingen om haar te beperken worden met reserve gezien.¹

Een facet van de discussie over straftoemeting is de rol van etnische achtergronden bij de bepaling van de straf. Hoewel daarover in het verleden al het één en ander is gesteld,² ontbreekt een betoog waarin de hedendaagse (politieke) discussies op dit terrein, evenals recente jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over etnische achtergronden als belangrijk onderdeel van de strafmotivering, op systematische wijze aan de orde komen.

In deze bijdrage worden de verschillende aspecten van deze discussie besproken. Allereerst wordt getracht het begrip etnische minderheid te verduidelijken. Vervolgens wordt ingegaan op de verschillende manieren waarop etnische achtergronden in het Nederlandse strafrecht en in het bijzonder bij de bepaling van de straf tot uitdrukking komen en hoe over de doorwerking van die achtergronden in de straftoemeting wordt geoordeeld en gedacht. Daarbij wordt gebruik gemaakt van het concept culturele strafzaak. Daarmee kan onderscheid worden gemaakt tussen strafzaken waar strafbare gedragingen aan de orde zijn die zijn gepleegd met een etnisch of cultureel motief (zogenoemde culturele delicten) en strafzaken waar de gedraging niet (per definitie) op grond van een dergelijk motief kan worden verklaard, maar waarin de omstandigheid dat de verdachte behoort tot een etnische minderheidsgroep in de strafmotivering wordt betrokken. Vervolgens zal, als uitwerking van die laatste categorie, ingegaan worden op het recente arrest van het EHRM in de zaak Paraskeva Todorova tegen Bulgarije waarin het hof duidelijk stelling heeft ingenomen in het gebruik van de etnische achtergrond van de verdachte als argument in de straftoemeting.³ Aan het slot van deze bijdrage wordt aangegeven welke consequenties dit arrest kan hebben voor de Nederlandse discussie en wordt gezien in hoeverre deze uitspraak ook voor de andere categorie culturele strafzaken (betreffende culturele delicten) consequenties kan hebben.

Etnische minderheden omschreven

Etniciteit is een moeilijk te vatten begrip. In antropologische literatuur is veel aandacht besteed aan de betekenis van etniciteit en de verhouding tot ras. Actueel is deze discussie allang niet meer, nu in de culturele antropologie het begrip ras sinds de ervaringen uit de Tweede Wereldoorlog uit het discours is verdwenen. Voor het EHRM is dit onderscheid wel van belang, omdat het voor de beoordeling van de vraag of personen op grond van hun etnische achtergrond kunnen worden gediscrimineerd afhankelijk is van het kader waarbinnen de antidiscriminatieregels van de Raad

* mr. J.M. ten Voorde is als universitair docent straf(proces)recht verbonden aan de Universiteit Leiden.

¹ G.K. Schoep, 'Van terughoudend naar directief. Wetgevingsdiscours dat raakt aan de vrijheid van de rechter bij de straftoemeting', *Delikt en Delinkwent* 2008, p. 793-814.

² Jeroen ten Voorde, 'Het zwaarder straffen bij culturele delicten. Feit of fictie?', *Proces* 2004, p. 124-133.

³ EHRM 25 maart 2010, appl.nr. 37193/07 (Paraskeva Todorova/Bulgarije).

van Europa zijn ontwikkeld. Dat kader is het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie.⁴ Op grond van art. 1 lid 1 van dat verdrag ‘wordt onder rassendiscriminatie verstaan elke vorm van onderscheid, uitsluiting, beperking of voorkeur op grond van ras, (...) of etnische afstamming’. Kennelijk zijn ras en etniciteit verschillende manieren om groepen mensen te categoriseren. Een omschrijving van dit onderscheid geeft het verdrag niet. Overigens geldt dit ook voor de op dit verdrag geïnspireerde regelgeving die binnen de Raad van Europa tot stand is gekomen. Het ontbreken van een heldere omschrijving van ras en etniciteit wordt mede door gebrek aan politieke overeenstemming hierover verklaard.

Vanuit een juridische invalshoek is op grond van het voornoemde verdrag wel te verklaren waarom het EHRM onderscheid maakt tussen etniciteit en ras. Dat onderscheid wordt door het hof als volgt omschreven: ‘Whereas the notion of race is rooted in the idea of biological classification of human beings into subspecies on the basis of morphological features such as skin colour or facial characteristics, ethnicity has its origin in the idea of societal groups marked in particular by common nationality, religious faith, shared language, or cultural and traditional origins and backgrounds.’⁵ Het valt op dat ook het hof niet echt een definitie van ras en etniciteit geeft, maar slechts enkele constitutieve begrippen noemt zonder zich te binden aan een bepaalde omschrijving van deze begrippen. Evenmin lijkt het hof in te gaan op de precieze betekenis van deze begrippen voor de omschrijving van ras en etniciteit. Daarmee is gekozen voor een vage, zij het veilige duiding van ras en etniciteit. Vaag, omdat niet onmiddellijk duidelijk wordt wanneer een groep mensen nu wel en niet als ras of etnische groep kan worden aangemerkt. Veilig, omdat het hof hiermee lijkt te willen voorkomen dat uit zijn omschrijving door bepaalde groepen rechten kunnen worden ontleend. De omschrijving van het hof lijkt puur descriptief te zijn bedoeld.

Etniciteit geeft volgens het hof aan op grond waarvan een groep mensen een gevoel van gemeenschappelijkheid deelt. De omschrijving van etniciteit laat ook de mogelijkheid open het meer hedendaagse antropologische gezichtspunt, namelijk dat etniciteit mensen helpt zich van andere etnische groepen te onderscheiden, in ’s hofs omschrijving te lezen. De verbinding met een gemeenschappelijke cultuur of traditionele achtergrond of afkomst, wordt ook in antropologische literatuur gemaakt, maar daarbij wordt (vooral sinds het invloedrijke essay van de Noorse antropoloog Barth) benadrukt dat etniciteit en cultuur geen synoniemen zijn: etnische groepen refereren nogal eens naar een gemeenschappelijke afkomst en dragen uit dat zij een gedeelde cultuur ‘hebben’ of worden door derden op basis van een gemeenschappelijke afkomst of gedeelde cultuur gecategoriseerd, maar telkens blijkt dat de interpretatie van die afkomst en de omschrijving van die cultuur verschillend is.⁶ Het belang hiervan heeft niet alleen betrekking op de interpretatie van wetenschappelijk onderzoek, maar de erkenning van het min of meer fluïde karakter van cultuur en etniciteit is ook van belang voor de (juridische en politieke) vragen of sprake is van onderscheid en of etnische minderheden in geval van onderscheid extra bescherming verdienen. Wanneer nadruk wordt gelegd op het vloeiende karakter van etniciteit en cultuur, zou kunnen worden verwacht dat de noodzaak daartoe minder urgent wordt bevonden: de uniciteit en bijzonderheid van een cultuur vormt een belangrijke bron voor extra bescherming. Valt die bijzonderheid weg (anders gezegd: wordt zij gerelativeerd), dan kan worden verwacht dat de noodzaak tot extra bescherming minder snel wordt gevoeld en als gevolg daarvan minder

⁴ Zie bijv. EHRM 13 november 2007, appl.nr. 57325/00 (D.H. e.a./Tsjechië) § 176; EHRM 13 december 2005, appl.nr. 55762/00 en 55974/00 (Timishev/Russia), § 56.

⁵ EHRM 22 december 2009, appl.nr. 27996/06 en 34836/06 (Sejdić en Finci/Bosnië-Hergovina), § 43; EHRM 13 december 2005, appl.nr. 55762/00 and 55974/00 (Timishev/Rusland), § 55.

⁶ Steve Fenton, *Ethnicity*, Cambridge: Polity Press 2003; Richard Jenkins, *Rethinking Ethnicity. Arguments and Explorations*, London/Thousand Oaks, California: SAGE 1997.

snel of althans minder vanzelfsprekend wordt geboden,⁷ of dat de precieze uitwerking of en zo ja welke rechten waaraan of aan wie en op welke wijze worden toegekend gecompliceerder is.⁸ In de omschrijving van het hof wordt etniciteit in verband gebracht met nationaliteit en religie. Er bestaat echter nogal wat discussie over het onderscheid tussen religieuze, nationale en etnische minderheden.⁹ Dit onderscheid is ook vanuit mensenrechtelijke optiek van belang. Vanouds kunnen religieuze en nationale minderheden aanspraak maken op bescherming.¹⁰ De vrijheid van godsdienst behoort zelfs tot de oudste grondrechten. Etnische minderheden, waaronder ook immigrantengroepen (in Nederland vaak allochtonen genoemd) worden verstaan, worden door sommige auteurs, zoals de Canadese filosoof Kymlicka, als minder duidelijk omliggende groepen beschouwd, voor wie bescherming mede om die reden minder voor de hand zou liggen.¹¹ Tegelijkertijd wordt erkend dat er nogal wat overlap bestaat tussen nationale en etnische minderheden. De discussies over het onderscheid lijken voor het recht dat aan minderheden bescherming moet bieden minder relevant te zijn geworden. In het Kaderverdrag ter bescherming van nationale minderheden¹² is ervoor gekozen dat de rechten die in dat verdrag zijn opgenomen van toepassing kunnen zijn op alle personen die behoren tot een nationale, etnische, linguïstische of religieuze groep die zich in een niet-dominante positie bevinden in de staat waarin zij leven.¹³ In Nederland is bij de implementatie van voornoemd Kaderverdrag de term nationale minderheden eveneens ruim uitgelegd. Het verdrag werd, behoudens enkele uitzonderingen, van toepassing verklaard op 'de Friezen en legaal in Nederland verblijvende personen die behoren tot de doelgroepen van het door de regering gevoerde integratiebeleid voor de etnische minderheden.'¹⁴ Voor de Nederlandse regering had het begrip 'nationale' geen toegevoegde waarde. Hoewel als zodanig niet genoemd in art. 14 EVRM, heeft het EHRM bepaald dat ook etnische minderheidsgroepen onder het bereik van deze bepaling vallen.¹⁵

Straftoemeting in Nederlandse culturele strafzaken

Multiculturaliteit in het strafrecht

Als gevolg van aanhoudende immigratie is de demografische samenstelling van de Nederlandse samenleving sterk veranderd. Gebruik makend van het door het CBS gehanteerde onderscheid tussen allochtonen en autochtonen, was in 2009 bijna 20% van de Nederlandse bevolking allochtoon. De, als gevolg van aanhoudende immigratie, toegenomen diversiteit van de demografische samenstelling van de Nederlandse samenleving heeft van haar ook een

⁷ Brian Barry, *Culture and Equality. An Egalitarian Critique of Multiculturalism*, Cambridge: Polity 2001.

⁸ Zie bijv. Seyla Benhabib, *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton and Oxford: Princeton University Press 2002.

⁹ Gerd Baumann, *The Multicultural Riddle. Rethinking National, Ethnic and Religious Identities*, New York/London: Routledge 1999.

¹⁰ Zie o.a. Tove H. Malloy, *National Minority Rights in Europe*, Oxford [etc.]: Oxford University Press 2005; Carolyn Evans, *Freedom of religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford [etc.]: Oxford University Press 2001.

¹¹ Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford: Clarendon Press 1995, p. 96-97.

¹² Verdrag van 1 februari 1995, *Trb.* 1995, 197 (*Stb.* 2004, 681).

¹³ Hans-Joachim Heintze, 'Article 1', in: Marc Weller (red.), *The Rights of Minorities in Europe. A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities*, Oxford [etc.]: Oxford University Press 2005, p. 84. Zie voor de discussie over de betekenis van nationale minderheden in het kader van dit verdrag Yvonne M. Donders, *Towards a Right to Cultural Identity* (diss. Maastricht), Antwerpen/Oxford/New York: Intersertia 2002, p. 254-255.

¹⁴ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 389, nr. 3, p. 4. Tegenwoordig wordt geen doelgroepenbeleid meer gevoerd, maar het verdrag is in beginsel van toepassing op alle legaal in Nederland woonachtige allochtonen.

¹⁵ EHRM 22 december 2009, appl.nr. 27996/06 en 34836/06 (Sedjić en Finci/Bosnië-Herzegovina), § 44; EHRM 13 november 2007, appl.nr. 57325/00 (D.H. e.a./Tsjechië), § 196.

multiculturele samenleving gemaakt, dat wil zeggen een samenleving die zich kenmerkt door etnische en culturele diversiteit. Multiculturaliteit, meer in het algemeen pluriformiteit, is door de Nederlandse regering als ‘wezenskenmerk van onze democratische rechtsstaat’ erkend.¹⁶ Hiermee is niet gezegd dat in een democratische rechtsstaat geen grenzen aan culturele diversiteit kunnen worden gesteld. Het stellen daarvan is echter niet (altijd) eenvoudig: de bescherming die etnische minderheden toekomt om naar eigen (culturele) normen te handelen (die bijvoorbeeld in art. 27 IVBPR tot uitdrukking komt) kan botsen met andere fundamentele grondrechten, zoals het recht op leven of het recht op lichamelijke integriteit of het recht op persoonlijke levenssfeer. In dat geval blijkt het strafrecht met de toegenomen multiculturaliteit te maken hebben gekregen.¹⁷ In het Nederlandse strafrecht kunnen bepalingen worden onderkend die verband houden met de vanouds bestaande religieuze diversiteit. In het Wetboek van Strafrecht zijn bijvoorbeeld de verstoring van een ‘geoorloofde samenkomst tot het belijden van godsdienst’ (art. 145 Sr) en godslastering strafbaar gesteld (art. 147 en art. 147a Sr), maar ook de ‘bedienaar van de godsdienst’ die een huwelijk sluit voordat is gebleken dat het burgerlijke huwelijk al is voltrokken, is strafbaar (art. 449 Sr). Het strafprocesrecht kent de mogelijkheid de eed te af te leggen conform de eisen die de ‘godsdienstige plicht’ aan de betrokkene (veelal een getuige) stelt (art. 1 Wet vorm van de eed). Voorwaarden die verband houden met een voorwaardelijk opgelegde gevangenisstraf mogen het belijden van de godsdienst of levensovertuiging van de veroordeelde niet beperken (art. 14c lid 3 Sr). Het gevangeniswezen is gefundeerd op het beginsel dat de beperkingen die onherroepelijk aan een vrijheidsbenemende sanctie zijn verbonden zo minimaal mogelijk behoren te zijn (art. 2 lid 4 Penitentiare beginselenwet (PBW)). Zo wordt de vrijheid van godsdienst tijdens detentie mede op grond hiervan gegarandeerd (art. 41 lid 1 PBW). Uit het voorgaande blijkt dat religieuze diversiteit op diverse plekken in het strafrecht tot regelgeving heeft geleid. Met betrekking tot multiculturaliteit is dat veel minder duidelijk het geval. Een voorbeeld is de strafbaarstelling van schaking (art. 281 Sr) waarvan tegenwoordig wordt aangenomen dat dit delict voornamelijk door allochtonen wordt begaan. Ook wordt bij de interpretatie van delictsbestanddelen soms met de culturele achtergrond rekening gehouden.¹⁸ De laatste decennia is vrij uitvoerig gediscussieerd over de vraag in hoeverre in het strafrecht ruimte zou kunnen bestaan rekening te houden met de toenemende multiculturaliteit van de samenleving. Deze vraag kan betrekking hebben op alle terreinen van het strafrecht, waaronder het penitentiare recht, waarop ik hierna overigens niet meer zal ingaan.¹⁹ Gelet op het onderwerp beperk ik de aandacht in het vervolg tot de zogenoemde culturele strafzaak. Daaronder wordt verstaan ‘een strafzaak waarin op enig moment in de procedure door een van de betrokken actoren een beroep wordt gedaan op de invloed van de culturele achtergrond van de verdachte op het strafbare feit, waarbij die culturele achtergrond ook in de berechting van de gedraging een rol zou kunnen worden toegedicht.’²⁰ Uit deze omschrijving kunnen twee nader te onderzoeken onderwerpen worden gedestilleerd. Ten eerste kan gekeken worden naar de gedraging van de verdachte. We spreken dan van culturele delicten. Ten tweede kan onderzoek worden gedaan naar omstandigheden waarin niet de strafbare gedraging centraal staat, maar de omstandigheid dat door één van de bij het strafproces betrokken actoren culturele motieven worden geïntroduceerd.

¹⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 614, nr. 2, p. 5 (Nota Grondrechten in een pluriforme samenleving).

¹⁷ Niet alleen het Nederlandse strafrecht. Zie Marie-Claire Foblets en Alison Dundes Renteln (red.), *Multicultural Jurisprudence. Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford en Portland Oregon: Hart Publishing 2009.

¹⁸ Zie bijv. HR 21 februari 1989, *NJ* 1989, 668, m.nt. ’t Hart.

¹⁹ Zie Marieke Post, *Detentie en culturele diversiteit. De effectuering van de rechtspositie door etnische minderheden in detentie* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

²⁰ Mirjam Siesling, *Multiculturaliteit en verdediging in strafzaken. Een onderzoek naar de manieren waarop in het Nederlandse strafrecht ruimte wordt gevonden voor het verwerken van de culturele achtergrond van de verdachte* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 48, 69.

Culturele delicten worden omschreven als gedragingen die strafbaar zijn naar Nederlands recht maar geaccepteerd, gedoogd of aangemoedigd door (de leden van) de etnische groep waartoe de verdachte behoort.²¹ Het kan in dit verband gaan om ernstig gewelddadige strafbare feiten, zoals eengerelateerd geweld en vrouwelijke genitale verminking, maar ook om gedragingen die op het eerste gezicht weinig schade toebrengen.²² Uit Antilliaanse jurisprudentie is een (oud) voorbeeld van oplichting bekend waarin culturele motieven een rol speelden.²³ De term cultureel delict is geen wettelijke term, zodat op het eerste gezicht niet duidelijk is hoe op dergelijke cultureel geïnspireerde gedragingen moet worden gereageerd. De Nederlandse regering heeft een duidelijke keuze gemaakt als het gaat om eengerelateerd geweld en vrouwelijke genitale verminking. Daarover wordt gesteld dat zij 'een ontoelaatbare aantasting' vormen van het recht op leven en het recht op lichamelijke integriteit.²⁴ Ook volgens de Raad van Europa zijn deze gedragingen onacceptabel.²⁵ Van de verdragsstaten worden maatregelen verwacht om deze gedragingen tegen te gaan. Deze kunnen op het terrein van het strafrecht liggen, al legt de Raad van Europa de nadruk op preventie. Deze opvatting correspondeert met opvattingen van (organen van) de Europese Unie en van de Verenigde Naties. Binnen de Europese Unie is aangegeven dat het beleid tegen vrouwelijke genitale verminking tot de competentie van de lidstaten behoort, maar roept de lidstaten wel op daartegen actie te ondernemen, zowel strafrechtelijk maar ook door beleid dat op preventie is gericht.²⁶ In het Nederlandse beleid tot bestrijding van eengerelateerd geweld en vrouwelijke genitale verminking is preventie een belangrijk onderdeel.²⁷

Straftoemeting bij culturele delicten

Nu het Wetboek van Strafrecht de term culturele delicten niet kent, mag ervan worden uitgegaan dat het de strafrechter vrijstaat om binnen wettelijke grenzen de strafsoort, -modaliteit en -maat te bepalen en bij de straftoemeting rekening te houden met, zoals de aanhef van de beslissing over de sanctie steevast luidt, de aard en de ernst van het bewezenverklaarde feit en de omstandigheden waaronder dit is begaan, alsmede de persoon van verdachte. Daarbij wordt hij niet gedirigeerd door wettelijk vastgestelde strafdoelen, zoals generale en speciale preventie of vergelding.²⁸ In de Nota Grondrechten in een pluriforme samenleving zijn echter enkele woorden aan straftoemeting bij culturele delicten gewijd. Daarin wordt gesteld dat de culturele achtergrond niet geldt als (wettelijke) strafverminderende omstandigheid. De suggestie lijkt te worden gewekt dat culturele achtergronden nooit als strafverminderende omstandigheid zouden mogen worden aangemerkt. Tegelijkertijd wordt in voornoemde nota gesteld dat het 'niet aangewezen' lijkt om het strafmaximum te verhogen wanneer culturele motieven in het spel zijn. Culturele achtergronden worden in ieder geval niet beschouwd als strafverzwarende omstandigheid. De rechter

²¹ Zie hierover Jeroen Van Broeck, 'Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)', *European Journal of Crime, Criminal Law & Criminal Justice* 2001, p. 1-32.

²² Zie HR 9 januari 2007, *LJN AZ2497*; M.A. Levine, 'An Opiate of the Masses: Religious Gerrymandering of Sacramental Intoxication', *North Carolina Central Law Review* 2009, p. 177-197.

²³ HR 26 november 1968, *NJ* 1969, 361, m.nt. W.C. van Binsbergen.

²⁴ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 614, nr. 2, p. 19.

²⁵ Zie o.a. Resolutie 1881 (2009) van de Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa: 'Urgent need to combat so-called "honour crimes"'; Resolutie 1681 (2009) van de Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa: 'Urgent need to combat so-called "honour crimes"'; Resolutie 662 (2009) van de Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa: 'Action to combat gender-based human rights violations, including abduction of women and girls'; Resolutie 1247 (2001) van de Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa: 'Female genital mutilation'.

²⁶ Resolutie van het Europees Parlement van 24 maart 2009 over de strijd tegen genitale verminking van vrouwen in de EU, *PbEU* 6 mei 2010, nr. C 117 E, p. 52-59.

²⁷ *Kamerstukken II* 2008/09, 30 388, nr. 34, p. 5-8; *Kamerstukken II* 2005/06, 22 894, nr. 101, p. 2.

²⁸ De minister van Justitie heeft aangegeven dat in zijn algemeenheid alle bekende strafdoelen gebruikt kunnen worden bij de bepaling van de straf. Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 27 419, nr. 1, p. 3.

kan bij de bepaling van de sanctie ‘met allerlei omstandigheden’ rekening houden.²⁹ Dergelijk vage passages bieden de strafrechter uiteindelijk vrij veel vrijheid bij de bepaling van de straf.

De Nederlandse strafrechter worstelt al een kleine dertig jaar met de vraag hoe daders van culturele delicten moeten worden bestraft. Culturele factoren worden bij de beantwoording van de materiële vragen van art. 350 Sv betrokken; bij het bewijs, de kwalificatie, de behandeling van eventuele strafuitsluitingsgronden en bij de bepaling van de straf kan de culturele achtergrond van feit en verdachte worden betrokken.³⁰ In de jurisprudentie werd de culturele achtergrond van de dader in het verleden wel erkend als strafverminderende omstandigheid.³¹ Zeker wanneer kon worden aangenomen dat de verdachte zich door andere leden van de groep waartoe hij behoort onder druk gesteld voelde om de groepsnormen te handhaven, kon dit in het voordeel van de verdachte meewegen.³² De laatste jaren zien we dat het culturele motief ook als strafverzwarende omstandigheid wordt gehanteerd. In de eerste plaats wordt gesteld, vooral in strafzaken waar een eengerelateerd motief aanwezig werd geacht, dat met het naleven van culturele normen de belangen van het slachtoffer ernstig worden geschaad. Diens recht om naar eigen inzicht zijn leven richting te geven, wordt door het gebruik van geweld ondermijnd of zelfs onmogelijk gemaakt.³³ In de tweede plaats wordt aangegeven dat eigenrichting slechts dan is toegestaan wanneer sprake is van een wettelijke noodweersituatie. In alle andere gevallen is eigenrichting, ook als die op een culturele overtuiging is gestoeld, onaanvaardbaar.³⁴ In de derde plaats wordt, wat wel kan worden genoemd, speciale generale preventie als argument voor strafverzwaring gebezigd. Met de straf wordt een signaal richting de groep, waartoe de verdachte wordt gerekend, gezonden dat bepaalde cultureel geïnspireerde gedragingen onaanvaardbaar zijn in Nederland.³⁵ De laatste twee argumenten worden in de literatuur respectievelijk het sociale orde- en het culturele superioriteitsargument genoemd. Met de strafmotivering probeert de rechter tot uitdrukking te brengen dat etnische minderheidsgroepen (in zekere mate) moeten assimileren in de (dominante) Nederlandse samenleving en daarbij bepaalde gebruiken moeten afzweren.³⁶

Van regeringswege is op deze jurisprudentie tot dusver geen reactie gekomen. Zo zijn geen voorstellen (gedaan) om bijvoorbeeld eengerelateerd geweld met een hoger strafmaximum te bedreigen. Met betrekking tot vrouwelijke genitale verminking zijn de rechtsmacht en de verjaringstermijn wel gewijzigd (art. 5 lid 1, aanhef en onder 3° en art. 5a lid 1 Sr, respectievelijk art. 71, aanhef en onder 3° Sr), maar concrete voorstellen tot strafverzwaring van regeringswege heb ik niet kunnen vinden. Uit de parlementaire debatten over eengerelateerd geweld blijkt echter dat er wel ideeën (hebben) bestaan eengerelateerd geweld met een zwaardere straf te bedreigen. Zo stelde toenmalig Kamerlid Eerdmans (tevergeefs) voor aan art. 289 Sr (moord) een artikellid toe te voegen waarin eerwraak als een strafverhogende omstandigheid wordt opgenomen.³⁷ Ook

²⁹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 614, nr. 2, p. 20.

³⁰ Mirjam Siesling & Jeroen ten Voorde, *Verdediging in culturele strafzaken*, Den Haag: Sdu 2009.

³¹ HR 1 februari 1977, *NJ* 1977, 563; HR 15 april 1986, *NJ* 1986, 741.

³² Hof Leeuwarden 22 januari 2000, *LJN* AD3862; Rb ‘s-Hertogenbosch 13 februari 2001, *LJN* AA9954 (*NJ* 2001, 130); Rb ‘s-Gravenhage 2 oktober 2002, *LJN* AD3929; Rb Amsterdam 7 juli 2004, *LJN* AP8622.

³³ Hof ‘s-Gravenhage 23 juni 2005, *LJN* AU0180; Hof Arnhem 6 juli 2005, *LJN* AT8835; Rb Groningen 11 oktober 2010, *LJN* BO0132; Rb Dordrecht 24 juni 2004, *LJN* AP4470; Rb Arnhem 11 november 2005, *LJN* AU5991.

³⁴ Hof Arnhem 6 juli 2005, *LJN* AT8835; Hof Arnhem 12 juni 2002, *LJN* AE4029; Rb Middelburg 15 oktober 2003, *LJN* AL9045.

³⁵ Hof Arnhem 5 september 2002, *LJN* AE7333; Rb Haarlem 9 mei 2001, *LJN* BA1503. Zie ook B.F. Keulen, ‘Het strafrecht en de overtuiging’, in: *Ontmoetingen. Voordrachtenreeks van het Lutje Psychiatrisch-Juridisch Gezelschap* 2006, p. 25.

³⁶ Zie Tamar Tomer-Fishman, ‘“Cultural Defense”, “Cultural Offense”, Or No Culture at All?: An Empirical Examination of Israeli Judicial Decisions in Cultural Conflict Criminal Cases and of the Factors Affecting Them’, *Journal of Criminal Law and Criminology* 2010, p. 505-506.

³⁷ *Aanhangsel Handelingen II* 2003/04, nr. 301.

nadien is aangegeven dat een effectieve bestrijding van eengerelateerd geweld om ‘het introduceren van strengere straffen’ vraagt.³⁸ De regering stelde hierover het volgende: ‘De strafrechtelijke aanpak van daders van eengerelateerd geweld verschilt niet van die van andere delicten. Als in het verweer wordt verwezen naar de culturele achtergrond hiervan, leidt dat niet tot strafvermindering.’³⁹ Of dit een empirische of normatieve uitspraak is, blijkt niet uit de rest van het betoog. In de Nota Grondrechten in een pluriforme samenleving werd opgemerkt dat de culturele achtergrond niet als (wettelijke) grond voor strafvermindering geldt. Daarmee werd vooral tot uitdrukking gebracht dat het invoeren van culturele achtergronden niet vanzelfsprekend tot een bepaalde uitkomst (bijvoorbeeld strafvermindering) leidt, terwijl uit het zojuist weergegeven citaat blijkt dat strafvermindering niet aan de orde is. Hoewel dit op het eerste gezicht een nuanceverschil is, lijkt het erop dat de bereidheid om culturele achtergronden als grond voor strafvermindering te erkennen is afgenomen. Of strafverzwaring, gegrond op de culturele achtergrond van de verdachte, dan wel is toegestaan, blijft in het ongewisse.

Straftoemeting in overige culturele strafzaken

Etnische of culturele motieven spelen niet alleen een rol bij culturele delicten. Ook in andere gevallen kunnen zij van invloed zijn op de straftoemeting. In de Verenigde Staten wordt al enige tijd onderzoek gedaan naar de vraag of culturele of etnische achtergronden een rol spelen in de straftoemeting. Onderzoek zou uitwijzen dat de etnische achtergrond van de verdachte in negatieve zin wordt meegewogen bij de bepaling van de straf.⁴⁰ De vraag is of ook in Nederland etnische achtergronden ten grondslag liggen aan de bepaling van de strafsoort, -modaliteit en -maat, zonder dat de ten laste gelegde gedraging als cultureel delict kan worden aangemerkt.

Onderzoek laat zien dat de strafrechtspleging nogal eens moeite heeft de multiculturaliteit van de samenleving, die daarin versterkt tot uitdrukking komt gelet op het verhoudingsgewijs hoge percentage allochtonen dat met de strafrechtspleging in aanraking komt, een plaats te geven. Een aantal voorbeelden helpt deze stelling te verduidelijken. Allereerst zouden allochtone jongeren gemiddeld bijna 53 dagen langer op strafvorderlijke titel van hun vrijheid zijn beroofd dan autochtone jongeren. Die langere duur werd verklaard doordat ‘allochtone jeugdige verdachten door forensische gedragsdeskundigen en kinderbeschermingsmaatschappelijk werkers in hun voorlichtingsrapportages aan de rechtbank beschreven worden als meer schuldig aan hun delictgedrag dan autochtoon-Nederlandse jongeren – en dat deze beschrijvingen in combinatie met interactiemoeilijkheden van invloed zijn op het rechterlijk oordeel en de strafmaat.’⁴¹ Daarnaast blijkt dat strafrechters niet altijd goed raad weten met allochtone verdachten. De

³⁸ *Kamerstukken II* 2007/08, 30 388, nr. 27, p. 2.

³⁹ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 388, nr. 9, p. 6.

⁴⁰ Zie bijv. Ed. A. Muñoz & Adrienne B. Freng, ‘Age, Racial/Ethnic Minority Status, Gender and Misdemeanor Sentencing’, *Journal of Ethnicity in Criminal Justice* 2008, p. 29-57. Dergelijk onderzoek is onderdeel van veel grootschaligere studies naar onderscheid op basis van etniciteit dat in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk al vele jaren wordt uitgevoerd. Zie o.a. Hindpal Singh Bhui (red.), *Race & Criminal Justice*, Los Angeles [etc]: SAGE 2009.

⁴¹ Mieke Komen & Erik van Schooten, ‘Allochtone jongeren gemiddeld langer vast’, in: Mieke Komen (red.), *Straat kwaad en jeugdcriminaliteit. Naar een algemene of etnisch-specifieke aanpak?*, Apeldoorn/Antwerpen: Het Spinhuis 2006, p. 42. Zie over de interactieproblemen tussen allochtone justitiabelen en forensisch gedragsdeskundigen, reclasseringswerkers en werkers van de Raad voor de kinderbescherming resp. Mieke Komen, ‘Psychiatrische rapportage Pro Justitia’, in: Frank Bovenkerk, Mieke Komen & Yücel Yeşilgöz (red.), *Multiculturaliteit in de strafrechtspleging*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 125-136; Miranda Boone, *Leren diversifiëren. Reclassering en culturele diversiteit*, Bunnik: Libertas 2002; Brenda Carina Oude Breuil, *De Raad voor de Kinderbescherming in een multiculturele samenleving* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

communicatie met deze verdachten (zowel verbaal als non-verbaal) verloopt niet altijd soepel.⁴² Soms wordt dit verklaard door culturele verschillen. Rechters zouden, mede als gevolg van een andere culturele achtergrond, niet goed met allochtone justitiabelen weten om te gaan en met verbazing, onbegrip of zelfs geïrriteerd op hun reactie reageren. Deze communicatiestoring zou wellicht gevolgen kunnen hebben voor de strafoplegging. Nader (criminologisch) onderzoek op dit terrein lijkt mij, gelet op buitenlandse onderzoeksresultaten, dan ook meer dan gewenst.

Zo nu en dan steekt de vraag de kop op in hoeverre allochtonen ‘anders’ zouden moeten worden bestraft dan autochtonen. In een interview voor het tijdschrift ‘Wordt vervolgd’ stelde de toenmalige minister van Justitie dat er redenen zijn om allochtonen (hij doelde hierbij vooral op jongeren van Marokkaanse afkomst) anders te straffen dan autochtonen.⁴³ Waar voor autochtone jongeren een dreigend vingertje door een politieagent op het bureau wellicht afdoende is voor de dader en zijn leeftijdsgenoten, zou dat voor sommige allochtone jongeren onvoldoende zijn: zij moeten worden vervolgd en bestraft, omdat dit beter zou passen bij hun cultuur. Helemaal nieuw was dit idee niet. Ruim vijftien jaar geleden werd een experiment gestart om jongens van Marokkaanse afkomst na berechting onder te brengen in een tehuis, waar zij op grond van Marokkaanse waarden en normen zouden worden begeleid. Het experiment, genaamd ‘Amal’ (Berbers voor hoop), liep uit op een fiasco. Enkele jongens deden aangifte van mishandeling door hun begeleiders en na onderzoek door de rijksrecherche werd het experiment gestaakt.⁴⁴

De idee dat allochtone jongeren anders (dat wil zeggen strenger) moeten worden aangepakt, wordt nog steeds gepropageerd. Zo zijn door de PVV voorstellen gedaan om de criminaliteit onder jongeren van Marokkaanse afkomst anders aan te pakken dan criminaliteit onder autochtonen: eerstgenoemde groep moeten langduriger worden opgesloten, het Nederlanderschap worden ontnomen en vervolgens het land worden uitgezet.⁴⁵ Dergelijke opvattingen worden niet door iedereen gedeeld. Zo stelde VVD-Kamerlid De Krom in een debat over integratie het volgende: ‘U [daarmee doelend op Kamerlid Dibi van GroenLinks, JtV] vroeg waarom wij nu weer specifiek over Marokkanen spreken. Dat is heel simpel: omdat daar het grootste probleem zit. Dat hoeven wij niet onder tafel te poetsen, maar dat betekent niet dat wij in het strafrecht onderscheid gaan maken tussen de ene en de ander groep. Dat doen wij niet.’⁴⁶ De regering stelde zich op een vergelijkbaar standpunt. Sprekend over de aanpak van voetbalrellen stelde de toenmalige minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties: ‘Het lijkt mij relevant of er al dan niet sprake is van voetbalrellen. De geaardheid, de achtergrond of wat dan ook van degenen die daaraan deelnemen, lijkt mij niet relevant.’⁴⁷ Tegelijkertijd is wel gesteld dat meer aandacht moet worden besteed aan het uitleggen van het waarom van de opgelegde sanctie. Uit onderzoek zou blijken dat allochtone jongeren een straf soms niet begrijpen, wat een gevoel van uitsluiting en afwijzing met zich mee zou brengen. Daarop zou beleid moeten worden gevoerd.⁴⁸ Dit beleid heeft echter vooral betrekking op communicatie, maar niet op andere (zwaardere) bestraffing.

Overige culturele strafzaken en straftoemeting in Europees perspectief

Discriminatie en eerlijk proces

Het EHRM heeft verschillende keren arrest gewezen waarin tot schending van art. 14 EVRM in combinatie met art. 6 lid 1 EVRM werd geconcludeerd, waaruit kan worden vastgesteld dat

⁴² W. van Rossum, *Verschuiven voor de rechter. Hoe het hoort en het ritueel van Turkse verdachten in de rechtszaal* (diss. Amsterdam), Amsterdam: Uitgeverij Duizend & Eén 1998.

⁴³ Zie Komen en Van Schooten 2006, p. 24.

⁴⁴ Annelies van Vliet, ‘Amal, of de tedere hand van de groepsleider’, *Crimineel Jaarboek 1995*, p. 169-173.

⁴⁵ Zie bijv. *Handelingen II* 12 mei 2009, nr. 82, p. 6406; Aanhangsel *Handelingen II* 2009/10, nr. 2363.

⁴⁶ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 268, nr. 17, p. 27.

⁴⁷ *Handelingen II* 11 september 2007, nr. 94, p. 5322.

⁴⁸ *Kamerstukken II* 2006/07, 25 726, nr. 22, p. 3.

wanneer wordt geoordeeld dat bij een schending van het recht op een eerlijk proces ook sprake kan zijn van ongerechtvaardigd onderscheid.⁴⁹ Het uitgangspunt van het hof in zaken waar mogelijk sprake is van discriminatie, luidt dat een moderne democratische samenleving is gebaseerd op ‘principles of pluralism en respect for different cultures.’⁵⁰ Het hof gaat ervan uit dat pluriformiteit een ‘bron van verrijking’ is voor een democratische gemeenschap en dat in strijd hiermee handelen schadelijk is voor een democratische samenleving.⁵¹ Discriminatie op grond van ras en etniciteit wordt daarom gezien als ‘a particularly egregious kind of discrimination and, in view of its perilous consequences, requires from the authorities special vigilance and a vigorous reaction. It is for this reason that the authorities must use all available means to combat racism, thereby reinforcing democracy's vision of a society in which diversity is not perceived as a threat but as a source of enrichment.’⁵² Hieruit volgt niet dat elk onderscheid op grond van etniciteit een schending van art. 14 (al dan niet in combinatie met art. 6 lid 1 EVRM) oplevert. Er kan immers een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor onderscheid bestaan, waardoor van discriminatie in de zin van het verdrag geen sprake is.⁵³

De zaak Paraskeva Todorova tegen Bulgarije

De toepassing van art. 14 in combinatie met art. 6 lid 1 EVRM in zaken waar het onderscheid op grond van etnische achtergrond betreft, betreft niet alleen de formaliteiten rondom een juridische procedure,⁵⁴ maar kan ook betrekking hebben op de inhoud van een rechterlijke uitspraak, bijvoorbeeld de straftoemeting. Dat laatste blijkt uit het arrest van 25 maart 2010, in de zaak tussen Paraskeva Todorova tegen Bulgarije.⁵⁵ Todorova werd eind 2005 vervolgd wegens oplichting van een zekere G.S. De vrouw, die behoort tot de Roma (een in onder andere Bulgarije woonachtige etnische minderheidsgroep), zou het slachtoffer hebben doen geloven dat hij en zijn familie door zwarte magie waren behekst. Todorova zei in staat te zijn hen daarvan te bevrijden. Profiterend van de goedgelovigheid van het slachtoffer, heeft ze uit diens woning een som geld (omgerekend ongeveer 1300 euro) en juwelen onttreemd. De openbare aanklager eiste bij de districtsrechtbank een voorwaardelijke gevangenisstraf voor de minimale duur die voor een geval als dit door het Bulgaarse wetboek van strafrecht wordt voorgeschreven. Daarbij stelde hij rekening te hebben gehouden met de kennelijk slechte gezondheidstoestand van de verdachte. De districtsrechtbank veroordeelde Todorova tot een gevangenisstraf voor de duur van drie jaar. Bij de bepaling van de straf stelde de districtsrechtbank rekening te hebben gehouden met strafverzachtende en strafverzwarende omstandigheden, waaronder haar criminele verleden, de afwezigheid van een stabiele baan, de ernst van de feiten (de hoeveelheid geld die zij het slachtoffer afhandig had gemaakt) en de modus operandi. De leeftijd van verdachte (zij was ten

⁴⁹ Over de verhouding tussen art. 6 lid 1 en art. 14 EVRM, zie EHRM 9 oktober 1979, appl.nr. 6289/73 (Airey/Ierland), § 30; EHRM 12 januari 2006, appl. nr. 26111/02 (Mizzi/Malta), § 126.

⁵⁰ EHRM 13 december 2005, appl.nr. 55762/00 en 55974/00 (Timishev/Rusland), § 58.

⁵¹ EHRM 6 juli 2005, appl.nr. 43577/98 en 43579/98 (Nachova e.a./Bulgarije), § 145.

⁵² EHRM 22 december 2009, appl.nr. 27996/06 en 34836/06 (Sedjić en Finci/Bosnië Herzegovina) § 43; EHRM 13 december 2005, appl.nr. 55762/00 en 55974/00 (Timishev/Rusland), § 56.

⁵³ Zie o.a. EHRM 13 november 2007, appl.nr. 57325/00 (D.H. e.a./ Tsjechië), § 175. Daaruit volgt overigens weer niet dat uit art. 14 EVRM vanzelfsprekend zogenaamde positieve verplichtingen kunnen worden afgeleid. Zie Johan Vande Lanotte & Yves Haecq (red.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijs commentaar*, Volume II, Antwerpen/Oxford: Intersertia 2004, p. 148.

⁵⁴ In de zaak die leidde tot EHRM 12 juli 2005, appl.nr. 41138/98 en 64320/01 (Moldovan e.a./Roemenië, nr. 2) had het EHRM Roemenië veroordeeld wegens schending van art. 14 EVRM in combinatie met art. 6 lid 1 EVRM, o.a. omdat de nationale gerechten de nationale procedures vanwege de etnische achtergrond van de klagers veel te lang hadden laten duren.

⁵⁵ EHRM 25 maart 2010, appl.nr. 37193/07 (Paraskeva Todorova/Bulgarije). Er is alleen een Franstalige versie van het arrest gepubliceerd. Citaten in het navolgende zijn dan ook in het Frans. De in de hoofdtekst vermelde paragraafnummers verwijzen telkens naar dit arrest.

tijde van het delict ongeveer 52 jaar oud) werd in haar voordeel meegewogen. Vervolgens boog de districtsrechtbank zich over de vraag of deze straf voorwaardelijk moest worden opgelegd. Op grond van het Bulgaarse wetboek van strafrecht dient de rechter bij beantwoording van deze vraag te bepalen of een voorwaardelijk opgelegde gevangenisstraf recht doet aan de in de wet genoemde doeleinden van een straf, namelijk generale en speciale preventie. De districtsrechtbank was van oordeel dat van een voorwaardelijk opgelegde straf geen generaal preventieve werking uitgaat, in het bijzonder bij etnische minderheidsgroepen als de Roma, waartoe verdachte behoort: 'Pour lesquels condamnation avec sursis n'est pas une condamnation'. Het hof van beroep en het hof van cassatie lieten het vonnis van de districtsrechtbank in stand, zonder zich uitdrukkelijk van deze opvatting te distantiëren. Volgens het hof van cassatie was de beslissing de verdachte een onvoorwaardelijke gevangenisstraf op te leggen 'indispensable et justifiée'. Todorova diende vervolgens een klacht in bij het EHRM: zij was van oordeel dat de uitspraken van de nationale gerechten een schending van art. 14 jo. art. 6 lid 1 EVRM opleverde en stelde tevens dat de weigering de gevangenisstraf voorwaardelijk op te leggen was gebaseerd op discriminatoire motieven en was gewezen door een partijdig gerecht.

Het hof was unaniem van oordeel dat van schending van art. 14 jo. art. 6 lid 1 EVRM sprake is. Het arrest is van belang omdat het hof zich voor het eerst, zoals het zelf aangeeft, heeft uitgesproken over discriminatie op grond van de etnische achtergrond van een rekwirant in een strafmotivering door een nationale rechter van één van de verdragsstaten (§ 37). Daarbij is de veroordeling van Bulgarije in vrij scherpe bewoordingen gesteld, zodat daaruit zou kunnen worden afgeleid dat het hof hiermee ook in de richting van andere verdragsstaten een signaal heeft willen afgeven (§ 45).⁵⁶ Het hof komt op grond van het navolgende tot deze conclusie.

Het hof stelt voorop dat onderscheid is gemaakt op grond van etniciteit. In tegenstelling tot de Bulgaarse regering (§ 33-34), is het hof van oordeel dat de grondslag voor de beslissing van de districtsrechtbank in overwegende mate stoelde op de gedachte dat Roma's voorwaardelijke straffen niet als straf zien en dat daarmee in het onderhavige geval aan de straf geen generaal preventieve werking toekomt (§ 38). Weliswaar ontbrak die directe verwijzing naar etniciteit in het oordeel van het hof van beroep en het hof van cassatie, aan de andere kant waren beide gerechten niet ingegaan op de discriminatieklacht van Todorova noch hadden zij zich uitdrukkelijk van de motivering van de districtsrechtbank gedistantieerd, iets wat volgens het EHRM in de onderhavige omstandigheden (Todorova had consequent over het discriminatoire karakter van de straftoemeting in eerste aanleg geklaagd) en in het licht van het recht op een eerlijk proces, wel van beide gerechtelijke instanties mocht worden gevergd (§ 41). Zeker nu het een klacht over discriminatie betrof, bestond volgens het EHRM aan de zijde van zowel het hof van beroep als van het hof van cassatie daarop een (inhoudelijk serieuze) responsieplicht (§ 43).

Het hof stelt zich vervolgens de vraag of het bij de bepaling van de straf in zijn algemeenheid kan worden aanvaard dat de vermeende generaal preventieve werking van een straf niet wordt gebaseerd op feitelijk onderbouwde gegevens. Op zichzelf is het EHRM bereid te erkennen dat een rechter een aan een straf toe te kennen generaal preventieve werking (waarbij overigens gelet

⁵⁶ Overigens is niet ondenkbaar dat het hof dergelijk scherpe bewoordingen juist in deze zaak heeft gebezigd, nu het alweer ging om een zaak betreffende een lid van de Roma-gemeenschap. Het hof heeft de laatste jaren verschillende verdragsstaten veroordeeld wegens discriminatie van leden van deze etnische groep, zij het – in tegenstelling tot deze zaak – nogal eens bij krappe meerderheid. Zie over de positie van de Roma bijv. Jack Greenberg, 'Report on Roma Education Today; From Slavery to Segregation and Beyond', *Columbia Law Review* 2010, p. 919-1001; Jack Greenberg, 'Roma Victimization: From Now to Antiquity', *Columbia Human Rights Law Review*, Fall 2009, p. 1-12; Joke Kusters, 'Criminalising Romani Culture through Law', in: Marie-Claire Foblets en Alison Dundes Renteln 2009 (*supra* noot 17), p. 199-227. Zie over de (bijzondere) bescherming voor Roma binnen de Raad van Europa Patrick Thornberry, Martín Estébanez & María Amor, *Minority Rights in Europe. A Review of the Work and Standards of the Council of Europe*, Straatsburg: Council of Europe Publishing 2004, p. 169-194.

op de tekst van het arrest generale preventie wordt vereenzelvigd met afschrikking, wat niet helemaal volledig is)⁵⁷ baseert op het criminaliteitsniveau in een land, de perceptie van de bevolking over bepaalde vormen van criminaliteit en het eventuele bestaan van een klimaat van sociale onveiligheid. Echter, het hof meent dat deze argumenten slechts dan afdoende zijn als grondslag voor de op te leggen straf wanneer daarvoor een zekere feitelijke basis kan worden gevonden (§ 39). Eerder had het hof geoordeeld dat voor het baseren van sancties op generale (en speciale) preventie altijd de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit (door het hof samengevat als evenredigheid) in acht moeten worden genomen.⁵⁸ Daarmee tracht het hof de aloude klacht dat de (generale en speciale) preventie als strafdoel het risico van onevenredigheid in zich draagt, te ondervangen, en creëert het hof ruimte voor geïndividualiseerd straffen. In de onderhavige zaak komt het hof aan een beoordeling van de vraag of de opgelegde onvoorwaardelijke gevangenisstraf evenredig is aan de gedraging overigens niet toe (§ 46).

Volgens het hof is door de Bulgaarse rechter geen enkel bewijs aangedragen dat zijn stelling kan staven. Het hof heeft zelfs de indruk dat de districtsrechtbank nauwelijks geïnteresseerd was in de vraag of zij met haar overweging onderscheid op basis van etniciteit maakte. Het lijkt er op dat de districtsrechtbank ontvankelijk was voor discriminatoire sentimenten die tot consequentie hebben dat met de bestraffing van Todorova de Roma-gemeenschap een voorbeeld moest worden gesteld (§ 40). Dat leidt het EHRM niet alleen af uit de motivering van de districtsrechtbank, maar ook uit de omstandigheid dat niet is stilgestaan bij het verweer dat verdachte ziek zou zijn, iets dat voor de aanklager in eerste aanleg reden was om een voorwaardelijke gevangenisstraf te eisen (§ 41). Hieruit volgt dat niemand als zondebok tot voorbeeld mag worden gesteld om een groep zodanig af te schrikken dat zij in het vervolg afzien van het plegen van (vergelijkbare) strafbare feiten.

Nadere beschouwing

Het hof maakt zich in de in de vorige paragraaf besproken zaak ernstig zorgen over het omarmen van de ‘beginselen van pluralisme’ door verdragsstaten (§ 45). De uitspraak van de districtsrechtbank getuigt volgens het hof van het tegendeel, iets wat het hof bij meer verdragsstaten signaleert. Daarbij gaat het niet alleen om de moeizame erkenning van de positie van Roma in de Oost-Europese verdragsstaten (of geldt inmiddels: alle verdragsstaten?), maar om de erkenning van de beginselen van pluralisme in alle verdragsstaten. Van ons land wordt al langer gezegd dat het een ‘reluctant country of immigration’ is, iets wat de laatste tijd alleen maar zichtbaarder is geworden.⁵⁹ Het hof betreurt het dat de beginselen van pluralisme onvoldoende worden onderkend. We moeten hier echter wel een onderscheid maken tussen het erkennen van pluriformiteit en het bestrijden van discriminatie enerzijds en het werken aan speciale rechten voor minderheden anderzijds. Het hof lijkt vrij duidelijk als het de beginselen van pluralisme omarmt: daarmee doelt het op het bestrijden van al het ongerechtvaardigd onderscheid. Maar daarmee eist het hof niet, ook niet in het Todorova-arrest, dat bijvoorbeeld de strafmotivering in geval de verdachte behoort tot een etnische minderheidsgroep aan hogere kwaliteitseisen moet voldoen, uitgebreider moet zijn, of dat daarin meer rekening moet worden gehouden met de etnische of culturele achtergrond van de daad of dader. Het hof erkent, net als de Nederlandse regering en de -strafrechter, geen cultureel verweer.⁶⁰ Ook het Kaderverdrag inzake de

⁵⁷ J.M. ten Voorde, ‘Strafrechtstheoretische bespiegelingen over afschrikking en generale preventie’, *Justitiële Verkenningen*, nr. 2, 2008, p. 57-69.

⁵⁸ EHRM 28 april 2005, appl.nr. 41604/98 (Buck/Duitsland), § 52.

⁵⁹ Zie Fleur Sleegers, *In debat over Nederland*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2007.

⁶⁰ In zijn arrest Gorzelik e.a. tegen Polen (EHRM 17 februari 2004, appl.nr. 44158/98) stelde het hof dat ‘as to what form of recognition [van een recht op cultuur, JMtV] should take and whether it should be [...] incorporated into the Constitution or a special statute must, by the nature of things, be left largely to the State concerned, as it will depend on particular national circumstances’ (§ 67). Daar komt bij dat in

bescherming van nationale minderheden bevat mijns inziens geen enkele verplichting om in het strafrecht in positieve zin rekening te houden met culturele verschillen bij de beoordeling van de feiten en de persoon van de dader en de bepaling van de op te leggen straf.⁶¹

Het bestrijden van onderscheid op grond van etniciteit bij de bepaling van de op te leggen straf kan als de kern van het onderhavige arrest worden beschouwd. Hiermee is niet gezegd dat het hof elk onderscheid ongerechtvaardigd acht. Uit het hiervoor besproken arrest blijkt duidelijk dat Bulgarije wordt veroordeeld, omdat geen objectieve en redelijke rechtvaardiging werd gegeven voor de door de districtsrechtbank opgelegde straf. Maar daaruit kan niet worden afgeleid dat er helemaal geen objectieve en redelijke rechtvaardiging voor een andere straf voor etnische minderheden denkbaar zou zijn. Het hof stelt immers dat wanneer een straf wordt gebaseerd op generaal preventie en de rechter op basis van (betrouwbare) feitelijke gegevens onderscheid maakt op basis van etniciteit, dit niet bij voorbaat een ongerechtvaardigd onderscheid is. Als uit onderzoek zou blijken dat verdachten, afkomstig uit een bepaalde etnische minderheidsgroep, inderdaad pas worden afgeschrikt door een onvoorwaardelijke gevangenisstraf, terwijl in vergelijkbare gevallen gewoonlijk een voorwaardelijke gevangenisstraf wordt opgelegd, zou dat gegeven dan een gerechtvaardigd onderscheid kunnen betekenen? Op basis van de literatuur zou onderscheid kunnen worden gemaakt tussen culturele en niet-culturele delicten. Ten aanzien van culturele delicten wordt in de literatuur gesteld dat nauwelijks valt voor te stellen dat een straf de dader en derden zal afschrikken (of de dader of derden de les zal lezen), omdat deze delicten uit een zodanig sterke overtuiging worden begaan, dat een straf de daders daarvan en derden niet van het (opnieuw) begaan van het feit worden weerhouden, ook niet als die straf zwaarder is dan de straf die in vergelijkbare gevallen wordt opgelegd.⁶² Deze stelling wordt echter niet door empirisch onderzoek onderbouwd,⁶³ maar een onderscheid tussen overtuigingsdelicten en delicten die niet of veel minder op grond van een overtuiging zijn begaan, lijkt gelet op 's hofs arrest voor culturele delicten wel een extra drempel op te werpen voor zwaardere bestraffing van allochtone daders op grond van de enkele verwijzing naar de etnische achtergrond. Desondanks is niet uitgesloten dat leden van etnische groepen op grond van het arrest zwaarder kunnen worden bestraft, mits de opgelegde straf in evenredige verhouding tot het begane strafbare feit staat.

Moet de rechter die een verdachte, behorend tot een etnische minderheidsgroep, een straf wil opleggen waarbij hij de etnische achtergrond als argument voor strafverzwaring wil gebruiken, zich hebben verdiept in empirisch onderzoek waaruit (ondubbelzinnig) zou blijken dat een

sommige rechtsgebieden het stellen van precieze regels van erkenning moeilijk is en zelfs onwenselijk kan zijn (§ 69). In de zaak Gorzelik ging het niet over het strafrecht, maar ik kan mij indenken dat ook ten aanzien van dit rechtsgebied het stellen van regels van erkenning (ook door het hof) vrij lastig is.

⁶¹ Hiermee wordt het belang van het verdrag (voor Nederland) overigens niet gebagatelliseerd. Zie over de moeizame implementatie van dit verdrag in Nederland V.L. de Graaf, 'Nederland schiet te kort in naleving Kaderverdrag Minderheden', *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten* 2010, p. 463-483.

⁶² Alison Dundes Renteln, *The Cultural Defense*, Oxford [etc.]: Oxford University Press 2004, p. 195; Edien Bartels, Ank van der Kwaak en Koos Bartels, 'Meisjesbesnijdenis in justitieel perspectief', *Proces* 2002, p. 49-53. Ik zou daar aan willen toevoegen dat een generaal preventieve werking van de straf mede verband zal houden met de opvattingen over het betreffende culturele delict binnen de etnische groep. Hoe meer een cultureel geïnspireerd gebruik binnen de groep ter discussie staat, hoe meer een straf kan bijdragen aan het afzweren daarvan. Clementine van Eck heeft bijvoorbeeld gewezen op de noodzaak de Turkse vrouwenbeweging te steunen in haar pogingen eerwraak bespreekbaar te maken teneinde dergelijk gedrag uit te bannen ('Een geval van eerwraak in Veghel (Nederland)', *Delikt en Delinkwent* 2002, p. 162-174). Zie ook de opmerkingen van een Jorjaanse minister, geciteerd in: John Alan Cohan, 'Honor Killings and the Cultural Defense', *California Western International Law Journal* 2010, p. 248-249.

⁶³ Vanuit Turkije, waar eerwraak sinds kort zwaar kan worden bestraft, bereiken ons signalen dat het doden van een eerschender is vervangen door het dermate zwaar onder druk stellen van het slachtoffer dat dit zelfmoord pleegt. Bestrijding van eengerelateerd geweld (waarvan eerwraak de meest extreme vorm kan worden genoemd) zal alleen al gelet hierop meer moeten omvatten dan alleen zwaardere sancties.

zwaardere straf in de rede ligt? Helemaal duidelijk is het hof op dit punt niet. Het spreekt van een 'certaine base factuelle' (§ 39), waarbij enerzijds kan worden gesteld dat het woord 'certaine' op een zekere nuance duidt. Anderzijds wordt wel gesproken van een feitelijke basis waarop de strafmotivering zijn gebaseerd. Het hof lijkt de rechter ervan te willen doordringen dat hij de straf niet enkel mag baseren op percepties over misdaad en straf onder de bevolking of het criminaliteitsniveau van het land. Hij moet zijn strafmotivering kunnen inbedden in empirische gegevens. Maar hoe kan hij zijn motivering door feiten inbedden? Zou het woord 'certaine' achterwege zijn gelaten, dan was de vraag hoe de rechter die data moet achterhalen, hoe hij die data moet kunnen interpreteren en wat hij moet doen als verschillende onderzoeken tot verschillende uitkomsten hebben geleid. Beantwoording van die vragen door de strafrechter lijkt praktisch vrij lastig uitvoerbaar, vandaar dat het hof de rechter meegeeft dat hij een *zekere* feitelijke basis moet vinden voor zijn bevindingen. Maar wat betekent dit nu? Het lijkt duidelijk dat hij geen empirisch onderzoek hoeft te laten doen naar wat onder etnische groepen preventief werkt. Anderzijds kan het ook niet de bedoeling zijn dat hij zijn strafmotivering baseert op zogezegd 'obscure' gegevens, want daarmee zou het hof zijn eigen uitgangspunt ondergraven. Het lijkt erop dat een zekere middenweg moet worden gevonden, maar erg duidelijk is het allemaal niet. Het hof zal hier, zeker nu het zich op deze weg heeft begeven, in toekomstige arresten meer duidelijkheid moeten scheppen: de kans op strafmotiveringen die slechts zijn gebaseerd op vrij vage feitelijke gegevens is ook na dit indringende arrest nog steeds aanwezig. De onduidelijkheid op dit punt laat zich wel verklaren door de morele boodschap die het hof met het arrest wenst uit te dragen. Die boodschap luidt dat etnische minderheidsgroepen wellicht een andere cultuur, een andere taal, andere leefgewoonten en dergelijke hebben dan de dominante groep in een staat, maar dat die etnische groepen niet als tweederangs burgers mogen worden behandeld, zeker niet in het strafrecht. Een andere behandeling is slechts mogelijk wanneer daarvoor een objectieve en redelijke rechtvaardiging kan worden gegeven. Ten aanzien van de op te leggen straf legt het hof de lat daarbij vrij hoog, misschien wel zo hoog dat ongelijke behandeling op grond van etniciteit in het straffoetmingsrecht (althans bij toepassing van generale preventie als strafdoel) feitelijk onmogelijk wordt gemaakt.⁶⁴

Slotopmerkingen

Wat betekent dit nu voor de Nederlandse situatie? Als aangegeven zijn in de afgelopen jaren de nodige ideeën besproken om, onder verwijzing naar de etnische achtergrond van de dader, zwaardere straffen te eisen voor allochtonen. Uit onderzoek blijkt dat allochtone jongeren gemiddeld langer op strafrechtelijke titel van hun vrijheid zijn beroofd dan autochtone jongeren. Daarbij werd gesteld dat de culturele en etnische achtergrond hierin een rol speelt, zij het dat dit veelal niet uit einduitspraken zelf blijkt. Uit de jurisprudentie over culturele delicten volgt dat de culturele context wel wordt betrokken in de straffoetmeting, maar daarbij moet worden vermeld dat die context een argument is, maar zeker niet het enige. Op grond van het arrest Paraskeva Todorova tegen Bulgarije lijken voorstellen die uitsluitend onder verwijzing naar de etnische achtergrond pleiten voor strafverzwaring in strijd met het EVRM. Minder eenvoudig is dat ten aanzien van zaken waar de etnische achtergrond een rol heeft gespeeld in de straffoetmeting. Het

⁶⁴ Onduidelijk is of hetzelfde geldt voor de straffoelen speciale preventie en vergelding. Ten aanzien van speciale preventie zou, gelet op de nauwe band met generale preventie, de opvatting van het EHRM wellicht van toepassing kunnen zijn. Ten aanzien van vergelding is dat niet automatisch het geval. Met betrekking tot vergelding is de vraag of etnische en culturele achtergronden als strafverzwarend of juist als strafverlichtend argument kunnen worden gebruikt. Sommigen menen dat laatste (zie Renteln 2004 (*supra* noot 62), p. 188), maar de vergeldingsgedachte lijkt mij niet bij voorbaat culturele en etnische achtergronden als strafverzwarende omstandigheid uit te sluiten. Zie over vergelding in culturele strafzaken bijv. ook Valerie Sacks, 'An Indefensible Defense. On the Misuse of Culture in Criminal Law', *Arizona Journal of International and Comparative Law* 1996, p. 534-535.

hof wijst onderscheid in de straftoemeting dat *slechts* op grond van etniciteit wordt beargumenteerd in scherpe bewoordingen af, maar daarmee is niet gezegd dat etniciteit niet langer als een argument in de beoordeling van de op te leggen straf mag worden betrokken. Zou dat het geval zijn, dan zou het hof de rechterlijke straftoemetingsvrijheid onder druk hebben gesteld. Daarvan is echter geen sprake. Het voorgaande laat echter zien dat over de problematiek van bestraffing van leden van etnische minderheden het laatste woord nog niet is gesproken.