

hebben een redelijk goed effect maar wanneer een dergelijk programma wordt gecombineerd met een training die gericht is op de gedragsproblemen van het kind worden er betere effecten gevonden.

Uit Amerikaanse kosten-batenanalyses blijkt dat tien jaar geleden één persistente dader de VS al rond de 2 miljoen dollar kostte. Effectieve programma's voor jeugddelinquenten hebben een netto opbrengst (baten minus kosten) tussen de 1 900 en 31 200 dollar terwijl niet-effectieve programma's -408 tot -12 478 netto 'opbrengen'. Het is dus van belang dat er degelijk onderzoek wordt gedaan naar de werkzaamheid van programma's en dat alleen effectief bevonden programma's worden ingezet. In Nederland staan dergelijke kosten-batenanalyses nog in de kinderschoenen. De onderzoekers pleiten ervoor dat er meer aandacht komt voor onderzoek naar de prevalentie van delinquent gedrag onder jonge kinderen, de ontwikkeling van goede screeningsinstrumenten en assessments die gebruikt kunnen worden door professionals zoals politie, leraren en gezondheidszorginstanties, en het vergroten van kennis over (kosten-)effectieve interventies zodat ineffectieve interventies op termijn verdwijnen. Het is van belang dat er voor jeugdigen van alle leeftijden effectieve interventies worden ingevoerd. Momenteel ligt het zwaartepunt bij het terugdringen van criminaliteit bij jeugdigen en niet zozeer bij preventieve maatregelen die gericht zijn op jonge kinderen. Gezien het maatschappelijke belang en de huidige wetenschappelijke kennis over de ontwikkeling van criminaliteit zou er meer aan-

dacht voor ernstig probleemgedrag en delinquentie bij jonge kinderen moeten komen.

M. Hoeve

46 Rechtspraak EHRM

Artikel 5 EVRM

EHRM 30 maart 2009, Léger t. Frankrijk

In juli 2008 is Lucien Léger overleden en diens klacht is dientengevolge bij het EHRM van de rol geschrapd. Léger was tot een levenslange gevangenisstraf veroordeeld voor een ontvoering van en moord op een 11-jarig jongetje. Léger verbleef ruim 41 jaar in detentie, ondanks veelvuldige beloften omtrent zijn invrijheidstelling. Die werden echter nooit ingewilligd tot het moment van 3 oktober 2005 waarop hij voorwaardelijk werd vrijgelaten. Léger bleef de feiten overigens ontkennen tot aan zijn dood, hoewel hij deze aanvankelijk, in juli 1964, wel had bekend. Hij klaagde bij het EHRM over zijn straf die volgens de artikelen 5 lid 1 onder a en 3 EVRM ongerechtvaardigd zou zijn geworden vanaf het moment van afwijzing van zijn voorwaardelijke vrijlating in 2001. Op 11 april 2006 kwam de kamer van het EHRM tot de conclusie dat in casu geen sprake was van schending van het EVRM (*EHRC* 2006, 69).

Lange tijd werd naar deze uitspraak van de Grote Kamer uitgekeken, maar tot een inhoudelijke beoorde-

ling is het niet gekomen. De meerderheid van de Grote Kamer heeft de behandeling van de klacht van Léger niet willen continueren. Naar blijkt om formele redenen die verband houden met de rechtsbijstand aan en de dood van klager enerzijds en om meer materiële redenen van het reeds gewijzigde Franse recht aangaande levenslange gevangenisstraffen en het Grote Kamer-oordeel in de – volgens de meerderheid vergelijkbare – zaak *Kafkaris t. Cyprus* anderzijds (*NJ* 2009, 90 m.nt. Sch.).

De minderheid van vier dissenters (beslissing van dertien tegen vier) was evenwel van mening dat deze zaak een kans bood voor een fundamentele uitspraak met ruimere reikwijdte dan het Grote Kamer-oordeel in *Kafkaris t. Cyprus*. In casu zou het EHRM namelijk *the benefit of hindsight* hebben; hij zou hebben kunnen meewegen in hoeverre zowel de gefrustreerde ‘verwachtingen’ en ‘hoop’ op vrijlating van een tot levenslang veroordeelde als de langer dan vier decennia durende detentie van invloed zijn op de beoordeling van levenslang in het licht van het EVRM. Hoe dat ook moge zijn, de zaak Léger is tot een einde gekomen.

Daarmee is de kous voor Nederland niet af. De Hoge Raad zal spoedig een beslissing nemen over de toepassing van de levenslange gevangenisstraf. Vrijheid en verlangen; wij kijken reikhalzend uit naar het oordeel van de Hoge Raad dat hopelijk ook de wetgever aanzet tot handelen (zie recentelijk de conclusie van advocaat-generaal Knigge in *LJN* BF374; W.F. van Hattum, ‘In de daad een mens. De gratieprocedure

levenslanggestraften: departementaal beleid en magistratelijk toezicht, vroeger en nu’, *DD* 2009, 2; T. Spronken in *NJB* 2009, p. 854-863 en N.J.M. Kwakman, ‘Het rationele van de straf. Levenslang: een offer aan de rede of aan de emotie?’, *DD* 2007, 71. Zie voor ontwikkelingen in de EU hieromtrent de standaard van de European Committee for the prevention of torture, CPT/Inf/E (2002)1, Rev 2006, para 33, Recommendation of the Committee of Ministers to member states on the management by prison administrations of life sentence and other long-term prisoners, aangenomen op 9 oktober 2003 en de Recommendation of the Committee of Ministers to member states on conditional release (parole) aangenomen op 24 september 2003).

JCvV

Zie ook *Bykov t. Rusland* hieronder.

Artikel 6 EVRM

EHRM (GC) 10 maart 2009, Bykov t. Rusland

In dit arrest wordt door de Grote Kamer vastgehouden aan de lijn van arresten als *Schenk t. Zwitserland* en *Khan t. Verenigd Koninkrijk*: er wordt een schending van artikel 8 aangenomen, maar geen schending van artikel 6 EVRM. Deze benadering wordt echter bepaald niet unaniem gesteund: zes van de zeventien rechters stemmen tegen, waaronder de president van het Hof, Costa. In diverse separate opinions spreken rechters hun teleurstelling uit over het feit dat de grote kamer van het

EHRM de kans heeft laten lopen om voor eens en altijd klare wijn te schenken over de vraag of gebruik van bewijsmateriaal dat is verkregen door een schending van artikel 8 de eerlijkheid van het proces ondermijnt (zie bijvoorbeeld de concurrering opion van rechter Cabral Barreto).

Feiten

Klager Bykov zou zijn voormalige zakenpartner S hebben willen laten vermoorden door V. Daartoe zou hij V. een wapen hebben gegeven. V. voert de opdracht echter niet uit maar stapt naar de politie. Die besluit een 'covert operation' op touw te zetten: er wordt gedaan alsof er in de woning van S. twee lijken zijn gevonden. Naar de media wordt het bericht verspreid dat S. een van de gevonden slachtoffers is (het andere slachtoffer zou I. zijn, een zakenpartner van S.). Vervolgens instrueert de politie V. om enkele dagen later bij Bykov langs te gaan. Hij wordt voorzien van een zendermicrofoon waarmee het gesprek dat hij met Bykov voert door de politie wordt opgenomen. In overeenstemming met instructies van de politie vertelt V. aan Bykov dat hij de opdracht heeft uitgevoerd, ten bewijze waarvan hij enkele zaken van S. en I. overhandigt: een document (waarop een chemische stof is aangebracht), twee horloges van S, respectievelijk I, en een bedrag in dollars. Aan het eind van het gesprek krijgt V. dat geld van Bykov. Er is door de politie een gesprek van 16 minuten opgenomen. Tijdens een doorzoeking van het landgoed van Bykov enkele dagen later worden de horloges en het document terugge-

vonden. D.m.v. een test wordt aan zijn handen de aanwezigheid van de chemische stof aangetoond.

Bykov wordt uiteindelijk veroordeeld wegens het samenspannen tot moord en het samenspannen tot het verkrijgen, voorhanden hebben en verhandelen van vuurwapens. De opnamen die zijn gemaakt van het gesprek tussen Bykov en V worden niet als bewijs gebruikt. Wel wordt in de bewijsconstructie gebruik gemaakt van het deskundigenrapport van twee taalkundig experts; zij komen tot de conclusie dat er, kort gezegd, een natuurlijk gesprek tussen Bykov en V. heeft plaatsgevonden waaruit niet kan worden afgeleid dat er oneigenlijke druk is uitgeoefend op Bykov. De veroordeling wordt verder voornamelijk gebaseerd op verklaringen van V. (welke verklaringen door V. overigens in een later stadium door hem zijn ingetrokken: hij zou onder dreiging van S een voor Bykov belastende verklaring hebben afgelegd).

Bykov heeft ruim 20 maanden in voorlopige hechtenis gezeten tot er in eerste aanleg uitspraak wordt gedaan. Al die tijd werden daarvoor de ernst van het feit, vluchtgevaar en collusiegevaar als gronden aangegeven, zonder dat deze gronden werden onderbouwd. Ook is er tijdens de herhaaldelijke toetsing van de voortdurende van de voorlopige hechtenis niet gekeken of eventuele veranderde omstandigheden iets zouden kunnen betekenen voor de aangevoerde gronden.

EHRM

Bykov klaagt allereerst over schending van artikel 5 lid 3 EVRM. De Russische regering voert aan dat de

omstandigheden van de zaak en de persoon van de verdachte voortdurend van de voorlopige hechtenis vanzelfsprekend maakten. Het EHRM is er snel klaar mee: hoe vanzelfsprekend ook, het ontslaat de rechter niet van het onderbouwen van de beslissingen om de voorlopige hechtenis te verlengen.

Dan de schending van artikel 8 EVRM. De 'covert operation' heeft volgens klager geleid tot het onrechtmatig binnendringen in zijn huis. Het afluisteren en opnemen van het gesprek met V. acht hij een inbreuk op zijn privacy.

De Russische regering stelt zich op het standpunt dat de 'covert operation' en de opgenomen gesprekken in overeenstemming met het op dat vlak geldende recht zijn geweest; enkel voor het afluisteren of onderscheppen van communicatie die langs een bedraad netwerk of via de post plaatsvindt is een rechterlijke machtiging nodig. Daarnaast stelt de regering dat Bykov V. heeft ontvangen in zijn gastverblijf en dat er dus niet is binnengedrongen in zijn huis, waardoor de daarop van toepassing zijnde wetgeving buiten beschouwing kon blijven. Bovendien heeft Bykov V. vrijwillig binnengelaten. Ten slotte wordt aangevoerd dat deze aanpak een ultimum remedium was, maar dat hij gezien de ernst van de verdenking, proportioneel was.

Het EHRM stelt dat niet ter discussie staat dat door het optreden van de politie een inbreuk op de privacy van Bykov is gemaakt. Het EHRM verwerpt echter het standpunt van de regering dat er 'in accordance with the law' is opgetreden. Het standpunt van de regering komt er

volgens het EHRM in feite op neer dat de wet die gold niet op de omstandigheden van dit geval van toepassing waren en er ook niet naar analogie op konden worden toegepast, waardoor in feite geen enkele wettelijke regeling van toepassing was en de justitiële autoriteiten dus naar eigen goeddunken konden optreden. Het EHRM wijst er echter op dat het recht dat een inbreuk op de privacy rechtvaardigt aan kwaliteitseisen moet voldoen (de bekende eisen zoals die al in de arresten *Kruslin en Huvig tegen Frankrijk* werden geformuleerd); deze eisen van accessibility, foreseeability en overeenstemming met de 'rule of law' zijn in casu helemaal niet nageleefd, aangezien er geen enkele regelgeving van toepassing werd geacht. Dit heeft een situatie in het leven geroepen waarin de autoriteiten naar eigen goeddunken gebruik heeft kunnen maken van een verstrekkende inbreuk op de privacy, zonder dat zij aan enige regelgeving was gebonden en zonder dat er voor Bykov enige waarborg bestond. De mogelijkheid die hij volgens de regering had om voor de rechter te betogen dat het justitieoptreden onrechtmatig was en dat daarom het verkregen materiaal uitgesloten zou moeten worden acht het Hof te mager. Schending van artikel 8 EVRM.

Bykov klaagt vervolgens onder artikel 6 EVRM dat de politie hem door bedrog zelf-incriminerende verklaringen heeft laten afleggen tijdens het gesprek met V. en dat de rechter het verslag van dit gesprek tijdens het proces als bewijs heeft toegelaten. Er is sprake geweest van

een heimelijk verhoor, zonder de daarbij horende waarborgen.

De regering stelt zich op het standpunt dat Bykov een rechtmatig proces heeft gehad waarin zijn rechten zijn gerespecteerd. Zijn veroordeling berust op een heel stelsel van bewijsmiddelen, waarvan slechts een deel door de 'covert operation' is verkregen. Bykov heeft voldoende gelegenheid gehad het door hem gewraakte bewijs te betwisten.

Daarnaast stelt de regering dat op geen enkele manier het zwijgrecht van Bykov is geschonden: ten tijde van de opname zat Bykov niet gevangen en hij wist niet van het onderzoek. Hij heeft een open en vrij gesprek gevoerd met V, waarin geen sprake is geweest van uitoefening van druk. De zaak zou wat dat betreft moeten worden onderscheiden van *Allan tegen Verenigd Koninkrijk*.

Het EHRM houdt, zoals gezegd, vast aan zijn jurisprudentie, daarbij vooral verwijzend naar *Schenk, Allan en Khan*. Kort en goed: bewijsuitsluiting is primair een taak van de nationale rechter; de procedure in zijn geheel moet 'fair' zijn: de verdediging moet afdoende gelegenheid hebben gehad bewijsmateriaal te betwisten en de kwaliteit/betrouwbaarheid van het bewijs moet mede in overweging genomen worden bij de vraag of er van een eerlijk proces sprake is.

Voor wat betreft de vraag of er sprake is geweest van zelf-incriminatie wordt gerefereerd aan de eveneens bekende uitspraken *John Murray, Saunders, Allan, Jalloh* en *O'Halloran & Francis*: het zwijgrecht ligt aan de kern van een eerlijk proces, de verdachte moet

ge vrijwaard zijn van ongeoorloofde dwang om te voorkomen dat er gerechtelijke dwalingen plaatsvinden. Bij twijfel moet onderzocht worden of, in welke mate en wat voor soort dwang is gebruikt, of er waarborgen waren voor de verdachte tegen de gebruikte dwang en welke rol het door middel van dwang verkregen bewijs uiteindelijk zal spelen.

In casu overweegt het EHRM dat Bykov tijdens het proces alle bewijsmiddelen heeft kunnen betwisten. De inhoud van het opgenomen gesprek en de interpretatie die daaraan gegeven zou moeten worden zijn beide uitgebreid ter discussie gesteld en de verweren die Bykov ter zake heeft gevoerd zijn gemotiveerd verworpen. Over de wijze waarop de rechter tot die beslissingen is gekomen is door Bykov niet geklaagd. Daarbij is de veroordeling voornamelijk op ander bewijsmateriaal gebaseerd. Er is dus geen reden om aan de betrouwbaarheid van de waarheidsvinding te twifelen. Dat V. later zijn verklaring heeft ingetrokken neemt niet weg dat zijn aanvankelijke verklaring wordt ondersteund door ander bewijs (vooral over een geschil tussen Bykov en S.). Ook het gegeven dat V. nadat hij zijn verklaring introk niet meer door Bykov kon worden ondervraagd maakt dit niet anders. Bykov was eerder namelijk wel in de gelegenheid geweest om V. te ondervragen. Ook is er geen sprake van verboden zelf-incriminatie: Bykov was vrij om V. te ontmoeten en met hem te praten. Hij is niet onder druk gezet. De zaak moet dus worden onderscheiden van *Allan t. VK* waarin wel sprake was van een schending omdat daar door de poli-

tie specifiek werd aangestuurd op misbruik van de kwetsbare positie van Allan. Daarbij komt dat de rechter niet direct het gesprek als bewijs heeft gebruikt, maar het oordeel dat deskundigen erover gegeven hebben. Er is ook op dit punt dus geen sprake van een oneerlijk proces.

Beoordeling

‘So much, then, for the principles and for the (missed) opportunity afforded to the Grand Chamber to strengthen practical and effective rights’, verzucht rechter Spielmann in zijn dissenting opinion. Het is inderdaad niet echt om vrolijk van te worden. Hij (en vier andere rechters sluiten zich bij hem aan) hamert op het gegeven dat een proces in essentie niet ‘fair’ kan zijn als het bewijs dat wordt gebruikt is verkregen door middel van schending van een door het verdrag beschermd recht. Rechter Cabral Barretto staat open voor nuance: ‘prohibited evidence’ (zoals het bewijs dat door schending van artikel 3 is verkregen, zie het *Jalloh*-arrest, hoewel daar nog ruimte wordt opengelaten voor bewijs dat is verkregen na ‘inhuman or degrading treatment’) mag nooit worden gebruikt, terwijl ‘improper evidence’ (bewijs dat is verkregen terwijl een vormverzuim is geconstateerd) op zich gebruikt kan worden. Hij vindt dat er in de onderhavige zaak slechts van een vormverzuim sprake is. Een dergelijk verzuim kan, zoals de meerderheid van de Grote Kamer hier ook vond, gerepareerd worden als de verdediging voldoende gelegenheid krijgt om het bewijs te betwisten.

Spielmann et al constateren echter dat het gewraakte bewijs doorslaggevende waarde heeft gehad. Dit terwijl de andere belangrijke pijler van het bewijs (de verklaringen van V.) ook niet zonder problemen is: V. kon niet meer door Bykov gehoord worden nadat hij zijn verklaringen had ingetrokken.

Voor wat betreft het nemo tenetur-beginsel ligt de zaak als het ware tussen de casus van *Allan* en *Khan* in: Allan werd in zijn cel door een informant ‘belaagd’ (schending) terwijl het gesprek dat Khan voerde werd opgenomen in het huis van zijn gesprekspartner, zonder dat beide gespreksdeelnemers van de opname op de hoogte waren (geen schending). Bykov krijgt in zijn eigen habitat een door de politie aangestuurde informant op zijn dak, die (na een geënceneerde moord) de opdracht heeft het gesprek op bepaalde onderwerpen te voeren. Het kan heel goed zijn dat er geen sprake is geweest van ongeoorloofde pressie, maar het gegeven dat het hele optreden erop gericht was om Bykov in de val te laten lopen kan in de ogen van de dissenters weinig genade vinden. Dit bewijs is in samenhang met de verklaring van V. toch de voornaamste pijler onder de strafzaak is geweest (hoewel de *inhoud* van opgenomen gesprekken uiteindelijk in de bewijsconstructie buiten beschouwing is gelaten). Het is de vraag of het gesprek had plaatsgevonden als de autoriteiten zich niet in de zaak hadden gemengd. Rechter Costa vraagt zich af hoe het oordeel van de Grote Kamer in deze is te rijmen met bijvoorbeeld de uitspraak *Ramanauskas tegen Litouwen* (EHRM 5 februari

2008, *NJ* 2008, 499), waarin in het kader van infiltratie door de Grote Kamer unaniem een schending werd aangenomen na ongeoorloofde provocatie door de politie.

De meerderheid van het EHRM kiest hier toch voor een zwaar contradictoire benadering, waarin op een aantal punten nadrukkelijk wordt aangegeven dat Bykov zich in zijn verdediging anders had kunnen opstellen of in ieder geval voldoende ruimte heeft gehad om zijn punt te maken. En door op te merken dat Bykov niet heeft geklaagd over de wijze waarop de rechter heeft gereageerd op de verweren met betrekking tot de opgenomen gesprekken, geeft het EHRM zelfs aan dat in de procedure in Straatsburg het de door de klager ingenomen standpunt in beginsel leidend is voor de interpretatie van een klacht. Al met al een arrest dat vast weer een boel pennen in beweging zal zetten. Ongeacht de uitkomst is het een zeer lezenswaardig arrest, dat zeker met de separate opinions een fraaie bloemlezing biedt van de Straatsburgse jurisprudentie op dit vlak.

JL

EHRM 16 februari 2009, *Shabelnik t. Oekraïne*

Na *Salduz* en *Panovits* heeft het EHRM zich nog achtmaal uitgesproken over de kwestie van ‘*access to a lawyer*’. Hier wordt een van deze zaken, *Shabelnik*, besproken en gaan wij in op de te voorziene consequenties daarvan voor de Nederlandse regeling en praktijk. Dat is relevant omdat het EHRM in *Shabelnik* wederom bevestigt dat de

verdachte rechtsbijstand moet hebben gehad *tijdens* politieverhoren om aan de vereisten van artikel 6 EVRM te voldoen (zie eerder *DD* 2009, 20 en ook *Amutgan t. Turkije*, 3 februari 2009, *Cimen t. Turkije*, 3 februari 2009, *Sukran Yildiz*, 3 februari 2009, *Aslan en Demir t. Turkije*, 17 februari 2009, *Ek en Siktas t. Turkije*, 17 februari 2009, *Ibrahim Ozturk t. Turkije*, 17 februari 2009, de hier behandelde *Shabelnik t. Oekraïne*, 17 februari 2009 en *Plonka t. Polen*, 31 maart 2009). Daartoe herhaalt het Hof de zinsnede ‘*legal access to a lawyer*’ uit *Salduz* en legt het in het licht van het nemo teneatur-beginsel ruimer uit dan slechts een consultatierecht voorafgaand aan politieverhoren (zoals in *Panovits* ook al duidelijker is verwoord in paragraaf 66: ‘*legal assistance during an applicant’s interrogation*’).

Feiten

In *Shabelnik* stonden grote belangen van de verdachte op het spel. *Shabelnik* werd reeds verdacht van ontvoering en moord op een minderjarige toen hij zelf zou hebben aangegeven te willen spreken over een andere zaak. Daarop begon *Shabelnik* te verklaren over de moord op een mevrouw K. Het Oekraïense recht kent een strafbedreiging van levenslange gevangenisstraf in geval van dubbele moord. *Shabelnik* werd ondanks zijn verdenking in die andere moordzaak niet als verdachte, maar als getuige in de zaak K. gehoord. Diezelfde ‘getuigenverklaringen’ werden daarna als – zelfs voornaamste – basis voor een veroordeling tot levenslang van *Shabelnik* gehanteerd. *Shabel-*

nik klaagt over schending van artikel 6 leden 1 en 3 EVRM.

Oordeel EHRM

Het EHRM stelt voorop dat een verdachte als regel rechtsbijstand behoort te krijgen 'in particular where a deprivation of liberty is at stake, the interests of justice in principle call for legal representation' (par. 58). In de onderhavige zaak was die rechtsbijstand volgens het nationale recht ook gewaarborgd; in het Oekraïense strafprocesrecht is bijstand door een raadsman verplicht in geval van strafbedreiging van levenslange gevangenisstraf, hetgeen bij dubbele moord bij wet is geregeld. Desondanks kreeg deze verdachte geen rechtsbijstand, voorafgaand aan noch tijdens de politieverhoren. Dat terwijl het EHRM meent dat Shabelnik in ieder geval vanaf het moment van het eerste verhoor de status van getuige feitelijk verloor.

Interessant is dat in deze zaak niet kon worden vastgesteld dat de verdachte tegen zijn wil had verklaard, dan wel dat hij zijn verklaring onder druk had afgelegd, maar dat het EHRM desondanks het oordeel uitspreekt dat de verklaring *onvrijwillig moet zijn afgelegd*. Het EHRM geeft daartoe drie redenen. Allereerst is er het opmerkelijke gegeven dat ook een andere persoon dezelfde moord heeft bekend. Ook deze persoon klaagde erover dat hij door de desbetreffende verhoorder onder druk was gezet. Deze omstandigheid is veelzeggend, maar niet doorslaggevend. De tweede reden die het EHRM geeft is dat de verdachte verward kon zijn over de gevolgen van zijn verklaring. De verdachte

was weliswaar door de autoriteiten gewezen op zijn zwijgrecht, maar omdat hem tevens was verteld wat de consequenties voor hem als getuige konden zijn (meineed) én de verdachte geen rechtsbijstand *tijdens* de verhoren had gekregen, was zijn verwarring over eventuele negatieve gevolgen van het gebruikmaken van zijn zwijgrecht, zoals hij dat aangaf bij het EHRM, voorstelbaar 'especially in the absence of legal advice during that interview' (par. 59). Tot slot overwoog het EHRM dat in deze zaak de veroordeling in belangrijke mate, als het al niet uitsluitend was, was gebaseerd op de bekentenissen van verdachte die hij later introk. Een element wordt hier uitgelicht: het EHRM kon aan de vrijwilligheid van de afgelegde verklaring twijfelen omdat de verdachte geen raadsman had tijdens de politieverhoren die hem (als partijdig raadsman) zou kunnen adviseren. Wij herhalen uit de vorige rubriek: de cautie kan moeizaam als rechtsbijstand worden verstaan. Ook blijkt dat een consultatierecht voorafgaand aan het verhoor niet telkens voldoende kan zijn.

Commentaar

Salduz gaf de aanleiding en de daaropvolgende reeks aan *Salduz*-zaken kunnen de inhoud van het recht op rechtsbijstand tijdens de eerste, vaak veelbepalende, fasen van het strafproces inkleuren. Een regeling omtrent consultatie voorafgaand aan én de aanwezigheid van de raadsman tijdens het politieverhoor in Nederland lijkt niet langer te kunnen uitblijven. De vraag is echter hoe Nederland deze EHRM-jurispru-

dentie in de strafrechtspleging behoort te incorporeren.

Deze nog heikele kwestie van een bij het politieverhoor aanwezige raadsman kent vele aspecten die samenhangen met de even zoveel wijzen waarop men het onderwerp kan belichten. Daarom wordt hier besproken waartoe *Shabelnik* aanleiding zal kunnen geven: behoort, als onderdeel van het gewezen EHRM-oordeel, de afwezigheid van een raadsman tijdens politieverhoren tot twijfel over de *vrijwilligheid* van bekennende (onderdelen van) verklaringen van verdachte te leiden en behoort die twijfel redengevend te zijn voor de vaststelling dat het recht op een eerlijk proces is geschonden? Strikt genomen, hoewel het EHRM daartoe niet direct aanleiding geeft omdat hij de schending van artikel 6 leden 1 en 3 EVRM ook op de andere omstandigheden baseert, kan de link tussen vrijwilligheid van de afgelegde bekentenissen enerzijds en de schending van verdedigingsrechten anderzijds vragen opleveren ten aanzien van de rechten en plichten van zowel raadsliden als verhoorders. Deze twee kwesties worden hieronder kort besproken.

Allereerst is onzes inziens een belangrijke vraag of – en, zo ja, in welke mate – het eventuele recht van een verdachte op aanwezigheid van een raadsman tijdens politieverhoren verplichtingen voor de raadsman zal moeten meebrengen. Dit is in het bijzonder van belang omdat een raadsman door de drukte van de praktijk mogelijk niet bij alle verhooren aanwezig zal kunnen zijn en diens aanwezigheid misschien juist primair ter beoordeling aan raads-

man en verdachte gezamenlijk dient te worden gelaten.

Daarbij komt dat, hoe dan ook, de daadwerkelijk aan de raadsman gestelde verplichtingen in een juiste verhouding met diens bevoegdheden dienen te staan. Zo kan men zich afvragen of een – zoals Jebbink het noemt – genuilkorfde raadsman *kan* laten doorschemeren aan zijn cliënt wat diens zwijgrecht inhoudt of een behoorlijk verhoor *kan* garanderen; hij mag immers tijdens het verhoor onder meer de verdachte niet aankijken en mag niet praten (W. Jebbink, 'Salduz en de actieve raadsman', *NJB* 2009, p. 732-736). Kan een raadsman met de beperkte ruimte die de pilot 'raadsman bij het politieverhoor' hem biedt worden tegengeworpen dat hij niet eerst op de zitting kan klagen over (de wijze van) het verhoor, omdat hij eerder had moeten ageren en/of de verdachte eerder had moeten adviseren over het zwijgrecht en de consequenties die zijn verbonden aan het gebruik van het zwijgrecht of het afleggen van een verklaring? Als een raadsman wordt geconsulteerd, mag men inderdaad advies aan de verdachte verwachten, maar het kan geen kwaad om nu alvast na te denken over de rechtsgevolgen van een situatie waarin een raadsman niet aanwezig heeft kunnen zijn bij een politieverhoor. Kortom: de vraag ligt voor welke verantwoordelijkheden van de raadsman passen in onze strafrechtscultuur.

De tweede kwestie hangt samen met de wijze waarop men de verantwoordelijkheid voor een behoorlijk verhoor vormgeeft. In de lijn van de jurisprudentie waarin van de Neder-

landse raadsman wordt gevegd dat hij zo vroeg mogelijk in het strafproces een juridische kwestie aan de orde stelt, kan men de *Salduz*-zaken zo uitleggen dat een politieverhoor wordt voorondersteld behoorlijk te zijn, *tenzij* de raadsman ingrijpt. Daardoor zou het erop kunnen lijken dat een gedeelde verantwoordelijkheid van verdediging en verhoorders voor een behoorlijk verhoor ontstaat. Dat kan een verbetering zijn ten opzichte van de huidige situatie. Tegelijkertijd moet ervoor worden gewaakt dat verhoorders het niet langer als zelfstandige plicht (gaan) ervaren om geen ongeoorloofde druk uit te oefenen op verdachte. Dit geldt des te meer wanneer men later in het proces stelt dat de raadsman eerder of beter 'had moeten' adviseren voorafgaand aan het verhoor en/of 'had moeten' ingrijpen tijdens het verhoor. Verdachte kan dan immers al de dupe zijn van dat ongeoorloofde verhoor en/of het nalaten van diens raadsman.

Tot slot, de implementatie van deze EHRM-jurisprudentie kan niet geschieden zonder de context van de gehele strafvordering te overzien. Een strafproces waarin de verdachte op de fouten van diens raadsman wordt afgerekend – door diens afwezigheid, passiviteit, niet tijdig opmerken van onbehoorlijkheid van het verhoor, niet goed gemotiveerd ter plekke betwisten van de wijze waarop de verhoorders vragen stellen of anderszins niet als 'professionele raadsman' optreden – kan wel eens ten koste gaan van een faire strafrechtspleging. Dat kan niet de bedoeling zijn van jurisprudentie die

de minimumwaarborgen van een eerlijk strafproces duidt.

Zie ook P. de Hert, T. Decaigny en K. Weis, 'Het arrest Salduz dwingt tot aanpassing verhoor', *Vigiles* 2009, p. 1-4.

JCvV

EHRM 24 maart 2009, Poppe t. Nederland

In de vorige rubriek bespraken we de ontvankelijkheidsbeslissing in deze zaak en we kunnen nu al de beslissing ten gronde met u delen: geen schending van artikel 6 EVRM.

Poppe is door de rechtbank veroordeeld wegens onder meer medeplegen van overtreding van de Opiumwet en het deelnemen aan een criminele organisatie. Twee leden van de kamer die hem veroordeelde hadden in een andere kamer eerder al twee medeverdachten veroordeeld. In de betreffende vonnissen werd Poppe genoemd als betrokkene en mededader. Volgens de Hoge Raad (HR 18 mei 2004, *NJ* 2004, 498) leverde dit echter geen schijn van partijdigheid van de betrokken rechters op, nu op geen enkele wijze uit de behandeling van de zaak bij de rechtbank was gebleken dat zij zich gebonden achtten aan het oordeel zoals dat in de twee eerder uitgesproken vonnissen was uitgesproken.

Het enkele feit dat een rechter eerder een medeverdachte heeft be-recht hoeft, aldus het EHRM, in beginsel niet te betekenen dat de onpartijdigheid van die rechter in twijfel getrokken moet worden. Dit wordt pas anders als die rechter in een eerdere zaak uitspraken heeft

gedaan over de schuld van de later door hem te berechten verdachte. De rechtbank heeft in het eerdere vonnis tegen andere verdachten Poppe genoemd als 'vertrouweling' van de leiders van een criminele organisatie, die niet nader gespecificeerde taken uitvoerde. Of de gedragingen van Poppe voldoende waren om een strafbaar feit te constitueren en of dat feit dan ook daadwerkelijk bewezen kon worden is in die eerdere vonnissen niet aan de orde geweest. Er is geen specifieke kwalificatie gegeven aan de betrokkenheid van Poppe of aan feiten die door hem begaan zouden zijn. Van partijdigheid of vooringenomenheid bij de rechtbank was dus ook geen sprake.

De enige dissenter vraagt zich af of de volgende zin uit het tegen de medeverdachte gewezen vonnis niet tóch een kwalificatie van de betrokkenheid van Poppe en een kwalificatie van diens gedragingen behelst: 'Voor wat betreft de export van de amfetamine geldt dat D dit organiseerde, dat C₃ financierde en dat C₂ de drugs verstreekte, terwijl K, Poppe en H. het feitelijke werk verrichtten.' Dat is een goede vraag.

Zie ook *EHRC* 2009, 55.

JL

Artikel 8 EVRM

EHRM 20 januari 2009, W. t. Nederland (ontvankelijkheidsbeslissing)

Nadat de Hoge Raad zich al had uitgelaten over de vraag of de Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden ook voor jeugdigen onverkort moet

gelden (antwoord: ja. HR 13 mei 2008, *NJ* 2008, 628 m.nt. Sch) is nu het EHRM aan de beurt. W. klaagt over schending van artikel 8 EVRM; doordat bij de beslissing om bij hem DNA af te nemen en dit in de databank op te slaan geen rekening is houden met het VN-kinderrechtenverdrag, waarin is bepaald dat het belang van het kind te allen tijde voorop moet staan. De plicht om mee te werken is, volgens W., een 'civil obligation', waardoor niet de officier van justitie maar een onafhankelijke rechter de beslissing tot DNA-onderzoek zou moeten nemen. Daarnaast klaagt hij dat het opnemen van zijn DNA in de databank in strijd is met de onschuldpresumptie (artikel 6 lid 2) en dat er geen effectieve remedy is tegen het opnemen van zijn DNA in de databank (artikel 13 EVRM). Ten slotte acht W. het gelijkheidsbeginsel geschonden, omdat enkele van veroordeelden DNA wordt afgenomen en niet van alle Nederlanders (artikel 14 EVRM).

Het EHRM vindt dat de schending van artikel 8 (die ontegenzeggelijk plaatsvindt) 'in accordance with the law' is. Dat was deels al uitgemaakt in de ontvankelijkheidsbeslissing *Van Velden t. Nederland* (EHRM 7 december 2006, *EHRC* 2007, 40 m.nt. Koops). Hoe de nationale rechter de doorwerking van een verdrag in het nationale recht interpreteert, is geen zaak van het EHRM. Voor wat betreft het doel dat is gediend met de DNA-afname redeneert het Hof (in navolging van *Van Velden* en het in de vorige rubriek besproken arrest *S. and Marper t. VK* (EHRM 4 december 2008, *EHRC* 2009, 13 m.nt. Koops)

dat voor een voortvarende criminaliteitsbestrijding DNA een belangrijk hulpmiddel is. Het DNA kan enkel afgenomen bij mensen die zijn veroordeeld voor strafbare feiten van een bepaalde ernst. Het materiaal mag gedurende bepaalde tijd bewaard worden (afhankelijk van de ernst van het feit). Anders dan in *S. and Marper* is er geen sprake van een algemene en willekeurige bevoegdheid om de gegevens op te slaan. Het materiaal wordt anoniem opgeslagen en W. kan enkel in verband met andere in het verleden gepleegde strafbare feiten en/of in de toekomst te plegen strafbare feiten worden geconfronteerd met het in de databank aanwezige materiaal. Het Hof ziet in het enkele feit dat W. minderjarig is, geen aanleiding om af te wijken van zijn in *Van Velden* vastgestelde oordeel. Dit deel van de klacht is dus ongegrond. De rest van de klachten worden ook niet-ontvankelijk verklaard omdat W. de nationale rechtsmiddelen nog niet heeft uitgeput. Hiermee is kort en krachtig een punt gezet achter deze kwestie. Wij hadden er eigenlijk wel wat meer van verwacht.

JL

Zie ook *Bykov t. Rusland* hierboven.

Artikel 10 EVRM

EHRM 31 maart 2009, Sanoma t. Nederland

Wie denkt aan de rechtsbescherming van Nederlandse journalisten zal al snel aan de uitspraak in de

EHRM-zaak Voskuil denken (*NJ* 2008, 216 m.nt. E.J. Dommering, *EHRC* 2008/20 m.nt. A. Nieuwenhuis, *DD* deze rubriek, 2008-3) Anders dan in die zaak wordt in *Sanoma t. Nederland* geen schending van artikel 10 EVRM aangenomen. Het is de vraag of deze zaak aan de Grote Kamer zal worden voorgelegd, nu deze beslissing met de kleinst mogelijke meerderheid is genomen (vier tegen drie).

Feiten

Sanoma is een uitgeverij die onder meer verschillende tijdschriften op de markt brengt. Het bedrijf klaagt bij het EHRM over de inbeslagname van een CD-rom met foto's van een illegale straatrace. Sanoma stelt zich op het standpunt dat anonimiteit is beloofd aan diegenen die aan de straatrace deelnamen en dat deze CD-rom onder het journalistiek verschoningsrecht valt.

De CD-rom met de foto's van de illegale straatrace was voor de Nederlandse autoriteiten interessant omdat daarop mogelijk twee personen, A. en M., zouden staan die verdacht werden van een drietal ramkraken. Uit een afgeluisterd telefoongesprek zou blijken dat zij aan de straatrace zouden hebben meegedaan in een Audi. Later vond weer een ramkraak plaats en zag een getuige een Audi achter de vrachtwagen aanrijden waarmee de ramkraak was gepleegd. De politie achtervolgde die Audi en legde een verband met de auto die een paar weken daarvoor was gebruikt in de illegale straatrace.

Op diezelfde dag werd op basis van artikel 96a Sv uitlevering ter inbeslagneming geëist. De hoofdredac-

teur van Autoweek weigerde die uitlevering telefonisch via een medewerker met een beroep op het journalistiek verschoningsrecht. Later op diezelfde dag vond een telefoongesprek tussen de advocaat van Sanoma en twee officieren van justitie plaats. Daarin werd de advocaat van Sanoma verteld dat het ging 'om een zaak van leven en dood'. Vervolgens dreigden de politieambtenaren en de officieren van justitie de desbetreffende hoofdredacteur van Autoweek te vervolgen voor niet-naleving van een ambtelijk bevel. Bovendien werd hem verteld dat het pand van Sanoma gesloten zou worden voor een doorzoeking, die desnoods het hele weekend zou duren. Een sluiting van die duur in dat weekend zou een aanzienlijke financiële strop voor het bedrijf betekenen, omdat de foto's van het huwelijk van kroonprins Willem Alexander in dat weekend zouden worden verwerkt. Op diezelfde avond werd de hoofdredacteur van Autoweek in het pand van Sanoma aangehouden. Na aankomst van de officier van justitie werd hij weer vrijgelaten. Uiteindelijk zwichtte het bedrijf om 01.20 in diezelfde nacht en werd de CD-rom uitgeleverd door Sanoma en in beslag genomen door de officier van justitie.

Oordeel EHRM

Het EHRM stelt voorop dat een inbreuk op artikel 10 EVRM had plaatsgevonden. Een analogie met een publieke demonstratie gaat zijns inziens niet op, gezien het geheime karakter van de illegale straatrace. De tegenwerping van de Staat dat de politie toch al weet had van de illegale straatrace omdat daarbij poli-

tieambtenaren aanwezig waren geweest, overtuigde het EHRM niet. Het gaat in deze zaak immers om informatie waarover de autoriteiten beschikking wilden krijgen. De wettelijke basis voor de inbreuk op artikel 10 EVRM achtte het EHRM artikel 96a Sv en aan een grond voor de inbreuk (de bestrijding van criminaliteit) behoefde het EHRM evenmin veel woorden te wijden. De belangrijkste vraag die resteerde was daarom of de inbreuk op artikel 10 EVRM noodzakelijk in een democratische samenleving was.

Volgens het EHRM is het aan de autoriteiten om tot een afweging van de conflicterende belangen te komen. Daarbij kan veel gewicht worden toegekend aan de ernst van de misdrijven: ramkraken waarbij ook vuurwapens in het spel zijn. De overheid had naar het oordeel van het EHRM ook geen redelijk alternatief. Bovendien hadden de deelnemers aan de illegale straatrace geen hinder ondervonden nadat de autoriteiten wetenschap kregen van hun betrokkenheid. Het EHRM voegt wel aan zijn beschouwing toe dat het verontrustend is dat niet langer wettelijk vereist is dat de rechter-commissaris over dergelijke uitleveringen moet beslissen. Het Hof sluit af met de opmerking dat de handelingen van de politie en de officieren van justitie 'were characterised by a regrettable lack of moderation' (par. 63), maar concludeert uiteindelijk dat artikel 10 EVRM niet is geschonden.

Commentaar

Het EHRM geeft een duidelijk signaal af dat rechterlijke toetsing bij de inzet van verstrekkende dwang-

middelen van belang is. Bij de herziening van de wetgeving ten aanzien van de positie van de rechter-commissaris kan dit sein worden meegenomen.

Bovendien kan Nederland de opmerking van de dissenters ter harte nemen over het feit dat de Nederlandse overheid er met een 'wagging' van de 'judicial finger' afkomt. Wij wijzen erop dat de zaak *Voskuil*, een journalist die werd gegijzeld omdat hij weigerde een bron te onthullen, liet zien dat in ons land terughoudendheid van de strafvorderlijke autoriteiten in relatie tot het journalistiek verschoningsrecht niet steeds vanzelfsprekend is. De dissenters noemen de Nederlandse regels voor de bescherming van journalistieke bronnen 'draconisch'. Zij betitelen ons recht niet enkel als zodanig om reden van het gemis aan rechterlijke toetsing waardoor 'opsporingsambtenaren rechters in eigen zaak kunnen worden', maar ook omdat het journalistiek verschoningsrecht meebrengt dat de journalist de laatste moet zijn waarbij wordt aangeklopt, niet de eerste. Hoewel de krappe meerderheid niet tot een schending van artikel 10 EVRM komt, is deze lezing van de dissenters belangrijk. Het journalistiek verschoningsrecht is een fundamenteel recht dat niet voor niets bescherming geniet onder artikel 10 EVRM en dat bestaat omwille van de (bescherming van de) democratie. Het is in ons aller belang dat journalisten hun 'public watchdog'-functie behouden.

JCVV

Artikel 4 P7 EVRM

EHRM 10 februari 2009, Sergey Zolotukhin t. Rusland

Een ander belangwekkend arrest, hoewel het belang voor Nederland wat relatief is. Er is uitspraak gedaan over de interpretatie van het ne bis in idem-beginsel zoals dat is verwoord in artikel 4 van het zevende protocol van het EHRM, welk protocol niet door Nederland is geratificeerd. Waarom was dat ook alweer? In het betreffende protocol wordt in artikel 2 het recht op hoger beroep behandeld. De bewoordingen van de verdragstekst zijn zodanig dat Nederland het niet aandurft die bepaling te ratificeren; onze wet begrenst immers de mogelijkheden om hoger beroep in stellen (zie o.m. *Kamerstukken II* 2004/05, 29 800 VI, nr. 9). Overigens heeft van onze buurlanden alleen Duitsland het protocol ondertekend, maar ook niet geratificeerd.

Feiten

Zolotukhin wordt meegenomen door de politie omdat zijn vriendin zich onrechtmatig op een militaire basis bevindt. De gang van zaken is dan in drie fasen te onderscheiden. (I) In het politiebureau gedraagt hij zich opstandig en is onbeschoft tegen politiemedewerkers Y. en S., waarna besloten wordt proces-verbaal op te maken wegens een administratiefrechtelijk vergrijp. (II) Tijdens het opmaken van dat proces-verbaal, scheldt hij tegen majoor K. (III) Onderweg naar een ander politiebureau bedreigt hij K. Hij krijgt een administratieve detentie van drie dagen opgelegd wegens

verstoring van de openbare orde ('minor disorderly act'): grof taalgebruik in het openbaar en het niet reageren op vermaningen. Enkele weken later wordt er een strafzaak tegen hem aangespannen wegens (1) openbare orderverstoring, mede inhoudende obscene taalgebruik, het bieden van verzet tegen ambtenaar S. en het uiten van dreigementen tegen deze ambtenaar; (2) belediging van een ambtenaar in functie (K.) en (3) bedreigen van een ambtenaar in functie (K.). Hij wordt vrijgesproken van het eerste feit en veroordeeld voor de andere twee feiten. Zolotukhin klaagt over schending van artikel 4 P7 EHRM. (NB: de kamer van het EHRM kwam eerder tot de conclusie dat er ter zake van het eerste feit (orderverstoring) inderdaad sprake was van schending van artikel 4 lid 1 P7, maar ter zake van de beide andere feiten niet).

Na een informatieve uiteenzetting van de benadering van het ne bis in idem-beginsel in het kader van verschillende internationaalrechtelijke instrumenten, waarbij vooral diep wordt ingegaan op de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap inzake artikel 54 van de Schengen Uitvoeringsovereenkomst (SUO) en op de jurisprudentie van het Amerikaanse Supreme Court, beoordeelt het EHRM eerst of de eerste opgelegde sanctie wel 'criminal in nature' was. Met toepassing van de criteria zoals die al gelden sinds *Engel t. Nederland* (EHRM 8 juni 1976, NJ 1978, 223) komt het tot de slotsom dat de aard van het delict in combinatie met de zwaarte van de straf zodanig was dat er sprake is van een 'penal

procedure' in de zin van artikel 4 lid 1 P7.

Vervolgens gaat het EHRM op de betekenis van het begrip 'hetzelfde feit'. Het is op dit punt dat de rechtspraak van het EHRM nogal wat verschillende invalshoeken liet zien: (i) uitspraken waarin enkel naar de gedraging werd gekeken (wat wij de leer van het materiële feit zouden noemen; een tweede vervolging wegens een ander strafbaar feit dat met betrekking tot dezelfde gedraging kon worden ten laste gelegd levert strijd op met het ne bis in idem-beginsel); (ii) uitspraken waarin gekeken werd naar de verschillende juridische aspecten die aan één gedraging konden worden toegeschreven (wij zouden het de aspectenleer noemen; tweede vervolging levert juist géén strijd op); (iii) uitspraken waarin gekeken wordt naar de essentiële elementen in de verschillende delictsomschrijvingen (onze Hoge Raad zou waarschijnlijk zeggen: loopt de strekking van de delictsomschrijvingen niet wezenlijk uiteen?), waarbij in een aantal gevallen ook aandacht is voor het schuldverband dat in de delictsomschrijvingen is verwoord.

Om de rechtseenheid te bevorderen, kiest het EHRM ervoor deze benaderingen te harmoniseren. Allereerst wordt gekeken naar het onderscheid tussen 'feit' of 'gedraging' ('fact' of 'fait'; het materiële feit) enerzijds en 'strafbaar feit' ('offence' of 'infraction'; het juridische feit) anderzijds. De rechtszekerheid is het grootst als uitgegaan wordt van de leer van het materiële feit, maar de tekst van het verdrag laat een dergelijke restrictieve interpretatie niet toe; er staat immers 'offence' en het

verdrag moet geïnterpreteerd worden op een wijze die de rechten praktisch en effectief uitlegt. Een interpretatie van het ne bis in idem-beginsel waarin de nadruk wordt gelegd op het juridische feit, wordt echter ook afgewezen, omdat dat de hele strekking van het beginsel zou kunnen ondergraven. Het EHRM komt tot de slotsom dat artikel 4 lid 1 P7 zo moet worden uitgelegd dat het vervolging en/of berechting verbiedt van een tweede strafbaar feit verbiedt indien dit strafbare feit voorkomt uit 'identical facts or facts which are substantially the same'. En met 'fact' bedoelt het EHRM dan het materiële feit, de gedraging: een brede interpretatie dus, waarmee aansluiting gezocht lijkt te worden bij de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie in het kader van artikel 54 SUO.

Het ne bis in idem-beginsel begint te werken op het moment dat een nieuwe vervolging start, terwijl een eerdere uitspraak (zij het vrijspraak of veroordeling) onherroepelijk is geworden. In dat stadium van het proces staat immers vast ter zake van welke strafbaar feit iemand strafrechtelijk is veroordeeld en ter zake van welke strafbaar feit iemand nog terecht moet staan en kan dus vastgesteld worden of de feiten in beide zaken dezelfde of wezenlijk gelijkwaardig zijn. Daarbij maakt het niet of uiteindelijk slechts een deel van de aanklacht overeind blijft: artikel 4 lid 1 P7 verbiedt dubbele berechting, niet dubbele veroordeling (of vrijspraak).

Toegepast op de zaak komt het EHRM tot de conclusie dat de administratieve sanctie opgelegd moet zijn wegens de obsceniteiten en we-

derspanningheid die ten aanzien van S. zijn geuit (fase I van de gebeurtenissen). De strafrechtelijke vervolging van Zolotukhin wegens het tweede en derde feit geschiedde dus sowieso wegens gedragingen die in tijd en plaats op een later tijdstip plaatsvonden en valt dus niet onder de werking van artikel 4 lid 1 P7. De vervolging van feit 1 is echter wel in strijd met het ne bis in idem-beginsel, omdat er tussen beide vervolgingen ten aanzien van de gedragingen van Zolotukhin maar één verschil was; het bedreigen van S. was geen onderwerp van de administratiefrechtelijke sanctie maar wel van de op schending van de openbare orde toegesneden tenlastelegging in de strafzaak. De beide 'strafbare feiten' hebben dus betrekking op feiten die wezenlijk gelijkwaardig waren.

Voor schending van artikel 4 lid 1 P7 is, zoals hierboven al werd aangegeven, echter ook nodig dat er sprake is van een in kracht van gewijsde gegane uitspraak en de aanvang van een tweede vervolging. Daarvan is in casu sprake; tegen de administratiefrechtelijke sanctie stond in het geheel geen beroep open. Zolotukhin is weliswaar vrijgesproken van het eerste tenlastegelegde feit, dit neemt niet weg dat hij er wel twee keer voor is vervolgd en berecht. De vrijspraak was overigens een zuivere vrijspraak en niet gebaseerd op de constatering dat er dubbele berechting plaatsvond.

Beoordeling

Zoals aangegeven, lijkt het EHRM aan te sluiten bij de benadering die het HvJ EG heeft gekozen ten aanzien van het ne bis in idem-beginsel

zoals dat in artikel 54 SUO is neergelegd. 'Wil het HvJ onze klok een eeuw terugzetten?', vroeg Keijzer zich al af in zijn noot onder het over artikel 54 SUO gewezen arrest *Van Straaten* (HvJ EG 28 september 2006, *NJ* 2007, 56). Er is inderdaad een duidelijke discrepantie met de jurisprudentie van de Hoge Raad op dit punt, waarin er naast de gelijktijdigheid van de gedraging, wezenlijke samenhang in het handelen en de schuld van de verdachte moet zijn, terwijl de strekking van de delictsomschrijving niet wezenlijk uiteen mag lopen. Hierin is dus zowel een feitelijke als een juridische component terug te vinden. Die juridische component lijkt het EHRM geheel buiten beschouwing te laten. Als het gaat om nationale strafzaken gebieden artikel 54 SUO en artikel 4 lid 1 P7 EVRM de Nederlandse rechter echter niet tot herziening van de interpretatie van artikel 68 Sr. Had Nederland het protocol geratificeerd, dan had het arrest wellicht ook impact gehad op de in de Algemene Wet inzake de Rijksbelastingen (AWR) neergelegde una via-regeling, waarin tot op zeker hoogte ruimte wordt gelaten voor het opleggen van een zogenaamde verzuimboete *naast* strafrechtelijke vervolging ter zake van dezelfde gedraging. Zoals uit de conclusie van advocaat-generaal Wortel bij HR 13 september 2005, *NJ* 2006, 49 blijkt, was ook het EHRM zelf van mening dat een verzuim ten aanzien van belastingverplichtingen niet hetzelfde feit is als het opzettelijk niet-nakomen van die verplichtingen (hij noemt in dit verband de uitspraak *Rosenquist t. Zweden* (14 september 2004, ontv.besl., die ook in de

Zolotukhin-uitspraak wordt aangehaald). Wij kunnen ons niet aan de indruk onttrekken dat het EHRM nu toch anders tegen deze kwestie zou aankijken. Het niet doen van belastingaangifte is toch, opzettelijk begaan of niet, één feit...

JL

Rules of the court (artikel 36 en 45)

EHRM 20 januari 2009, Post t. Nederland

Een zaak die kort vermelding verdient, is de niet-ontvankelijkheidsbeslissing inzake *Post t. Nederland*. Deze klacht werd door de raadvrouw van Post ingediend en betrof de beslissing door de Rechtbank in 's-Hertogenbosch om Post in voorlopige hechtenis te houden terwijl een rechter die niet beëdigd en benoemd was deel uitmaakte van de kamer die de beslissing nam.

Het EHRM neemt de klacht echter niet in behandeling, omdat niet is gebleken dat de raadvrouw door de klager is gemachtigd een klacht in te dienen.

Binnen de periode van zes maanden werd geen volmacht door het EHRM ontvangen, ook overigens bleek niet van de wens van de klager of van redenen waarom deze termijn door de raadvrouw niet kon worden gehaald. Het EHRM geeft daarop de reactie dat niet is voldaan aan: 'this very simple yet crucial procedural requirement to submit a power of attorney within the six months' period fixed for this purpose'.

JCVV