

het aantal unieke cliënten. Hierdoor kon minister Rouvoet de Kamer op 1 april 2008 niet informeren over de stand van de wachtlijsten per 1 januari 2008, volgens de definitie die hij hiervoor hanteert, omdat de cijfers die hierover zijn aangeleverd, niet kloppen met de door hem gevraagde definitie. Kortom, de minister zal de provincies vragen om voortaan de stand van de wachtlijsten provinciale jeugdzorg aan te leveren volgens de door hem genoemde definitie. Vóór het zomerreces zal het parlement per brief worden geïnformeerd over de voortgang van de verbeteracties om de wachtlijsten verder aan te pakken.

46 Rechtspraak EHRM

Artikel 3

EHRM 28 februari 2008, *Saadi t. Italië*

Feiten:

De betrokkene in deze zaak, *Saadi* (*Saadi t. Italië*, EHRM 28 februari 2008, nr. 37201/06), werd verdacht van terroristische activiteiten. Hij zou deel uitmaken van een Al-Qaïda-cel, aansporen tot de 'jihad', gewelddadige aanslagen voorbereiden en instructies van groeperingen uit het buitenland, in het bijzonder uit Iran, ontvangen. Bovendien bleek dat *Saadi* zijn broer, die bij een zelfmoordaanslag werd gedood, beschouwde als martelaar in de strijd tegen de ongelovigen en de vijanden van de islam. Het Italiaan-

se gerecht in eerste aanleg achtte niet bewezen dat *Saadi* met 'terroristisch oogmerk' voorbereidingshandelingen pleegde, dan wel dat hij dit deed in het kader van een gewapend conflict; een volgens Italiaans recht noodzakelijk element voor vaststelling van dat oogmerk (overigens niet vereist in artikel 83a Sr). Ten tijde van het hoger beroep werd *Saadi* in Tunesië in afwezigheid veroordeeld voor deelneming aan een terroristische groepering en aanzetten tot terrorisme. Daarop vaardigde de Italiaanse overheid een bevel tot uitzetting uit. *Saadi* legde deze uitzettingsbeslissing voor aan het EHRM met een beroep op artikel 3 EVRM. Namens de Italiaanse regering en het in de zaak gevoegde Verenigd Koninkrijk werd bepleit dat lidstaten niet adequaat de (inter-)nationale veiligheid kunnen beschermen wanneer mogelijk gevaarlijke personen met een beroep op artikel 3 EVRM uitzetting of uitlevering kunnen afwentelen. Volgens deze lidstaten noodzaakt het huidige internationale terrorisme tot een uitleg of verandering op drie punten van de door het EHRM reeds in *Chahal* (*Chahal t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 15 november 1996, nr. 22414/93) ingezette lijn. Ten eerste zou het risico van de betrokkene voor de nationale veiligheid moeten worden meegewogen, mede omdat de lidstaat toch ook de plicht heeft het recht op leven van haar burgers te beschermen. Ten tweede zou een bewijslastverzwaring moeten worden ingevoerd. Wanneer de lidstaat bewijs aandraagt dat betrokkene gevaar voor de nationale veiligheid oplevert, zou betrokkene bewijs van dien aard moeten aanleveren waar-

uit volgt dat 'meer waarschijnlijk is dan niet' dat hij in het ontvangende land een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM zal ondergaan. Ten slotte zouden door de lidstaat aangevraagde diplomatieke garanties van het ontvangende land moeten worden meegewogen. Namens de Italiaanse regering werd daaraan toegevoegd dat *Saadi's* aantijgingen van een risico op met artikel 3 EVRM strijdige behandeling te laat kwamen om geloofwaardig te zijn. *Saadi* had immers voorafgaand aan het uitzettingsbevel nooit eerder een dergelijk risico gemeld, dan wel politiek asiel aangevraagd.

Oordeel EHRM:

Het EHRM laat er geen twijfel over bestaan: unaniem werd besloten dat uitzetting van *Saadi* een schending van artikel 3 EVRM zou opleveren. Het absolute karakter van artikel 3 EVRM verzet zich tegen een belangenafweging zoals namens Italië en het Verenigd Koninkrijk bepleit. Het gedrag van betrokkene, hoe onwenselijk of gevaarlijk ook, weegt niet mee in het kader van artikel 3 EVRM (*Chahal*, paragraaf 79) (Het EHRM verwijst naar *Indelicato t. Italië*, nr. 31143/96, par. 30, 18 oktober 2001, en *Ramirez Sanchez v. Frankrijk* [GK], nr. 59450/00, par. 115-116, 4 juli 2006). Het misdrijf dat de betrokkene ten laste is gelegd, is dan ook irrelevant. Het EHRM benadrukt dat een dergelijke belangenafweging ook principieel onmogelijk is. De inschatting van gevaar voor de nationale veiligheid en de bepaling van het risico op marteling zijn immers ten opzichte van elkaar onafhankelijke grootheden.

Het tweede voorstel van bewijslastverzwaring verwerpt het EHRM eveneens. De lidstaat mag niet meer van betrokkene vergen dan dat betrokkene bewijs aandraagt waaruit op 'substantiële gronden' een reëel risico op en met artikel 3 EVRM strijdige behandeling blijkt. Het EHRM hanteert voor de risico-inschatting wel een strikte toets. Naar eigen zeggen komt het Hof slechts zeldzaam tot een dergelijke conclusie. Deze toets behelst een beoordeling van de voorzienbare consequenties van terugzending naar het ontvangende land met inachtneming van de algehele situatie in dat land en de persoonlijke omstandigheden van de betrokkene. Bewijs van 'substantiële gronden' betekent dat het voor de betrokkene geïndividualiseerde risico moet worden aangetoond (individualiseringsvereiste) (Louter de mogelijkheid dat betrokkene een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling staat te wachten omdat deze in een onrustige situatie in het ontvangende land zal belanden, is onvoldoende (onder verwijzing naar *Vilvarajah e.a. t. het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 30 oktober 1991, nrs. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/8, par. 111 en *Fatgan Katani e.a. t. Duitsland*, EHRM 31 mei 2001, nr. 67679/01). Bovendien moet bewijs dat toeziet op de algehele situatie zijn aangevuld met ondersteunend bewijs waaruit ook het specifieke risico voor de betrokkene blijkt (onder verwijzing naar *Mamatkulov en Askarov t. Turkije*, EHRM 4 februari 2005, nrs. 46827/99 en 46951/99, par. 73, en *Muslim t. Turkije*, EHRM 26 april 2005, nr. 53566/99, par. 68). Uit een *Salah Sheekh t. Nederland* volgt

dat aan dit individualiseringsvereiste is voldaan, indien iemand behoort tot een bepaalde groep. Dan moet de betrokkene wel aantonen dat hij onderdeel uitmaakt van deze groep en dat de groep slachtoffer is van een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM (*Mutatis mutandis, Salah Sheekh t. Nederland*, 11 januari 2007, nr. 1948/04, par. 138-149). Daarbij is ook de kennis van belang die beschikbaar was of had kunnen zijn ten tijde van het nemen van de beslissing tot uitzetting. In het verleden liggende feiten zijn van belang voor zover deze een licht kunnen werpen op de huidige situatie, maar de huidige omstandigheden zijn evenwel bepalend (paragrafen 128-133) (Foltering laat zich overigens van andere vormen van wrede en onmenselijke behandeling onderscheiden op grond van de intentie van de folteraar (paragrafen 134-136)). Op grond van het in deze zaak beschikbare bewijs komt het EHRM tot de conclusie dat er 'substantiële gronden' bestaan waaruit blijkt dat *Saadi* een reëel risico op met art. 3 EVRM strijdige behandeling loopt in het ontvangende land.

Ten slotte oordeelt het EHRM dat Italië wel om diplomatieke garanties heeft gevraagd, maar dat Tunesië deze niet heeft afgegeven. Het Hof voegt hieraan toe dat het verkrijgen van dergelijke garanties nog niet de plicht van de lidstaat zou hebben weggenomen om te onderzoeken of in de praktische toepassing van die garanties ook een daadwerkelijke bescherming van het individu in kwestie ligt. Het gewicht dat de lidstaat aan een garantie toekent, moet per geval en in het licht van de om-

standigheden op het gegeven tijdstip worden beoordeeld.

Commentaar

Terrorismebestrijding mag niet tegen iedere prijs. Het EHRM bevestigt in de zaak *Saadi* het eerder ingenomen standpunt in *Chahal*. Het absolute verbod op met artikel 3 EVRM strijdige behandeling vereist dat lidstaten niet overgaan tot uitzetting wanneer op 'substantiële gronden' kan worden geloofd dat een reëel risico bestaat dat betrokkene in het ontvangende land zal worden gemarteld of anderszins een onmenselijke of vernederende behandeling zal ondergaan (Overigens lijkt de Nederlandse rechtspraak ten aanzien van uitlevering hiermee in lijn. In *NJ* 2007, 277 schrijft Klip, onder verwijzing naar HR 20 mei 2003, *NJ* 2004, 41, dat de HR afscheid heeft genomen van de rechtspraak die stelde dat slechts indien komt vast te staan dat de opgeëiste persoon *in verband met de zaak waarvoor* zijn uitlevering wordt gevraagd door functionarissen van de verzoekende staat is gefolterd, de uitlevering niet voor inwilliging vatbaar is. 'Causaal verband tussen de delicten waarvoor uitlevering is gevraagd en waarom de verzoekende staat in het verleden daartoe is overgegaan of in de toekomst daartoe zal overgaan, doet er niet toe. Het folterverbod is absoluut.' Met de vooropstelling in overweging 3.3 van het arrest, dat als uitgangspunt moet 'worden aanvaard, dat uitlevering een schending kan opleveren van art. 3 EVRM indien de uitgeleverde persoon een reëel gevaar loopt om in het ontvangende land gefolterd te worden of anderszins een onmense-

lijke of vernederende behandeling te ondergaan' geeft de HR mijns inziens terecht een ongeclausuleerde interpretatie van het folterverbod.'). Ook niet wanneer betrokkene een gevaar voor de (inter-)nationale veiligheid oplevert. Het EHRM houdt dus vast aan het in *Chahal* aangenomen standpunt dat lidstaten in de 'strijd tegen het terrorisme' niet de waarden mogen ondermijnen die zij proberen te beschermen, zeker niet in het geval van "absolute rechten" waarvoor zelfs in tijden van noodtoestand geen afwijking mogelijk is. Ten slotte: dit oordeel is niet alleen op zichzelf interessant maar ook in het kader van twee te verwachten Nederlandse zaken (*A. t. Nederland en Ramzy t. Nederland*) (Zie de *dissenting opinion* van rechters Myjer en Zagrebelsky). De uitspraak is ook gepubliceerd in *EHRC* 2008/59 m.nt. A. Woltjers en *JV* 2008/131 m.nt. K. Wouters.

JCVV

Artikel 3, 5, 7 en 14

EHRM 12 februari 2008, Kafkaris t. Cyprus

Centraal staat (onder meer) de vraag of het, ná de pleegdatum, terugdraaien van de praktijk om de executie van levenslange gevangenisstraffen na een bepaalde tijd te staken, zodat de klager nu wél echt levenslang moet uitzitten, in strijd is met het legaliteitsbeginsel. Daarnaast wordt de vraag opgeworpen of de levenslange straf op deze manier in strijd is met artikel 3 EVRM. Deze uitspraak van de Grote Kamer heeft niet alleen een zekere relevantie voor Nederland, maar is de moei-

te van het lezen ook waard vanwege het feit dat het legaliteitsbeginsel in de EHRM-rechtspraak niet bijzonder vaak voorbij komt. Bovenal is de lezenswaardigheid gegeven door het op het punt van artikel 3 EVRM verdeelde hof en de ongemeen felle partly dissenting opinion van de Spaanse rechter Borrego Borrego, die zijn mening zelf uitermate kort als volgt samenvat: 'Perplexity. Ivory tower. And regret.' Als dat niet nieuwsgierig maakt...

Feiten:

Kafkaris heeft in opdracht van een tot op de dag van vandaag onbekend gebleven persoon op 10 juli 1987 een auto opgeblazen; alle drie de inzittenden komen daarbij om het leven. Op 10 maart 1989 wordt hij daarvoor door het Assisenhof van Limassol veroordeeld tot een levenslange gevangenisstraf. Het openbaar ministerie had tijdens het onderzoek ter terechtzitting gevraagd of het assisenhof zich wilde uitspreken over de vraag hoe de term 'levenslange gevangenisstraf' uit het wetboek van strafrecht moest worden geïnterpreteerd en of de toen heersende praktijk, neergelegd in een aantal regelingen, die behelst dat levenslang neerkwam op 20 jaar, hiermee in overeenstemming was. Het assisenhof oordeelt dat het geen bevoegdheid heeft om de rechtsgeldigheid van de regeling te beoordelen, maar dat naar de letter van de wet 'levenslang' ook daadwerkelijk levenslang betekent. Het assisenhof sluit zich daarmee aan bij de uitspraak van het Assisenhof van Nicotia van 5 februari 1988, waarin voor het eerst op een dergelijke vraag was ingegaan.

Na zijn veroordeling krijgt Kafkaris bij aanvang van de executie van zijn straf een brief van de gevangenisautoriteiten dat de beoogde datum van zijn invrijheidstelling 16 juli 2002 is, later wordt deze datum gesteld op 2 november 2002. Op 9 oktober 1992 verwerpt het Hooggerechtshof het zogenaamde habeas corpus-beroep van een andere gevangene (die niet werd vrijgelaten op de voor hem berekende datum); het Hooggerechtshof acht de regelingen ongrondwettelijk en ultra vires. In mei 1996 wordt de gevangeniswetgeving aangepast: levenslang kent nu geen vervroegde invrijheidstelling meer. Kafkaris' verzoek tot vervroegde invrijheidstelling wordt afgewezen. Op 2 november 2002 wordt hij niet vrijgelaten.

Kafkaris begint vervolgens een habeas corpus-procedure. Daarin wordt door het Hooggerechtshof geoordeeld dat artikel 7 EVRM ziet op de straf die wordt opgelegd en niet op de tenuitvoerlegging ervan. Een wijziging in de praktijk van de tenuitvoerlegging is dus niet in strijd met artikel 7. Ook in hoger beroep in deze procedure krijgt hij nul op het rekest.

Kafkaris heeft vier klachten: (1) schending van artikel 3 wegens excessief lange gevangenisstraf en de grote onzekerheid waarin hij tijdenlang heeft verkeerdt aangaande zijn invrijheidstelling; (2) schending van artikel 5 lid 1 EVRM: zijn detentie is 'unlawful' vanaf 2 november 2002; (3) Schending van artikel 7 EVRM door de onvoorzienbare ontwikkelingen met betrekking tot de gevangenisregels en de terugwerkende kracht van de nieuwe regeling; (4) schending van artikel 14 EVRM

omdat de meeste andere levenslang veroordeelden wel zijn vrijgelaten na 20 jaar.

Oordeel EHRM: Ten aanzien van de eerste klacht oordeelt het EHRM dat er geen schending is van artikel 3 EVRM. Het terzake zeer uitgebreid gedocumenteerde arrest laat zich in het bestek van deze rubriek moeilijk samenvatten. Het is geen verrassing dat het EHRM oordeelt dat de levenslange gevangenisstraf op zichzelf geen schending van artikel 3 EVRM oplevert, zolang juridisch en feitelijk de mogelijkheid bestaat tot beëindiging van de tenuitvoerlegging. Dat die beëindiging hoogst uitzonderlijk kan zijn verandert dit niet. Ook de onzekerheid die voor Kafkaris heeft bestaan verandert dit niet. Reeds bij zijn veroordeling werd er immers op gezinspeeld dat hij echt levenslang zou moeten zitten en de definitieve wijziging van het beleid voltrok zich in een betrekkelijk korte periode na de aanvang van de tenuitvoerlegging van zijn straf. Hij heeft dus niet de hele tijd redelijkerwijs kunnen denken dat hij daadwerkelijk vrij zou komen op 2 november 2002. Dit oordeel is bepaald niet unaniem: 10 stemmen tegen 7.

De stemmen zijn aanzienlijk minder verdeeld ten aanzien van de tweede klacht. Met 16 tegen 1 wordt ook hier geen schending van artikel 5 lid 1 EVRM aangenomen. Kort gezegd komt het erop neer dat nu eenmaal in de wet staat dat Kafkaris een levenslange gevangenisstraf kon krijgen en dat een competent gerecht, met toepassing van die wet, de straf heeft opgelegd. In het vonnis van het Assisenhof wordt niet gesproken

over vervroegde invrijheidstelling. De brief van de gevangenisautoriteiten maakt dit niet anders.

De derde klacht ziet op het legaliteitsbeginsel en valt in twee delen uiteen: de kwaliteit van de regelgeving (die immers ongegrond werd verklaard) en het met terugwerkende kracht toepassen van de nieuwe regels. Het EHRM vat eerst zijn jurisprudentie met betrekking tot het begrip 'law' samen: het begrip wordt materieel geïnterpreteerd, wat inhoudt dat geschreven en ongeschreven wetgeving en ook lagere regelgeving eronder vallen; de wet is het geheel van wetgeving en jurisprudentie zoals dat door de rechter wordt geïnterpreteerd. Daarnaast moet deze regelgeving 'accessible' en 'foreseeable' zijn. Hierin komt het *lex certa*-beginsel tot uitdrukking. Dit neemt niet weg dat wetgeving soms met opzet ruim geformuleerd wordt om te verstrekkende rigiditeit te voorkomen. Een normadressaat moet echter in redelijkheid kunnen voorzien wanneer en op welke wijze zijn gedraging strafbaar is.

In casu bestaat er geen misverstand over de strafbepaling: moord is strafbaar en wordt bedreigd met een 'mandatory' levenslange gevangenisstraf. De praktijk van de tenuitvoerlegging was echter anders en het was voor Kafkaris niet te voorzien dat hierin verandering zou komen. Het EHRM bekijkt nu of de tekst van de wet in combinatie met de interpretatie ervan in de jurisprudentie voldoende toegankelijke en voorzienbare regelgeving opleverde. Ofschoon de regeling waarin de tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf op 20 jaar werd

gezet slechts betrekking had op de tenuitvoerlegging en niet op de strafbedreiging of -oplegging, oordeelt het EHRM hier dat de interpretatie van deze combinatie van regelgeving toenmaals verder ging dan dat het duidelijk is 'that, in reality, the understanding and the application of these Regulations went beyond this. The distinction between the scope of a life sentence and the manner of its execution was therefore not immediately apparent'. De eerste keer dat vanuit het openbaar ministerie een andere visie op deze praktijk werd gegeven was nádat Kafkaris de moorden had gepleegd.

Aan de andere kant vindt het EHRM niet dat met terugwerkende kracht een zwaardere straf is opgelegd. Er kon ook weer niet gezegd worden dat een levenslange gevangenisstraf per definitie op 20 jaar zou uitkomen.

Het EHRM vindt dat de kwaliteit van de regelgeving tekortschoot: deze was niet precies genoeg geformuleerd, waardoor Kafkaris niet in staat was om duidelijkheid te krijgen over de strekking van het begrip 'levenslange gevangenisstraf' en de tenuitvoerlegging daarvan. Dat deel van de klacht is dus gegrond (15 tegen 2). Tegelijkertijd vindt het Hof niet dat door wijziging van de praktijk van de *tenuitvoerlegging* van de straf gezegd kan worden dat er een zwaardere straf is *opgelegd* (16 tegen 1). Hier worden de tenuitvoerlegging en de oplegging dus wel uit elkaar gehouden.

Er wordt geen schending van artikel 14 aangenomen (klacht over artikel 14 EVRM). Dat de Cypriotische president Kafkaris nog geen (wat ik

kortheidshalve maar even aanduid als) gratie heeft verleend en een flink aantal anderen die in dezelfde positie zaten wel, houdt geen verband met een van de rechten die door het verdrag worden beschermd (in relatie waarmee deze klacht beoordeeld moet worden). Het is simpelweg de discretionaire bevoegdheid van de president en die gaat in dit geval ver (16 tegen 1).

In een partly dissenting opinion keren 5 rechters zich tegen het oordeel dat er geen sprake is van schending van artikel 3 EVRM: zij vinden dat de huidige stand van zaken in Cyprus dusdanig zwaar leunt op de discretionaire bevoegdheden van de president dat niet gesproken kan worden van een reëel uitzicht op vrijlating. Tegen deze arbitraire praktijk zijn geen adequate waarborgen. Eén en ander verdraagt zich slecht met een aantal (in het arrest ook genoemde) aanbevelingen van de Raad van Europa. Zij vinden (samen met een andere rechter in een concurring opinion) dat het tijd wordt dat het EHRM duidelijk bevestigt dat het opleggen van een onverkortbare levenslange gevangenisstraf ten principale niet verenigbaar is met artikel 3 EVRM.

Twee andere dissenters vinden weer dat het Hof op oneigenlijke gronden heeft besloten dat er sprake was van schending van artikel 7 EVRM. Zij vinden dat ook bij de beoordeling van kwaliteit van de wet of de executie van de straf en het opleggen ervan meer uit elkaar gehouden kon worden.

Ten slotte de dissenting opinion van Borrego Borrego: geheel ontdaan van het normaal formele en wollige taalgebruik fulmineert hij vijf pagi-

na's lang tegen de besluitvorming van het EHRM. Hij is van mening dat er een schending is van artikel 7 EVRM en daardoor ook van de andere artikelen. De hamvraag: was er op 10 juli 1987 regelgeving die in wat voor interpretatie dan ook, inhield dat een veroordeling tot levenslange gevangenisstraf niet inhield dat de veroordeelde na 20 jaar zou vrijkomen? Zijn antwoord: nee. De redenering dat er een inbreuk was op het principe: geen straf zonder wet kan in de ogen van de dissenter niet samenvallen met het oordeel dat er *niet* met terugwerkende kracht een zwaardere straf is opgelegd. Hij maakt zich verder nog kwaad over het feit dat vervroegde invrijheidstelling van Kafkaris lijkt af te hangen van zijn bereidheid om de identiteit van zijn opdrachtgever te onthullen. Kafkaris zal onder deze omstandigheden naar alle waarschijnlijk zijn dood vinden in de cel. Hoe in het arrest dan gesteld kan worden dat hier geen sprake is van mensonterende behandeling ontgaat Borrego Borrego dan ook ten enenmale: sterker nog, hij vindt dat hier sprake is marteling. Er zitten, zo stelt hij, op dit punt overwegingen in de uitspraak die een mensenrechtenhof onwaardig zijn.

Commentaar

Tja. Het commentaar uit de eigen geledingen is onverbloemd en daar is ook wel reden voor. Maar laat ik beginnen met te stellen dat met name de verdeeldheid ten aanzien van de schending van artikel 3 EVRM voor Nederland interessant is. Vooral nog is ons beleid ten aanzien van de levenslang gestraften nog onveranderd en is het ook in Nederland

de vraag of er gesproken kan worden van een reëel uitzicht op vrijlating. Dit gekoppeld aan een (de laatste jaren duidelijk waarneembare) toename van het aantal levenslange veroordelingen, maakt dat het de hoogste tijd lijkt voor herbezinning. Daartoe lijkt vanuit de politiek in ieder geval weinig initiatief te worden genomen. Wel heeft de RSJ in 2006 het advies *Perspectief op verandering* uitgebracht, waarin aanbevelingen worden gedaan omtrent een systeem rond VI voor levenslange gestraften. Ook vanuit de wetenschap is er de laatste jaren echter veel geschreven en uit deze literatuur wordt duidelijk dat Nederland er niet zeker van moet zijn dat het beleid t.a.v. de levenslange gestraften de toets in Straatsburg kan doorstaan. Zeker na het arrest *Léger t. Frankrijk* (EHRM 11 april 2006, EHRC 2006, 69), waarin het EHRM al uitmaakte dat een onverkortbare levenslange straf zonder uitzicht op vrijlating wel eens in strijd zou kunnen zijn met artikel 3 EVRM, zijn er stemmen opgegaan dat Nederland wel eens een probleem zou kunnen hebben. Ook de in de laatste jaren tot stand gekomen resoluties en aanbevelingen binnen de Raad van Europa (ze worden ook in het hier besproken arrest uitgebreid genoemd) lijken tot enige beweging te noodzaken. Vooralsnog lijkt het echter stil te zijn op dit vlak (zie, onder meer, W.F. van Hattum, 'Perspectief op verandering', *Sancties* 2007, p. 19-31; N.J.M. Kwakman, 'Het rationele van de straf', *DD* 2007, 71; F.W. Bleichrodt, *Een leven lang* (oratie RUG), Deventer: Kluwer 2006; F. van Laanen, 'Levenslange gevangenisstraf en artikel 3

EVRM', *NJCM-bulletin* 2006, p. 970-983; H.K. Elzinga en W.F. van Hattum, 'Het wetsontwerp voorwaardelijke invrijheidstelling en de levenslange gevangenisstraf', *NJB* 2006, p. 1302-1307; P.C. Vegter, 'Deugt de levenslange gevangenisstraf?', *Strafblad* 2006, p. 292-300 en C.W. Noorduyn, 'Levenslang, gratie en art. 5 lid 4 EVRM', *Strafblad* 2007, p. 217-225).

De overwegingen omtrent het verbod op terugwerkende kracht zijn opvallend omdat hier wel heel rigide wordt vastgehouden aan het onderscheid tussen het opleggen van de straf op basis van een wettelijke bepaling door de rechter en de tenuitvoerlegging van de straf door de administratie. Er zijn genoeg argumenten om te stellen dat, als de administratie eenmaal aan zet is en de tenuitvoerlegging loopt, zij een strafmotivering als 'verdachte verdient in het geheel geen plaats meer in onze samenleving' op de lange termijn kan laten voor wat ze is. Op zo'n moment is er dus duidelijk een onderscheid tussen de strafoplegging en de tenuitvoerlegging. Na verloop van tientallen jaren kan zo'n strafmotivering niet meer leidend zijn. Als er echter in de tenuitvoerlegging een zo bestendige praktijk is dat niemand er aan zal twifelen dat op een zeker moment sprake kan zijn van vrijlating, dan kan volgens mij toch niet meer helemaal volgehouden worden dat de tenuitvoerlegging en de oplegging echt niets met elkaar te maken hebben. Het zal immers niet in de laatste plaats de rechter zijn die bij het opleggen van de straf laat meewegen dat invrijheidstelling op termijn wel zal plaatsvinden. Bij de oplegging van

de straf wordt hier dus rekening mee gehouden. Het EHRM is hier wel heel erg formalistisch en ik kan me de opwinding van Borrego Borrego dus wel voorstellen.

In de uitspraak wordt overigens nog gerefereerd aan *Achour t. Frankrijk* (EHRM 10 november 2004, zie ook EHRC 2005, 3 m.nt. G. Mols). Dat was ook al een typisch geval: Achour kreeg, omdat hij had gerecidiveerd, een zwaardere straf. De betreffende recidiveregeling was echter nog niet van toepassing toen hij voor het eerst werd veroordeeld: toen was het nog zo dat strafverzwaring na recidive in de eerste vijf jaar na de veroordeling mogelijk was. Deze termijn werd (nadat de vijf jaar voor Achour al waren verstreken) naderhand verlengd tot 10 jaar. In eerste aanleg kreeg Achour nog met vier tegen drie stemmen voor elkaar dat de schending van het verbod op terugwerkende kracht als bedoeld in artikel 7 EVRM werd teruggedraaid. De Grand Chamber (29 maart 2006, EHRC 2006, 62 m.nt. G. Mols) oordeelde echter (met 16 tegen 1) dat ten tijde van het tweede gepleegde feit (de recidive) de betreffende regeling al wel was ingevoerd en dat er dus helemaal geen sprake was van het zwaardere straffen met terugwerkende kracht. Achour had, als hij de wetswijzigingen een beetje had bijgehouden, best kunnen voorzien dat het zo zou lopen. Enfin: ook hier (aanvankelijk) verdeeldheid, waarna de zaak wordt afgedaan met een uiteindelijk strikt formalistische benadering, die overigens met een stuk minder verontwaardiging werd onthaald. De na de invoering van de Wet Herijking wettelijke strafmaxima (*Stb.* 2006,

11) verruimde recidiveregeling (artikel 43a Sr e.v.) alsmede de in sommige gevallen verlengde verjaaringstermijnen kunnen op grond van deze jurisprudentie dus ook niet tot problemen lijden.

Het arrest is ook gepubliceerd in EHRC 2008, 52.

JL

Artikel 5

EHRM 13 december 2007, Mooren tegen Duitsland

Mooren wordt op 25 juli 2002 gearresteerd op verdenking van belastingfraude. Op dezelfde dag wordt door het Amtsgericht van Mönchengladbach zijn voorlopige hechtenis bevolen. Mooren heeft vanaf dat moment rechtsbijstand. Volgens het gerecht was er een stevige verdenking van zo'n twintig gevallen van belastingontduiking. Deze verdenking beruiste voor een belangrijk deel op documenten die in de woning van Mooren in beslag waren genomen. Omdat nog niet alle documenten boven water waren, moest Mooren in voorlopige hechtenis blijven zodat hij het onderzoek niet kon frustreren.

Op 7 augustus 2002 vraag Mooren aan het Amtsgericht van Mönchengladbach om de beslissing met betrekking tot de voorlopige hechtenis te herzien. Daarnaast vraagt zijn advocaat inzage in het dossier. Daarbij stelt hij zich op het standpunt dat op grond van het Duitse strafrecht feiten en omstandigheden uit processtukken waarvan inzage aan de verdachte wordt onthouden niet mogen worden meegewogen in de

beslissing omtrent voorlopige hechtenis.

Op 12 augustus 2002 informeert het openbaar ministerie de advocaat van Mooren dat inzage in de processtukken wordt geweigerd omdat dit het belang van het onderzoek zou schaden. Daar werd wel aan toegevoegd dat de openbare aanklager bereid was de advocaat mondelinge toelichting te geven over de belastende feiten en het bewijs. Op dit aanbod ging de advocaat echter niet in.

Op 16 augustus 2002 wordt het verzoek behandeld: Mooren stelt dat er geen collusie- of vluchtgevaar is, en dat hij bereid is zich aan eventuele voorwaarden te houden. Zijn advocaat beklaagt zich erover dat hij nog steeds geen toegang heeft tot het dossier. Het gerecht van Mönchengladbach beslist echter, na kennis te hebben genomen van de processtukken, dat Mooren vast moet blijven zitten omdat er nog steeds een risico is dat hij bewijs zal manipuleren of zal proberen getuigen te beïnvloeden.

Mooren stelt beroep in tegen deze beslissing en krijgt hierop op 19 augustus 2002 het schriftelijke bericht van het Landgericht Mönchengladbach dat vluchtgevaar nog steeds een grond is voor voorlopige hechtenis en dat hij mondeling op de hoogte moet worden gesteld door het openbaar ministerie over de inhoud van het dossier. In antwoord op dit schrijven betoogt Mooren dat enkel mondelinge informatie over de inhoud van het dossier onvoldoende zou zijn. Op 9 september 2002 wordt het beroep door het Landgericht, dat ook het dossier heeft bestudeerd, verworpen. Het

Landgericht is van oordeel dat er een ernstige verdenking is en dat er reëel vluchtgevaar is omdat verdachte connecties in het buitenland heeft en omdat hem in Duitsland een fikse straf staat te wachten. Gezien de weigering van de advocaat van de verdachte om in te gaan op de uitnodiging mondelinge toelichting over het dossier te krijgen, acht het Landgericht het niet mogelijk om vast te stellen of de informatie die door het openbaar ministerie zou zijn gegeven voldoende zou zijn. Het stelt echter wel vast dat in deze fase van het onderzoek geen recht kan gelden op ongelimiteerde toegang tot het complete dossier. Deze beslissing wordt pas op 16 september 2002 aan Mooren betekend.

Op dezelfde dag gaat Mooren verder in beroep tegen het bevel tot voorlopige hechtenis, ditmaal bij het Oberlandesgericht Düsseldorf. Hij beroept zich op het grondwettelijk recht op inzage in de processtukken waarop het bevel tot voorlopige hechtenis is gebaseerd. Op 17 september 2002 besluit het Landgericht, zonder nadere motivering, dat het zijn beslissing van 9 september 2002 niet herziet. Een rapport van de aanklager van Mönchengladbach wordt op 18 september 2002 naar de hoofdaanklager in Düsseldorf gestuurd, tezamen met het dossier.

Op 26 september 2002 beargumenteert de hoofdaanklager voor het Oberlandesgericht dat hij niet bereid is om Mooren toegang tot het zaaksdossier te geven; hij vindt het voldoende als Mooren een overzicht krijgt van een aantal bedragen waarop de verdenking berust. Mooren beargumenteert dat dit 'overzicht' slechts een conclusie is

ten aanzien van de omvang van de fraude waarvan hij wordt verdacht maar dat hij deze conclusie niet kan controleren zonder de onderliggende stukken te bestuderen. Op 14 oktober 2002 worden de beslissingen van het Amtsgericht en het Landgericht door het Oberlandesgericht Düsseldorf vernietigd. Ook het Oberlandesgericht beslist mede op basis van de processtukken. Het komt tot de conclusie dat het bevel van 25 juli 2005 niet aan de wettelijke eisen voldeed. De feiten die leidden tot de ernstige verdenking alsmede de redenen voor de voorlopige hechtenis hadden in het bevel uiteengezet moeten worden. Om tegemoet te komen aan het grondwettelijke recht om gehoord te worden en een eerlijk proces te krijgen, hadden de feiten en de bewijsmiddelen waarop de verdenking beruiste en welke aanleiding gaven tot de voorlopige hechtenis dusdanig volledig omschreven moeten worden dat de verdachte zich hiertegen adequaat had kunnen verdedigen. Tot vernietiging van het bevel hoeft dit echter niet te leiden: het bevel had weliswaar een motiveringsgebrek, dat wil niet zeggen dat geen sprake was van feiten en omstandigheden die de voorlopige hechtenis meer rechtvaardigen. Omdat Mooren dit motiveringsgebrek niet adequaat had kunnen bestrijden bij het Amtsgericht en Landgericht worden hun beslissingen wel vernietigd. Het Amtsgericht moet in een nieuwe beslissing voorlopige hechtenis beoordelen. Daarbij werd wel aangekend dat volharding van het openbaar ministerie in de weigering om inzicht te geven in de redenen voor voorlopige hechtenis zou bete-

kenen dat ook het bevel tot voorlopige hechtenis vernietigd moet worden. Mooren werd dus niet vrijgelaten.

Het Amtsgericht vaardigt vervolgens op 29 oktober 2002 in een nieuwe procedure opnieuw een bevel tot voorlopige hechtenis uit, wederom met vluchtgevaar als belangrijkste argument. Mooren krijgt nu de beschikking over maar liefst 4 pagina's uit het dossier. Het bevel wordt overigens wel geschorst met voorwaarden (onder meer een borgsom). Beroep tegen deze beslissing wordt verworpen. Na nog wat geharrewar krijgt Mooren op 18 november 2002 inzage in het dossier. Mooren stapt vervolgens naar het Bundesverfassungsgericht om te klagen over de beslissing van het Oberlandesgericht van 14 oktober 2002 en het bevel tot voorlopige hechtenis van 25 juli 2002. De klacht van Mooren wordt echter, zonder nadere motivering, niet in behandeling genomen. Mooren wordt op 9 maart 2005 door het Amtsgericht Mönchengladbach veroordeeld wegens de belastingfraude, die hij uiteindelijk heeft bekend.

Mooren stelt dat vanaf het moment dat het Oberlandesgericht had uitgemaakt dat er gebreken kleefden aan het bevel tot voorlopige hechtenis, zijn detentie onrechtmatig was (artikel 5 lid 1 EVRM). Hij klaagt er vervolgens over dat artikel 5 lid 4 is geschonden omdat (in strijd met artikel 6 lid 1 EVRM) onvoldoende snel tot een herziening van het gewraakte bevel is gekomen en omdat het bevel niet door het Oberlandesgericht is vernietigd. Hij klaagt verder nog over de weigering van

toegang tot het dossier (artikel 5 lid 4 EVRM).

Oordeel ERHM

De klacht over de onrechtmatigheid van de detentie onder artikel 5 lid 1 EVRM wordt afgewezen. Als wordt vastgesteld dat het gerecht dat het bevel tot voorlopige hechtenis heeft gegeven een fout heeft gemaakt betekent dit niet noodzakelijkerwijs dat met terugwerkende kracht de vrijheidsbeneming onrechtmatig was. Zo ook in het Duitse strafrecht waarin onderscheid gemaakt kan worden tussen 'gebrekkige' en 'nietige' beslissingen. Een gebrekkige beslissing blijft van kracht totdat ze is vervangen. In casu kan niet gezegd worden dat de detentie van Mooren arbitrair was. Bovendien was aan de terugwijzing naar het Amtsgericht duidelijk de voorwaarde gesteld dat alsnog inzage in het dossier gegeven zou moeten worden. Nu het nieuwe, wel aan de eisen voldoende, bevel tot voorlopige hechtenis kort na de uitspraak van het Oberlandesgericht werd gegeven is hier geen schending van artikel 5 lid 1 EVRM.

Ten aanzien van de tweede klacht stelt het EHRM dat op grond van artikel 5 lid 4 EVRM inderdaad tijdig rechterlijke toetsing moet plaatsvinden en dat beëindiging van de vrijheidsbeneming aangewezen is als tot de conclusie wordt gekomen dat deze onrechtmatig is. Op 7 augustus vroeg Mooren om herziening van het bevel van 25 juli. Op 29 oktober werd door het Amtsgericht, naar aanleiding van de uitspraak van het Oberlandesgericht, een nieuw bevel uitgevaardigd. Het heeft dus 2 maanden en 22 dagen geduurd

voordat de herziening een feit was. Het Hof stelt dat van geval tot geval moet worden gekeken of er sprake is van een onredelijk lange termijn. Daarbij stelt het allereerst vast dat Mooren pas na een week op de hoogte is gesteld van de beslissing van het Landgericht van 9 september. Weliswaar zijn er verder geen lange perioden van inactiviteit geweest, maar het Hof brengt nog maar eens in herinnering dat de lat hoog ligt als het gaat om voorlopige hechtenis. Omdat het al twee maanden had geduurd voordat het Oberlandesgericht zich over de zaak uitsprak, is het feit dat de zaak daarna toch weer werd teruggewezen naar het Amtsgericht uiteindelijk doorslaggevend voor de conclusie dat hier door de lange termijn een schending van artikel 5 lid 4 EVRM heeft plaatsgehad.

De Duitse regering vindt de derde klacht (over de weigering tot inzage) niet ontvankelijk omdat Mooren de nationale rechtsgang niet heeft gevolgd: hij heeft immers niet formeel geklaagd over de weigering (zoals dat bij ons kan onder artikel 32 Sv). Het EHRM maakt hier korte metten mee: het argument dat geen inzage werd verkregen in het dossier is steeds aangevoerd als één van de argumenten betreffende de onrechtmatigheid van de voorlopige hechtenis: deze onrechtmatigheid zou immers (mede) voortvloeien uit het feit dat Mooren geen flauw idee had waarvan hij werd verdacht. In het licht hiervan moet de klacht nu ook beoordeeld worden. De klacht is dus gewoon ontvankelijk.

Mooren stelt zich inhoudelijk op het standpunt dat sprake is geweest van een oneerlijke procedure omdat hij

geen inzage had gehad. Er was daardoor geen 'equality of arms' en hij kon zich derhalve onmogelijk verdedigen. Een belastingfraudezaak is doorgaans zo ingewikkeld dat mondelinge toelichting niet voldoende is. De Duitse regering bestreed dat artikel 5 lid 4 EVRM is geschonden: er moesten nog talloze doorzoekingen worden verricht en deze zouden ernstig bedreigd kunnen worden als de verdediging het dossier al van haver tot gort zou kennen. Nu de verdenking overigens toch voornamelijk op documenten berustte die waren inbeslaggenomen in de woning en de bedrijven van Mooren, was hier toch een andere situatie dan in een aantal andere gevallen waarin door het EHRM was aangenomen dat een mondelinge toelichting bij het dossier onvoldoende was.

Het Hof oordeelt, in navolging van *Schöps t. Duitsland* (EHRM 13 februari 2001, EHRC 2001, 21 m.nt. Spronken) en de op dezelfde dag gewezen uitspraken *Lietzow t. Duitsland* (nr. 24479/94) en *Garcia Alva t. Duitsland* (nr. 23541/94) dat, gezien de verstrekkende invloed die voorlopige hechtenis kan hebben, de procedure hieromtrent zoveel mogelijk moet voldoen aan de eisen die artikel 6 EVRM stelt aan een eerlijk proces. Dat betekent dat deze procedures moeten worden beheerst door een recht op tegenspraak en dat er gelijkheid van wapenen moet zijn. De verdachte moet op de hoogte zijn van de zienswijze van de aanklager en dient daadwerkelijk in de gelegenheid te zijn hierop te kunnen reageren. Indien toegang tot essentiële delen van het dossier wordt geweigerd is van gelijkheid van wa-

penen geen sprake. Het Hof heeft uiteraard begrip voor de situatie dat het onderzoeksbelang zich verzet tegen openbaarmaking van (delen van) het dossier, maar dit mag nooit zover doorschieten dat hierdoor de rechten van de verdediging substantieel beknot worden. Toegang door de advocaat van de verdachte tot die delen van het dossier die noodzakelijk zijn om de rechtmatigheid van voorlopige hechtenis vast te stellen is dus een vereiste.

In de onderhavige zaak is door de gerechten die zich over de rechtmatigheid van de detentie hebben gebogen steeds geoordeeld op basis van het (omvangrijke) dossier, waarin niet alleen documenten van Mooren zaten, maar ook getuigenverklaringen van oud-werkgevers van Mooren. Deze documenten moeten een belangrijke rol hebben gespeeld. Terwijl het openbaar ministerie en de gerechten het dossier van voor tot achter konden bestuderen, kreeg de verdediging geen kans om zich erin te verdiepen. De vier pagina's die uiteindelijk werden verstrekt behelsden een verslag dat was opgemaakt door de fiscale opsporingsdienst. De conclusies die daarin werden getrokken konden op basis van dat verslag niet worden geverifieerd. De aangeboden mondelinge toelichting zouden naar het oordeel van het Hof ook niet verifieerbaar zijn geweest zonder de mogelijkheid het dossier te raadplegen. De grote verscheidenheid aan bewijsmiddelen maakt dat een mondelinge toelichting moeilijk de lading kan dekken. Het Hof verliest niet uit het oog dat een onderzoeksbelang speelde, maar, zoals gezegd, dat onderzoeksbelang weegt niet op tegen de be-

langen van de verdediging. Ten slotte oordeelt het Hof fijntjes dat ook het Oberlandesgericht al impliciet had aangegeven dat de procedure Mooren in zijn rechten had beknot: anders zou het niet gezegd hebben dat het niet verlenen van inzage in de processtukken tot vernietiging van het oorspronkelijke bevel zou leiden. Al met al is hier zonder twijfel een schending van artikel 5 lid 4, oordeelt het Hof unaniem.

Beoordeling

Het belang van deze uitspraak is allereerst gelegen in het feit dat andermaal bevestigd wordt dat in de procedure rond (verlenging van) voorlopige hechtenis de waarborgen van artikel 6 EVRM zoveel mogelijk dienen te gelden. Het arrest maakt nieuwsgierig naar wat er precies tussen de advocaat van Mooren en het Duitse openbaar ministerie heeft gespeeld, want op het eerste gezicht is het bijna niet te geloven dat het openbaar ministerie zich zo halsstarrig bleef opstellen. Het is evident dat een mondelinge toelichting ten aanzien van een verdenking van een groot aantal fraudegevallen volstrekt onvoldoende is. In Nederland wordt wel eens geklaagd over een summier dossier in de voorlopige hechtenis-fase, maar zo bont als in dit arrest zal het toch zelden worden gemaakt. Eveneens merkwaardig is dat de rechter die over het beroep op het bevel tot voorlopige hechtenis moest oordelen wél kon beschikken over het gehele dossier; een dergelijke gang van zaken is in Nederland volgens mij ook ondenkbaar. De procedures omtrent de voorlopige hechtenis draaien dan uit op een onderonsje tussen het open-

baar ministerie en de rechter, hetgeen niet in overeenstemming is met de notie van de interne openbaarheid die we hier hebben. In het arrest is overigens mooi te zien hoe het recht op een proces op tegenspraak en het principe van equality of arms samenvallen: zonder gelijke middelen is het innemen van een gefundeerd standpunt tegenover de andere partij niet goed mogelijk. Overigens lijkt het er, net als in de reeds genoemde uitspraken *Schöps, Lietzow en Garcia Alva* op dat het EHRM het inzagerecht in de fase van voorlopige hechtenis niet onverkort aan de verdachte zelf toekent: er wordt duidelijk overwogen dat relevant materiaal aan de advocaat beschikbaar moet worden gesteld (par. 92). Spronken merkte in haar noot bij het *Schöps*-arrest op dat het de vraag is hoe tegen de laatste zin moet worden aangekeken: mag de advocaat deze informatie naderhand dan niet aan zijn cliënt laten zien? Dat levert dan *Dev Sol*-achtige taferelen op (HR 7 mei 1996, *NJ* 1996, 687) zie voor een nadere beschouwing daarover: J.M.W. Lindeman, 'Het dossier', *DD* 2006, 31. Een tweede aspect is de toch wat merkwaardige situatie dat aan het bevel weliswaar motiveringsgebreken kleven, maar dat daarmee nog niet gezegd is dat de voorlopige hechtenis in de tussentijd onrechtmatig is. Daardoor denken aan het geval van de 'onbenoemde rechter' in de Rechtbank te 's-Hertogenbosch, dat in de herfst van vorig jaar speelde. Daarin oordeelde het Hof 's-Hertogenbosch uiteindelijk dat, ondanks dat er aan de behandeling van een procedure omtrent de verlenging van voorlopige hechtenis

gebreken kleefden, de behandeling niet van rechtswege nietig was en derhalve de rechtsgrond niet aan de voorlopige hechtenis was komen te ontvallen, terwijl de feitelijke gronden voor de voorlopige hechtenis nog aanwezig waren (Hof 's-Hertogenbosch, 6 november 2007, *LJN* BB7224, *NbSr* 2007, 424). Hoewel een motiveringsgebrek toch wel weer van een andere orde is dan een onbenoemde rechter, lijkt de uitspraak van het EHRM de benadering van het Hof 's-Hertogenbosch te sauveren. De 'lawfulness' zal toch eerst naar het nationale recht beoordeeld moeten worden en van een arbitraire detentie kan ook in het Bossche geval niet gesproken worden. Over hoe de nationale wet in dit geval geïnterpreteerd dient te worden verschillen de meningen overigens: de Bossche rechtbank vond namelijk wel dat de rechtsgrond aan de voorlopige hechtenis was komen te ontvallen en ook in de literatuur heb ik weinig bijval voor de benadering van het gerechtshof aangetroffen. Voor een kritische benadering leze men het redactioneel van Taru Spronken in de *Nieuwsbrief Strafrecht* van november 2007. De uitspraak van het EHRM werd ook gepubliceerd in *NJB* 2008, 500.

JL

Artikel 10

EHRM 10 december 2007, Stoll t. Zwitserland

Feiten

Ten tijde van de onderhandelingen omtrent compensatie van (nabestaanden van) slachtoffers van de

Tweede Wereld Oorlog en Zwitserse banken publiceerde de journalist, *Stoll*, delen uit een als vertrouwelijk geclassificeerd beleidsstuk van de diplomaat Jagmetti. Dit stuk van de hand van de Zwitserse ambassadeur in de Verenigde Staten was opge maakt als "strategiedocument" voor deze onderhandelingen. De journalist heeft dit diplomatenstuk waarschijnlijk via een lek in handen gekregen van iemand wiens identiteit verder onbekend blijft. *Stoll* kreeg een boete van €520,- opgelegd door de Zwitserse rechter in eerste aanleg wegens publicatie van officiële, vertrouwelijke overheidsstukken. Dit oordeel werd in stand gehouden door de hogere nationale rechter. *Stoll* stelde dat deze boete een schending ex artikel 10 EVRM opleverde.

Namens de regering werd aangevoerd dat deze boete niet slechts werd opgelegd om te voorkomen dat officiële, vertrouwelijke overheidsstukken openbaar gemaakt zouden worden, maar eveneens om de nationale veiligheid en de bevolking te beschermen omdat de uitlatingen van de diplomaat van een politiek zeer gevoelig gehalte waren. Daarbij stelde de regering zich op hetzelfde standpunt als de Zwitserse Raad voor de Journalistiek. Deze Raad oordeelde eerder dat een schending van de Zwitserse Gedragscode voor Journalisten had plaatsgevonden, omdat de artikelen 'onnodig shockerend en scandaleus' waren door de teneur en door het gebruik van uitsluitend een aantal citaten zonder publicatie van het gehele beleidsdocument waardoor de informatie te beperkt was weergegeven.

Oordeel EHRM:

Terwijl het Hof in eerste aanleg oordeelde dat de bestraffing van de journalist niet in overeenstemming was met de eisen die daaraan in een democratische samenleving worden gesteld, kwam de Grote Kamer niet tot het oordeel dat artikel 10 EVRM is geschonden. De Grote Kamer bespreekt ter onderbouwing van dit oordeel alle onderdelen van een beperking van art. 10 EVRM: of deze inbreuk van staatswege op persvrijheid 'bij wet voorzien' is en 'noodzakelijk is in een democratische samenleving' en in het belang van het mogelijk legitieme doel van 'voorkomen van verspreiding van vertrouwelijke mededelingen'.

In de beoordeling betreft het EHRM: (i) wat de aard van de belangen is die op het spel stonden, (ii) hoe de maatregel door de nationale rechter is onderzocht, (iii) wat het gedrag van de journalist is geweest en (iv) of de boete proportioneel was.

Het EHRM legt uit dat publicatie enerzijds het belang dient van het informeren van het publiek over een belangwekkend onderwerp. Anderzijds zijn ook de andere publieke belangen van vertrouwelijkheid van het document en een goede afloop van de onderhandelingen relevant. Het EHRM komt tot de slotsom dat de publicatie van delen van het beleidsdocument meebracht dat daarmee, in het algemeen, het noodzakelijke klimaat voor goede onderhandelingen kon worden ondermijnd en dat, in het bijzonder, nadelige gevolgen voor Zwitserse onderhandelingen konden bestaan. Het Hof benadrukt daarbij dat het onderwerp een 'morele dimensie'

had en dat het gevoelige moment van publicatie een zeer nadelig effect voor Zwitserland kon hebben.

Ten tweede beoordeelt het Hof de wijze waarop de vaststelling van de vertrouwelijkheid van het document door de nationale rechter is gedaan. Nadrukkelijk neemt het EHRM daarin niet de plaats in van de nationale rechters. Het EHRM concludeert dat in casu aan de voorwaarde van een eerlijke procedure met een coherente en goed gemotiveerde belangenafweging was voldaan.

Ten derde gaat het EHRM over tot een beoordeling van het gedrag van de journalist. Hiertoe maakt het Hof een onderscheid in de wijze waarop hij het materiaal in handen had gekregen en de 'vorm van de artikelen'. De wijze van verkrijging is geen relevante factor voor het Hof. Wel neemt het EHRM nadrukkelijk de 'vorm van de artikelen' in ogenschouw. Daaromtrent zijn de conclusies als volgt: (i) de inhoud van de artikelen is beperkt tot geïsoleerde delen van het rapport die uit hun context zijn gelicht en accentueren daardoor de door de diplomaat genoemde 'deal', (ii) het gebruikte vocabulaire insinueert dat de diplomaat antisemitische uitlatingen deed, (iii) de wijze waarop de artikelen zijn geredigeerd, met een sensationeel titel en een foto van de diplomaat en diens vrouw in badjas, past niet bij het belangrijke en serieuze onderwerp en (iv) de artikelen zijn onnauwkeurig en misleidend, mede door het weglaten van de datum van uitgave van het beleidsdocument. Het EHRM komt tot de conclusie dat de vorm van de artikelen ertoe kon leiden dat de lezers werden misleid en daarmee werd af-

gedaan aan het belang van een bijdrage aan het publieke debat zoals beschermd door artikel 10 EVRM.

Ten slotte eindigt het EHRM nog met de vaststelling dat de boete proportioneel was. Daarin werd meegewogen dat andere journalisten die het beleidsdocument later in het geheel hadden gepubliceerd niet werden beboet. Dat is de discretionaire bevoegdheid van de aanklager. Bovendien was de boete in casu proportioneel.

Commentaar

In deze zaak wordt in de belangenafweging tussen enerzijds het belang van de overheid om staatsgeheimen en onderhandelingsbelangen te beschermen en anderzijds de noodzaak om de persvrijheid te garanderen, ook de 'journalistieke ethiek' meegewogen. Daarmee introduceert het EHRM een inhoudelijke toets van de 'vorm van de artikelen'. De gevoeligheid van deze toets blijkt uit de 'dissenting opinion' van vijf van de zeventien rechters (Dissenting opinion van Zagrebelsky, Lorenzen, Fura-Sandström, Jaeger en Popović). Zij zijn van mening dat voor een beoordeling of een schending van artikel 10 EVRM heeft plaatsgevonden 'de vorm van de artikelen' niet relevant is. Zij vermoeden dat niet het legitieme doel, maar de te leveren kritiek op de journalist voorrang heeft gekregen. De vraag rijst dan ook of, en zo ja, hoe in hierop volgende casuïstiek 'de vorm van de artikelen' zal worden meegewogen. De uitspraak is ook gepubliceerd in *EHRC* 2008/23 m.nt. H.C.K. Senden en H.L. Janssen.

JCvV