

Rubrieken

77 Rechtspraak EHRM

In de afgelopen maanden is een niet onbelangrijke stap gezet in de strijd tegen de case-load van het EHRM: Protocol 14bis is in werking getreden. In dit protocol worden twee procedurele aspecten van het nog steeds niet in werking getreden 14e protocol alvast ingevoerd ten aanzien van staten die Protocol 14bis hebben geratificeerd. Onder meer Nederland heeft dit al gedaan en dientengevolge kan nu een unus-kamer onze kennelijk niet-ontvankelijke klachten afdoen en kan een kamer van 3 rechters de zogenaamde 'repetitive cases' afdoen. Hiermee zal een aardige efficiëncyslag kunnen worden gemaakt. Vermeldenswaardig is ook dat de zaak *Sanoma t. Nederland* (die we vorige keer bespraken; EHRM 31 maart 2009, *DD* 2009, 46, *EHRC* 2009, 70 m.nt. Nieuwenhuis; *NJ* 2009, 450 m.nt. E.J. Dommering) naar de Grote Kamer is verwezen; het was bij de Kamer een dubbeltje op zijn kant, dus dat kan nog wel een beetje spannend worden.

Artikel 2 EVRM

Positieve verplichtingen overheid: plicht (strafrechtelijke) maatregelen te nemen bij huiselijk geweld

EHRM 9 juni 2009, Opuz t. Turkije en EHRM 15 september 2009, E.S. e.a. t. Slowakije

De positieve verplichtingen van de strafrechtelijke autoriteiten zijn niet meer weg te denken uit de Straatsburgse jurisprudentie. *Opuz t. Turkije* (9 juni 2009) biedt een nieuwe invalshoek aangezien het Hof deze zaak uitdrukkelijk als een voorbeeld van huiselijk geweld beoordeelt. De zaak betreft jarenlange ernstige (en in de loop der jaren, tussen 1995 en 2002, ernstiger wordende) mishandelingen en bedreigingen door een man van zijn echtgenote (klaagster) en haar moeder (het arrest is ook besproken in *NJB* 2009, 1415 en in *EHRC* 2009/97 met noot van Ingrid Westendorp). Met regelmaat hebben de vrouwen aangifte gedaan waarop de man in kwestie werd aangehouden en kortstondig werd vastgehouden; keer op keer hebben de vrouwen vervolgens hun aangifte ingetrokken of ter terechtzitting aangegeven dat 's mans lezing van de feiten de juiste was. Daarop volgde doorgaans een einde aan de strafvervolgging; voor het aanrijden van de vrouwen in zijn auto en het bewerken van zijn vrouw met een mes is de man, ondanks het intrekken van de aanklacht, wel veroordeeld – beide keren tot betaling van een boete. In 2001 verzocht de moeder

de openbare aanklager om bescherming – de schoonzoon verscheen dagelijks aan haar deur met wapens en bedreigde haar telefonisch. Die bescherming is uitgebleven: in maart 2002 heeft de man zijn schoonmoeder, zittend naast de chauffeur van een verhuurwagen, doodgeschoten. De daarop volgende veroordeling tot levenslang werd gewijzigd in vijftien jaar omdat de man zich op bescherming van zijn eer had beroepen; hij werd vervolgens in vrijheid gesteld hangende het hoger beroep. In 2008 vroeg klagster zelf om bescherming tegen haar (inmiddels ex-)echtgenoot, die, op vrije voeten, zijn bedreigingen aan haar adres weer had opgepakt. Toen daarop geen reactie kwam, heeft klagster het EHRM gevraagd de Turkse regering aan te manen haar te beschermen. Daarop werd de plaatselijke aanklager opgedragen klagster te beschermen; de ex werd ondervraagd. Een paar maanden later vroeg klagster het EHRM opnieuw om de autoriteiten op te roepen haar leven te beschermen. De laatste actie waarvan de Turkse autoriteiten hebben bericht houdt in dat de foto en vingerafdrukken van de man op de politiebureaus zijn verspreid teneinde hem onmiddellijk te kunnen aanhouden...

Voorafgaand aan de beoordeling wordt al duidelijk dat het Hof de feiten kwalificeert als huiselijk geweld, en daarmee als een vorm van geweld tegen vrouwen: specifieke mensenrechtenverdragen ter bescherming van rechten van vrouwen, daarop ziende internationale jurisprudentie en rapporten over huiselijk geweld worden aangehaald. Deze context vergt volgens het Hof

dat de zaak in een breder perspectief wordt beoordeeld; zo geeft het Hof aan (onder artikel 2) dat huiselijk geweld een algemeen probleem met veel facetten is dat in alle lidstaten voorkomt, en dat de ernst van dit probleem wordt meegenomen bij de beoordeling en (onder artikel 3) dat de verplichtingen ex artikel 3 EVRM worden geïnterpreteerd aan de hand van o.m. het VN-Vrouwenverdrag en het (Inter-Amerikaanse) Belém do Pará Verdrag tegen geweld jegens vrouwen.

Als eerste worden de *Osman*-criteria toegepast: een verdragsrechtelijke verplichting van de overheid om in actie te komen teneinde het leven van de ene burger te beschermen tegen strafbare feiten door een andere, is aan de orde indien de autoriteiten wisten of hadden moeten weten dat er een 'real and immediate risk' bestond voor het leven van een bij hen bekende persoon, en zij hebben nagelaten maatregelen te nemen die binnen hun bevoegdheid lagen en naar verwachting het gevaar zouden kunnen keren. De centrale kwestie is ditmaal niet de vraag of er een dergelijke dreiging was en of de autoriteiten de moord op de moeder hadden kunnen voorzien – dat dat het geval was, is uit de feiten eenvoudig af te leiden –, maar of de acties van de autoriteiten kunnen worden beschouwd als redelijke maatregelen met een reële kans het gevaar af te wenden. Gelet op de maatregelen die de Turkse autoriteiten hebben genomen (aanvankelijke strafvorderlijke acties en strafvervolging, die telkens zijn beëindigd), gaat het om de vraag in hoeverre de justitiële autoriteiten een eigen verantwoordelijkheid hadden om straf-

vorderlijke acties tegen de man voort te zetten, ondanks het herhaald intrekken van de aangiftes en herzien van verklaringen door de slachtoffers. De Turkse regering stelt dat het voortzetten van vervolging tegen de wens van de slachtoffers in strijd is met het recht ex artikel 8 EVRM op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Het Hof geeft, na een overzicht van het recht van de Lidstaten, aan dat er geen consensus is over het voortzetten van een strafvervolging na intrekking van de aangifte of klacht: in sommige Lidstaten is men verplicht de vervolging voort te zetten in gevallen van huiselijk geweld, maar in de meeste Lidstaten valt deze beslissing binnen de discretionaire ruimte van de openbare aanklager, die beslist op grond van het algemeen belang. Het Hof geeft aan dat er lijkt te worden onderkend dat de autoriteiten de plicht hebben om hun maatregelen te baseren op een goed evenwicht tussen de belangen van artikel 2, 3 en 8 EVRM. Het Hof somt vervolgens een aantal factoren op dat bij deze beslissing een rol kan spelen: de ernst van het geweld, de geschiedenis van het geweld in de relatie, de kans op recidive, het effect op kinderen, gezondheid en welzijn van het slachtoffer en van anderen, bedreiging na het geweld. (Blijkens het korte overzicht van het recht van de Lidstaten zijn deze criteria afkomstig uit de praktijk van Engeland en Wales) De voor de hand liggende conclusie van het Hof is: hoe ernstiger het geweld, hoe groter de kans op herhaling, des te meer ligt voortzetting van de strafvervolging voor de hand. Toepassing van dit criterium leidt het Hof tot

de (onvermijdelijke) conclusie dat strafvervolging in dit geval noodzakelijk was: het geweld was ernstig, duurde al jaren, betrof levensbedreigende wapens en er werden constant bedreigingen geuit. De destijds toepasselijke wetgeving maakte het onmogelijk een strafvervolging voort te zetten zonder aangifte of klacht; deze wet voldeed dus niet aan de eisen van artikel 2 EVRM. Maar dit gegeven ontsloeg de justitiële autoriteiten niet van hun verplichting tot bescherming. Zij hebben niet met de vereiste zorgvuldigheid gehandeld door de man telkens te verhoren over de bij hen ingediende verzoeken van de slachtoffers en vervolgens te laten gaan. In het bijzonder hadden zij, nadat hen duidelijk was geworden dat de man met wapens rondliep, hem moeten vastzetten en zijn wapens moeten ontnemen. Ook hebben zij verzaakt de overige juridische mogelijkheden, zoals het opleggen van een straat- en huisverbod, in te zetten. Tot slot ontbreekt de voortvarende berechtiging die in het kader van de positieve verplichtingen van artikel 2 bij een levensdelict noodzakelijk is: nu, zes jaar na de moord, is er nog altijd geen beslissing in hoger beroep. De slotsom is dat het afschrikwekkend effect van het strafrechtelijk systeem is ondergraven door de wetgeving en de passieve houding van de autoriteiten.

Ten aanzien van de klacht dat de houding van de autoriteiten een schending inhoudt van de positieve verplichtingen die voortvloeien uit het folterverbod van artikel 3 EVRM, merkt het Hof op dat klaagster valt onder de categorie 'kwestbare personen', die in het bij-

zonder bescherming nodig hebben tegen schending van artikel 3 door andere individuen: zij is langdurig slachtoffer geweest van huiselijk geweld en heeft dus lichamelijke en psychologische schade opgelopen, en zij leeft in zuidoost Turkije, alwaar de situatie voor vrouwen bijzonder moeilijk is. De autoriteiten deden niet niets, maar wat zij deden voldeed niet om herhaling te voorkomen of zelfs maar te bemoedigen. De man kon telkens opnieuw ongehinderd zijn gang gaan. De gerechtelijke uitspraken zijn daarmee ineffectief geweest en wekken bovendien de indruk dat het gedrag werd getolereerd. De Turkse stelling dat klaagster een huisverbod of een plek in een opvanghuis had kunnen aanvragen, gaat niet op; die wetgeving was er tijdens het belangrijkste deel van de gewelddadige periode niet, opvang zou slechts tijdelijk zijn en bovendien: gelet op de aard van het geweld hadden de autoriteiten zelf dergelijke beschermende initiatieven moeten nemen.

Tot slot wordt geklaagd dat de inertie van de autoriteiten die een schending van de artikelen 2 en 3 oplevert, discriminatoir is jegens vrouwen. Hier komt de functie van de kwalificatie als huiselijk geweld en de betekenis van de eerder aangehaalde internationaalrechtelijke context voor de uitspraak goed naar voren. Het Hof gaat te rade bij het VN-Vrouwenverdrag en – Comité, het Belém do Pará Verdrag en de VN-Commissie voor Mensenrechten en komt tot de bevinding dat geweld tegen vrouwen en discriminatie internationaalrechtelijk worden beschouwd als twee loten van dezelfde boom. Het nalaten van

de overheid een vrouw afdoende te beschermen tegen huiselijk geweld levert dan ook een schending van het recht op gelijke behandeling voor de wet op. De situatie van vrouwen in de betreffende regio van Turkije is, blijkens rapporten van het VN-Vrouwencomité en Amnesty, ernstig: het huiselijk geweld dat gemeld wordt, wordt veelal behandeld als een private aangelegenheid, de nieuwe wetgeving ter zake wordt niet goed toegepast en er worden erg lage straffen opgelegd. Er is derhalve een prima facie aanwijzing dat het huiselijk geweld vooral vrouwen treft, dus een vorm van discriminatie is, en in stand wordt gehouden door de justitiële passiviteit. De ineffectiviteit van de nationale instrumenten om vrouwen te beschermen betekent dat klaagster niet behoefde te voldoen aan de verplichting haar klacht over discriminatie eerst aan nationale instanties voor te leggen en dat er sprake is van een schending van artikel 14 in samenhang met de artikelen 2 en 3 EVRM.

In haar noot onder het *Opuz*-arrest (waarin vooral wordt ingegaan op de artikel 14-klacht) betreurt Westendorp het dat het EHRM nalaat aan te geven dat verhuizing naar een opvanghuis voor mishandelde vrouwen geen optie is; de ‘oplossing’ dat de mishandelde vrouw en kinderen huis en haard moeten verlaten, terwijl de dader in de echtelijke woning kan blijven vertoeven is discriminatoir. In een volgend arrest betreffende huiselijk geweld, *E.S. e.a. tegen Slowakije* (15 september 2009), wordt zij (toegegeven: in hoge mate geholpen door de feiten van de zaak) op haar wenken bediend. De

klagers zijn een vrouw en haar drie kinderen, die hun huis hebben verlaten om zichzelf tegen het geweld van de echtgenoot en vader te beschermen; de vrouw heeft een strafrechtelijke aanklacht ingediend tegen haar echtgenoot wegens mishandeling en seksueel misbruik. Vervolgens verzoekt zij de rechtbank de man te bevelen het huis te verlaten. Deze maatregel kon echter slechts worden uitgevaardigd na een definitieve uitspraak in de echtscheidingsprocedure, en werd tot die tijd door de rechtbank als een disproportionele last voor de man beschouwd. De vrouw wordt aangeraden een verzoek in te dienen bij de rechtbank om de man te verbieden zich 'onbehoorlijk' jegens haar en de kinderen te gedragen. Het Constitutionele Hof oordeelt vervolgens dat de lagere gerechten de drie kinderen onvoldoende tegen het geweld van hun vader hebben beschermd. Zij hadden daartoe zelfstandig het door de moeder gewenste bevel moeten uitvaardigen. Deze uitspraak wordt als voldoende compensatie voor de slachtoffers beschouwd; geldelijke schadevergoeding wordt niet toegekend.

Het EHRM is het met de eerste klaagster eens dat het aanvragen van een bevel zich niet langer onbehoorlijk te gedragen, niet kan worden beschouwd als een effectief rechtsmiddel: een verbod op de gedragingen zoals de man die gesteld had, gold immers al ingevolge de strafwet en daarvan had hij zich eerder niets aangetrokken. Ten aanzien van de kinderen stelt het EHRM dat volgens vaste jurisprudentie een financiële compensatie moet worden geboden als rechten ex artikel 2 en 3

EVRM zijn geschonden. De uitspraak van het Constitutionele Hof heeft hun dus de status van slachtoffer niet ontnomen. De latere veroordeling van de man tot een gevangenisstraf en de latere aanpassing van de wetgeving is evenmin compensatie van de schending van de rechten ex artikel 3 en 8 EVRM: de kinderen hebben immers hun huis moeten verlaten omdat de overheid hen onvoldoende beschermd tegen het geweld van hun vader. Over de vraag of er sprake was van een schending van de positieve verplichtingen ex artikel 3 en 8 kan het Hof kort zijn: de Slowaakse gerechtelijke autoriteiten hebben zulks ten aanzien van de kinderen erkend. En aangezien de vrouw van dezelfde agressie door dezelfde man te lijden had, concludeert het Hof zonder verdere omhaal dat ook ten aanzien van de vrouw artikelen 3 en 8 EVRM zijn geschonden – ook zij had onmiddellijke bescherming nodig, maar pas na echtscheiding en wetswijziging kon de man het huis uitgezet worden. Heeft het EHRM hiermee uithuisplaatsing van de dader van huiselijk geweld als positieve verplichting erkend? Dat is niet zonneklaar. De feiten brengen mee dat het Hof alleen over deze vorm van bescherming te oordelen had en niet over bijvoorbeeld een door de overheid aangeboden opvang in een blijf-van-mijn-lijf-huis die geweigerd werd. Hoewel hier niet ten gronde op is ingegaan, is het bemoedigend dat artikel 8 en artikel 3 telkens tezamen worden genoemd, en het feit dat de kinderen hun huis hebben moeten verlaten omdat de overheid onvoldoende bescherming bood, als

kern van de schending wordt genoemd.

LvL

Artikel 3 EVRM

Geen strafrechtelijke aansprakelijkheid ministers voor Schipholbrand

EHRM 16 oktober 2009, 29 september 2009, Van Melle e.a. t. Nederland (ontv.)

Na de Schipholbrand is door een aantal 'belangenbehartigers van slachtoffers' aangifte gedaan tegen de toenmalige ministers van Justitie en Vreemdelingenzaken en Integratie vanwege hun verantwoordelijkheid voor de gang van zaken die tot de Schipholbrand kon leiden. Deze aangifte loopt op niets uit aangezien enkel bij Koninklijk Besluit of bij besluit van de Tweede Kamer aan de Hoge Raad de opdracht gegeven kan worden om voor de ambtsmisdriven waarvan de ministers werden beschuldigd vervolging in te stellen. De klacht wegens niet-vervolgving van de ministers werd door de HR dan ook niet-ontvankelijk verklaard (HR 19 oktober 2007, *NJ* 2008, 26 m.nt. E.A. Alkema). Namens deze belangenbehartigers en twee nabestaanden wordt dan een klacht ingediend in Straatsburg. Vijf overlevenden van de brand haken later ook aan. De klacht houdt in dat de ministers strafrechtelijk vervolgd moeten worden, wat zou volgen uit artikel 3 EVRM. Later wordt nog gesteld dat het Hof alternatief zou moeten besluiten dat de gedetineerden in het afgebrande complex een slachtoffer zijn geworden van onmenselijke en vernederende behan-

deling. Het Hof stelt eerst vast dat alle belangenbeharigers in casu geen slachtoffer kunnen zijn van een eventuele schending van artikel 3; zij zijn dus niet ontvankelijk. Het alternatieve deel van de klacht is te laat ingediend en dus ook niet ontvankelijk. Vijf overlevenden van de brand, die zich pas later aansloten bij de klacht, hebben dit buiten de termijn van zes maanden waarbinnen moet worden geklaagd gedaan. Zij zijn dus ook niet ontvankelijk. Uiteindelijk zijn dus slechts twee nabestaanden ontvankelijk in hun verzoekschrift.

Het EHRM oordeelt dat, gesteld dat de klagers daadwerkelijk aannemelijk zouden kunnen maken dat artikel 3 is geschonden (wat in deze ontvankelijkheidsbeslissing nog niet eens vast komt te staan), de uit dat artikel voortvloeiende verplichting niet betekent dat gedragingen die tot die schending hebben geleid strafbaar gesteld zouden moeten zijn. Wel volgt uit artikel 1 en 2 dat er een verplichting is voor de staat om een onafhankelijk en effectief onderzoek te doen als door vermoedelijke betrokkenheid van staatsfunctionarissen artikel 3 is geschonden. Dit onderzoek moet het mogelijk maken om verantwoordelijken te identificeren en te bestraffen. Dit onderzoek is in casu uitgevoerd door de Onderzoekraad voor veiligheid. Het EHRM acht het onderzoek betrouwbaar. Het rapport loog er niet om en de ministeries van Justitie en VROM kregen er fors van langs omdat onder meer bouwvoorschriften niet waren nageleefd. De betrokken ministers namen hun politieke verantwoordelijkheid en traden af. Het is echter, uit het onder-

zoek noch uit de door de klagers, gepresenteerde feiten, aannemelijk geworden dat de minister van Justitie en/of de minister van Vreemdelingenzaken en Integratie als individu hun plichten hebben verzuimd, waardoor zij strafrechtelijk aansprakelijk zouden zijn voor de brand en de gevolgen daarvan. De klacht is daardoor kennelijk ongegrond.

JL

Artikel 5 EVRM

Voortdurende voorlopige hechtenis na vernietiging bevel en interne openbaarheid tijdens voorarrest
EHRM (GC) 9 juli 2009, Mooren t. Duitsland

De uitspraak van de Kamer van 13 december 2007 bespraken we uitgebreid in de rubriek in *DD* 2008, 46 (p. 644-650). De Grote Kamer komt tot dezelfde uitspraak als de Kamer, aan de hand van een vergelijkbare motivering. Desalniettemin nog een aantal opmerkingen.

Er staan drie vragen centraal:

(1) Is het voortduren van een bevel tot voorlopige hechtenis nog 'lawful' en 'in accordance with a procedure prescribed by law' (art. 5 lid 1 EVRM) als in hoger beroep door de rechter wordt geconstateerd dat het bevel, in strijd met het nationale recht, onvoldoende weergeeft welke feiten en omstandigheden aan de verdenking ten grondslag liggen en het bevel dientengevolge vernietigd wordt? (GC 9 stemmen tegen 8: ja, geen schending);

(2) Is, na een dergelijke vernietiging, een termijn van ruim twee maanden om een nieuwe beslissing t.a.v. de

voorlopige hechtenis te nemen, terwijl de voorlopige hechtenis dus voortduurt, nog binnen de grenzen van wat in artikel 5 lid 4 'speedily' wordt genoemd? (GC unaniem: nee, schending);

(3) Is er sprake van de mogelijkheid 'to effectively challenge the lawfulness of the detention' als er voor de verdachte en zijn advocaat geen mogelijkheid bestaat tot inzage van het aan de zaak ten grondslag liggende dossier omdat het onderzoeksbelang zich daartegen zou verzetten? (GC unaniem: nee, schending).

De Grote Kamer bevestigt dus het arrest van de Kamer. Met name de beslissing ten aanzien van de eerste vraag is uitvoerig gemotiveerd. Ook gezien de stemverhouding hiervoor nog kort aandacht. Wil een bevel tot voorlopige hechtenis 'unlawful' zijn, dan moet er sprake zijn geweest van 'gross and obvious irregularity' en dat was hier volgens het Hof niet aan de orde. Er kleefde weliswaar een gebrek aan het bevel, maar daarmee was het niet direct nietig. Het onderscheid tussen een gebrek en een nietig bevel wordt, aldus het Hof, in meerdere rechtstelsels gemaakt (waarbij het ook verwijst naar *Erkalo t. Nederland*, EHRM 2 september 1998, *NJ* 1999, 624 m.nt. Kn.) en zo ook in Duitsland. In het Duitse strafrecht is het voorts bestendige jurisprudentie dat in gevallen als het onderhavige (verdenking onvoldoende met relevante feiten omstandigheden onderbouwd terwijl verdediging geen of beperkte inzage in processtukken heeft gehad), anders dan de wet voorschrijft, het terugwijzen van de zaak naar het gerecht dat het bevel heeft gegeven

de voorkeur verdient boven het nemen van een beslissing ten gronde door de appelrechter. De eerste rechter heeft immers een veel grondigere kennis van de zaak. Volgens het Hof is in deze specifieke omstandigheden het voortduren van de voorlopige hechtenis niet het gevolg van een 'gross and obvious irregularity' en is er ook geen sprake van arbitraire vrijheidsbeneming.

De acht dissenters geven in een gezamenlijke opinion onder meer aan dat het op zich nog te rechtvaardigen is dat een 'gebrekkelig' bevel tot voorlopige hechtenis niet direct nietig is. In het onderhavige geval zat het gebrek echter in de feitelijke onderbouwing van de verdenking, terwijl de verdachte nu juist op dat punt geen enkele munitie had omdat hij geen inzage had in de processtukken. Dit, gekoppeld aan de 'contra legem'-jurisprudentie die toestaat dat met voortduring van de voorlopige hechtenis, de zaak wordt teruggewezen naar de eerste rechter, maakt dat het recht op vrijheid in de onderhavige procedure onvoldoende gewaarborgd is geweest.

De tegenstelling binnen het Hof lijkt vergelijkbaar te zijn met die aangaande de vraag welke consequentie in het kader van artikel 6 EVRM verbonden zou moeten worden aan opsporingsonderzoek dat in strijd met andere in het verdrag gewaarborgde rechten (bijvoorbeeld artikel 8). We zien dat vier van de acht dissenters ook al samen optrokken in de scherpe dissenting opinion bij het in de vorige rubriek besproken *Bykov*-arrest (EHRM 10 maart 2009, *DD* 2009, 46, *EHRC* 2009, 69, m.nt. Ölcer). Het gaat wederom tussen een strakke, formele interpreta-

tie van het procesrechtelijke legaliteitsbeginsel in relatie tot een fundamenteel recht (recht op vrijheid) enerzijds en een meer vanuit het fundamentele recht beredeneerde benadering, waarin met name steeds de vraag centraal blijft staan of het recht niet is aangetast door een eventuele schending van formele regels. Toch zullen m.i. de zeer specifieke omstandigheden van het geval in deze casus al te vergaande conclusies niet rechtvaardigen.

JL

Artikel 6

Het recht aanwezig te zijn tijdens het hoger beroep

EHRM 9 juni 2009, Sobolewski t. Polen (2) en EHRM 22 september 2009, Kari-Pekka Pietiläinen t. Finland

De uitspraken in de zaken *Sobolewski t. Polen (2)* en *Kari-Pekka Pietiläinen t. Finland* geven inzicht in een tweetal aspecten van het recht van een verdachte om aanwezig te zijn tijdens het hoger beroep: (i) de afwijzing van de wens van een verdachte om aanwezig te zijn en (ii) de noodzaak van verdediging door een raadsman wiens cliënt ervoor kiest niet te verschijnen.

Het EHRM behandelt in de uitspraak in *Sobolewski t. Polen (2)* van 9 juni 2009 dit eerste aspect aan de hand van twee reeds bekende onderdelen, al lijkt het daaraan wel een nieuwe invulling te geven. Het belang van het aanwezigheidsrecht hangt ten eerste af van het karakter van de procesfase, waarbij ter zake doet of die fase enkel over het recht

handelt of ook over de feiten. Ten tweede wordt het aanwezigheidsrecht, indien (ook) de feiten worden besproken, alleen niet geschonden geacht als de verdachte onherroepelijk afstand doet van zijn aanwezigheidsrecht en deze afstandverklaring ('waiver') aan minimale waarborgen voldoet.

Sobolewski doet zijn verzoek om aanwezig te zijn zes weken voor de zitting. In zijn verzoek geeft hij onder meer aan dat de rechter in eerste aanleg fouten had gemaakt in de bewijswaardering, dat de feiten verkeerd waren vastgesteld, dat zijn veroordeling arbitrair was en dat het onschuldvermoeden was geschonden. Zijn advocaat stelt hoger beroep in op grotendeels dezelfde gronden.

Sobolewski's verzoek om aanwezig te zijn wordt door het Gerechtshof afgewezen met de opmerking dat zijn verzoek 'erg kort en vaag is' en dat zijn verzoek 'geen redenen aan geeft waarom zijn aanwezigheid noodzakelijk of vereist is'. 'De verdachte wordt bijgestaan door een advocaat, wiens aanwezigheid verplicht is in hoger beroep. Onder deze omstandigheden is zijn recht op effectieve verdediging volledig gegarandeerd.'

Het EHRM concludeert unaniem tot een schending van het recht op een eerlijk proces. Het EHRM trekt in zijn overwegingen de zaak *Hermi t. Italië*. De wijze waarop het EHRM *Sobolewski* op twee punten onderscheidt van *Hermi* in deze zaak wekt verwondering.

Het EHRM stelt dat, anders dan in *Hermi*, de afwijzing van het verzoek in *Sobolewski* niet is gemotiveerd met het argument dat zijn aanwe

zigheid niet noodzakelijk was omdat de zaak enkel over juridische kwesties zou gaan. Gelet op de motivering van het verzoek zou dat ook niet goed denkbaar zijn. Bovendien deed Sobolewski zijn verzoek niet zo laat dat uitstel van de zitting nodig zou zijn.

Deze interpretatie van *Hermi* is verbazingwekkend, omdat *Hermi* ten eerste geen verzoek deed om aanwezig te zijn, omdat hij naar eigen zeggen niet wist dat hij dit moest doen, en omdat ten tweede de afwijzing door het Gerechtshof van het verzoek tot schorsing door *Hermi*'s advocaat niet gemotiveerd werd met gronden die betrekking hadden op het eventuele belang van aanwezigheid van *Hermi* op zitting.

In *Hermi* werd bepleit dat hij had gedacht dat hij op zitting zou worden gebracht zoals dat in eerste aanleg ook was gegaan. Bovendien gaf *Hermi* aan dat de dagvaarding niet had vermeld dat hij een dergelijk verzoek had moeten doen. Voorts was het tijdens de feitelijke behandeling in hoger beroep de advocaat van *Hermi* die aangaf, toen hij merkte dat zijn cliënt afwezig was tijdens de zitting in hoger beroep, dat hij een schorsing wilde. Datzelfde verzoek om schorsing werd door het Gerechtshof afgewezen omdat *Hermi* niet voorafgaand aan de zitting verzocht had om aanwezig te zijn, zonder een vermelding over het eventuele belang van zijn aanwezigheid. De motivering betrof enkel het gebrek aan een verzoek van *Hermi* om aanwezig te zijn.

Hermi klaagde bij het EHRM dat zijn recht om aanwezig te zijn was geschonden. De Grote Kamer stelde vast dat de dagvaarding een derge-

lijke uitleg over het verzoek weliswaar niet gaf, maar weet de afwezigheid van *Hermi* in essentie aan zijn raadsliden die hem op de hoogte 'hadden moeten stellen' van de wijze en het moment waarop hij een dergelijk aanwezigheidsverzoek had moeten doen (Para. 92: 'It is regrettable that the notice did not indicate that it was for the applicant to request, at least five days before the date of the hearing, that he be brought to the hearing room (see paragraph 17 above). However, the State cannot be made responsible for spelling out in detail, at each step in the procedure, the defendant's rights and entitlements. It is for the legal counsel of the accused to inform his client as to the progress of the proceedings against him and the steps to be taken in order to assert his rights.' Zie ook E. Myjer, 'In toga venenum? the limits of freedom of expression in and around the courtroom in the case-law of the European Court of Human Rights', beschikbaar op http://www.coehelp.org/file.php/14/resources/eng/training_materials/In_toga_venenum.doc).

De wijze waarop in *Sobolewski* uitleg wordt gegeven aan *Hermi* kan duiden op slordigheid. Een andere optie is dat het EHRM toch een wat sterker accent heeft willen leggen op het belang van het aanwezigheidsrecht en niet slechts de effectuering daarvan op het bordje van de raadsman heeft willen leggen. Voor dat standpunt valt ook wat te zeggen.

Het tweede aspect van het aanwezigheidsrecht ten tijde van het hoger beroep komt aan de orde in *Kari-Pekka Pietiläinen t. Finland* van 22 september 2009 waarin het

EHRM concludeert dat de raadsman de verdediging van een niet-verschienen verdachte had moeten kunnen voeren. Het EHRM stelt voorop dat de ongerechtvaardigde afwezigheid van een verdachte wel ontmoedigd mag worden, maar dat wanneer de raadsman aanwezig is en zijn afwezige cliënt wil verdedigen, hem in beginsel moet worden toegestaan dit te doen.

Hoewel *Kari-Pekka Pietiläinen* in de dagvaarding wordt gewaarschuwd dat eventuele afwezigheid tijdens de 'hoofd'-zitting met beëindiging van het hoger beroep wordt gesanctioneerd, verschijnt de verdachte niet op de eerste zittingsdag. Tevergeefs wordt getracht hem te bereiken, maar zijn raadsman geeft aan dat zijn aanwezigheid niet noodzakelijk was, omdat hij alleen zou worden gehoord tijdens de derde zittingsdag. Of de raadsman gemachtigd is en/of hij heeft gemeld dat hij de verdediging had voorbereid met zijn cliënt is niet bekend.

Het Finse Gerechtshof eist een 'geldig excuus' voor de afwezigheid van de verdachte, maar accepteert de medische verklaring en twee medische documenten die de verdachte daartoe later overlegt niet. Deze zouden enkel bewijzen dat hij acht dagen ná de eerste zittingsdag was behandeld. Bovendien had hij de behandeling van zijn chronische ziekte met het oog op de zittingsdagen kunnen plannen.

Het EHRM accepteert deze 'bij uitstek rigide en zware sanctie' op de afwezigheid van de verdachte tijdens zijn hoger beroep niet en geeft daartoe belangrijke nieuwe overwegingen. Het koppelt 'het recht voor partijen in het proces om hun in-

breng te hebben die zij cruciaal achten in de zaak' aan het recht van de verdachte om te worden 'gehoord'. Dat laatste houdt in dat 'zijn inbreng naar behoren moet worden onderzocht door de feitenrechter'. De feitenrechters zijn daarom 'verplicht om daadwerkelijk hetgeen aan hen wordt voorgelegd, de argumenten en het bewijs, te onderzoeken'. Zij moeten dat doen 'zonder vooringenomen te zijn over de alsnog te bepalen relevantie van die materialen'. Het EHRM brengt deze koppeling in verband met het recht op toegang tot een gerecht en het recht van de verdachte om zijn veroordeling te laten herzien.

Het EHRM concludeert tot een 'plicht' van het Finse Gerechtshof om de raadsman, die aanwezig was tijdens de zitting, de verdediging van de afwezige verdachte te laten voeren. Meer zaakspecifiek geeft het EHRM aan dat de aanwezigheid van de verdachte op een zitting waarop getuigen worden gehoord niet strikt noodzakelijk is, hoewel het ook toegeeft dat het karakter van deze zitting niet geheel duidelijk was. Bovendien was in de dagvaarding niet opgenomen dat afwezigheid op een van de zittingsdagen zou worden uitgelegd als algehele afwezigheid. Een unaniem besluit tot schending volgt, in een lijn zoals deze al eerder was uitgezet door de meerderheid in *Poitrinol t. Frankrijk* (vijf tegen vier) (toen de minderheid gewicht toekende aan de reden van de verdachte om niet te verschijnen (mogelijke arrestatie)). Het is de vraag wat deze benadering betekent voor de nogal strikte uitleg die de Hoge Raad geeft aan artikel 279 Sv (gemachtigde raadsman).

JCVV

Salduz-gerelateerde zaken

EHRM 24 september 2009, Pishchalnikov t. Rusland en EHRM 13 oktober 2009, Dayanan t. Turkije

Recente EHRM-jurisprudentie is relevant voor de beantwoording van twee vragen die in voorafgaande rubrieken zijn gesteld: (i) wanneer voldoet rechtsbijstand niet aan de standaard van *effectieve* verdediging in artikel 6 lid 3 c EVRM en (ii) welke richtlijnen voor rechtsbijstand voorafgaand aan en/of tijdens het politieverhoor komen voort uit de *Salduz*-jurisprudentielijn.

De uitspraak in de zaak *Pishchalnikov t. Rusland* op 24 september 2009 geeft enig inzicht in beide vragen: (i) de kwestie van ineffektieve verdediging en (ii) het recht van een verdachte op 'access to a lawyer' in het kader van politieverhoren. Voor het eerste onderwerp geldt dat in *Pishchalnikov* het EHRM besluit dat het niet hoeft te beoordelen of latere rechtsbijstand ineffektief is geweest omdat een volledig uitblijven van rechtsbijstand in de vroege fase op zich de conclusie van een schending van artikel 6 EVRM draagt. Ten aanzien van het tweede onderwerp geldt dat *Pishchalnikov* aanwijzingen geeft voor de wijze waarop een verdachte geacht kan worden afstand te hebben gedaan van zijn recht op rechtsbijstand, de zogeheten 'waiver'.

Feiten

Pishchalnikov wordt gearresteerd voor een overval met geweld waar-

bij een lading uit een truck wordt gestolen en wordt diezelfde dag nog door de politie verhoord. De regering en Pishchalnikov geven allebei een andere weergave van de wijze waarop tijdens de politieverhoren over rechtsbijstand is gesproken. De regering stelt dat Pishchalnikov nadat hij door de politieambtenaar op zijn rechten was gewezen, reageerde met de algemene opmerking dat hij voornemens was advocaat L te raadplegen. Pishchalnikov bevestigt dat hij L's naam heeft opgegeven aan de verhorend politieambtenaar, maar stelt dat hij om deze raadsman heeft verzocht en daartoe eveneens een telefoonnummer en het huisadres van L heeft gegeven. In dit eerste verhoor bekent Pishchalnikov, zonder rechtsbijstand, dat hij met zes anderen naar een snelweg is gegaan om door oplichting een lading te stelen en dat een van deze zes medeverdachten een wapen bij zich droeg.

De daaropvolgende dag wordt Pishchalnikov wederom zonder rechtsbijstand verhoord. Van dit verhoor ontvangt het EHRM geen proces-verbaal, hoewel het de regering hierom wel expliciet verzocht. Pishchalnikov stelt dat zijn verzoek om rechtsbijstand nogmaals werd genegeerd. De regering daarentegen poneert de stelling dat Pishchalnikov óf akkoord ging met een verhoor zonder rechtsbijstand óf nadrukkelijk rechtsbijstand weigerde. Dat zou volgen uit processtukken van latere onderzoekshandelingen. Ten eerste zou uit het proces-verbaal van de later op die dag verrichte schouw blijken dat Pishchalnikov akkoord ging met een verhoor zonder rechtsbijstand. Hij zou nadat de aanklager

hem informeerde over zijn recht om zichzelf niet te belasten en deze hem vroeg mee te werken zonder rechtsbijstand, geen bezwaar hebben gemaakt en het proces-verbaal hebben ondertekend. Ten tweede zou het proces-verbaal van latere verhoren, die plaatsvonden nadat hij reeds in staat van beschuldiging was gesteld, de conclusie rechtvaardigen dat Pishchalnikov uitdrukkelijk rechtsbijstand had geweigerd. Handgeschreven notities van Pishchalnikov in het dossier zouden aantonen dat hij rechtsbijstand niet had afgewezen bij gebrek aan geldelijke middelen, maar uit angst voor een mogelijk 'informatielek' als hij een advocaat zou inschakelen. Wat daarvan ook zij, tijdens deze tweede verhoorsessie beschrijft Pishchalnikov gedetailleerd de voorbereidingen voor de beroving, de vergaderingen met de medeverdachten en de diefstal. Pishchalnikov bekent ook andere misdrijven, zoals moord, kidnapping, een kaping en onrechtmatig bezit van wapens, waarvoor hij overigens later niet wordt vervolgd.

EHRM

Het EHRM behandelt de klacht over de beperking van Pishchalnikov's verdedigingsrechten doordat hij in het geheel geen toegang tot een advocaat had voorafgaand aan en/of tijdens politieverhoren door twee aspecten centraal te stellen: (i) een beperking van het recht op rechtsbijstand, (ii) een eventuele rechtvaardiging daarvoor.

Het EHRM beoordeelt het eerste aspect, de vraag of het recht van Pishchalnikov op rechtsbijstand is beperkt, niet enkel formeel, maar onderzoekt ook de reden daarvoor.

Hoewel het EHRM moet toegeven dat een meningsverschil bestaat tussen Pishchalnikov en de regering over de exacte bewoordingen waarmee Pishchalnikov om advocaat L heeft verzocht, geeft het aan deze kwestie niet te hoeven oplossen. Pishchalnikov heeft zijn wens omtrent rechtsbijstand afdoende duidelijk gemaakt. Het uitspreken van deze wens op zich vergt van de autoriteiten dat zij hem van rechtsbijstand voorzien, tenzij dwingende redenen een afwijzing hiervan rechtvaardigen. Het EHRM trekt de stelling van de regering dat de onderzoeksautoriteiten tevergeefs hebben getracht advocaat L te bereiken in twijfel, maar concludeert dat hoe dan ook meer van de autoriteiten wordt geëist. Het had op de weg van de autoriteiten gelegen om in het geval dat advocaat L niet beschikbaar was een andere advocaat toe te voegen of Pishchalnikov hierover te informeren. Zij hadden in een dergelijk geval moeten suggereren dat Pishchalnikov een andere advocaat zou kunnen zoeken.

Het tweede aspect, de vraag of een rechtvaardiging bestaat voor deze beperking van Pishchalnikov's recht op rechtsbijstand, wordt onderzocht in het licht van de waiver. De reden hiervoor is tweeledig. Allereerst is door de regering geen (andere) verklaring geboden voor het gebrek aan toegang tot een advocaat. Ten tweede geeft de regering uitdrukkelijk aan dat Pishchalnikov afstand heeft gedaan van zijn recht op rechtsbijstand door vrijwillig zijn verklaring af te leggen. Het EHRM accepteert een dergelijke (impliciete of uit gedrag af te leiden) waiver niet en geeft daarmee interessante aan-

wijzingen voor een dergelijke afstandverklaring die ook voor Nederland essentieel zijn.

Het EHRM geeft voor het eerst in deze jurisprudentielijn aan dat het een zeer strenge standaard voor een waiver van het recht op rechtsbijstand vereist. Het EHRM baseert deze strengere standaard op het idee dat het recht op een advocaat 'een fundamenteel recht' is dat eveneens de effectiviteit van de andere waarborgen in artikel 6 EVRM garandeert. Het EHRM acht het een recht bij uitstek dat de speciale bescherming van de strengere standaard van een 'geïnformeerde en doordachte waiver' vergt (paragraaf 78: 'the knowing and intelligent waiver standard'). Hiermee bepleit het EHRM niet dat een verdachte, mits hij van tevoren geïnformeerd is over zijn rechten, niet op geldige wijze afstand kan doen van zijn recht op rechtsbijstand. Het EHRM bedoelt hiermee ook niet dat een verdachte niet vrijwillig zijn verklaring kan afleggen in de setting van een verhoor. Maar het EHRM geeft wel aan dat additionele waarborgen nodig zijn wanneer de verdachte om een raadsman vraagt, omdat 'als de verdachte geen raadsman heeft hij weinig kans heeft om geïnformeerd te geraken over zijn rechten'. Bovendien zou er 'weinig kans zijn dat deze zullen worden gerespecteerd' (paragraaf 78).

Deze aanvullende waarborgen mogen niet louter de cautie of een afstandverklaring op een formulier waarop verdedigingsrechten staan geformuleerd zijn. Een dergelijke waiver moet bovendien niet enkel 'expliciet en onherroepelijk zijn', maar ook op het initiatief van de

verdachte – niet op instigatie van de autoriteiten – plaatsvinden. Het EHRM expliciteert in dat kader dat een verdachte zonder rechtsbijstand niet voorondersteld kan worden ‘voldoende kennis, ervaring of zelfs voldoende zelfvertrouwen’ te hebben om de beste keuze te maken ten aanzien van de verhoren. Het EHRM houdt het voor mogelijk dat een verdachte geen bezwaar maakt tegen de continuering van een verhoor als hij geen rechtsbijstand krijgt. Ook kan niet worden uitgesloten dat hij een bekentenis (juist of vals) aflegt omdat hij dit ziet als enige uitweg uit het verhoor. Bovendien kan, meer zaakspecifiek, niet worden voorondersteld dat Pishchalnikov de consequenties van de voortgang van het verhoor zonder rechtsbijstand voor zijn zaak heeft kunnen overzien nu hij geen rechtsbijstand had in dit onderzoek naar zeer zware misdrijven.

Ten slotte geeft het EHRM nog een overweging ten aanzien van het negatieve effect dat een geheel uitblijven van rechtsbijstand in deze vroege onderzoeksfase op ‘de algehele eerlijkheid van het strafproces’ heeft. Hierbij is het van groot belang dat de beperking van Pishchalnikovs recht op rechtsbijstand op zich – en het EHRM stelt dit nadrukkelijk – voldoende is om een schending te concluderen. Desalniettemin verdienen de algemene redenen die het EHRM geeft voor het belang van rechtsbijstand – niet enkel in deze fase van de politieverhoren – bespreking. Het EHRM geeft als startoverweging dat het strafrecht en strafprocesrecht ‘behoorlijk complex’ zijn. Het is een technische aanlegenschap die vaak onbegrijpelijk

is voor leken. In vrijwel ieder stadium van het strafproces moeten beslissingen worden genomen die als deze verkeerd zijn, onherstelbare schade kunnen aanrichten. Betrouwbare kennis van het recht en van de rechtspraak zijn door de bank genomen noodzakelijk om de consequenties van dergelijke beslissingen in te kunnen schatten. Zonder rechtsbijstand van een advocaat, die de verdachte juridisch advies kan verlenen en hem technische vaardigheden kan bieden, kan de verdachte niet volledig en niet met alle daarvoor benodigde kennis gebruik maken van de rechten die hem in het strafproces worden geboden. Daarbij komt dat een verdachte extra kwetsbaar is in een verhoor, hetgeen in de zaak van Pishchalnikov werd verergerd door het feit dat het intense verhoren waren. Bovendien heeft, ook meer zaakspecifiek, Pishchalnikov zijn verklaringen in latere procesfasen ingetrokken en hadden ook de nationale rechters geconcludeerd dat zijn recht op rechtsbijstand was geschonden. Desalniettemin zijn deze belastende verklaringen voor zijn veroordeling gebruikt. Naast het belang van deze algemene redenen voor de noodzaak van rechtsbijstand in het strafproces, is vooral ook deze laatste terugkoppeling cruciaal. De terugkoppeling van belastende verklaringen die zijn afgelegd zonder rechtsbijstand tijdens politieverhoren aan het gebruik daarvan voor een latere veroordeling is de opmaat voor de andere relevante zaak, hoewel – het wordt nogmaals benadrukt – ook al in *Pishchalnikov t. Rusland* wordt geconcludeerd dat geen rechtsbijstand in de fase van politieverhoren op

zich tot een schending van artikel 6 EVRM leidt.

In de uitspraak in de zaak *Dayanan t. Turkije* van 13 oktober 2009 krijgt onder meer de jurisprudentie over rechtsbijstand voorafgaand aan en/of tijdens het politieverhoor van het EHRM verder vorm. Dit geldt in het bijzonder voor het belang van rechtsbijstand dat onafhankelijk van het eventuele gebruik van verklaringen die tijdens verhoren zijn afgelegd voor een latere veroordeling bestaat.

Feiten

In deze zaak waarin de klager is gearresteerd vanwege vermoedelijk lidmaatschap van een illegale gewapende organisatie, Hizbullah, krijgt de verdachte geen rechtsbijstand tijdens zijn politiedetentie. Hij tekent een formulier waarop zijn rechten staan uitgelegd en hij wordt geïnformeerd over zijn zwijgrecht en over zijn recht op rechtsbijstand. Van cruciaal belang in deze zaak is dat Dayanan werd ondervraagd, maar gebruik maakte van zijn zwijgrecht tijdens de politieverhoren. Pas tijdens de eerste zitting doorbreekt hij zijn zwijgen.

EHRM

Ditmaal geeft het EHRM voor het eerst expliciet aan dat het recht van een verdachte op rechtsbijstand, vanaf het moment dat hem zijn vrijheid is ontnomen, 'onafhankelijk' bestaat van de verhoren die hij moet ondergaan (paragraaf 32: 'pouvoir bénéficiaire de l'assistance d'un avocat et cela indépendamment des interrogatoires qu'il subit'). Een procedure is pas eerlijk wanneer de ver-

dachte het gehele scala aan rechtsbijstand kan verkrijgen (idem: 'obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil'). Het EHRM noemt als 'fundamentele elementen' van de rechtsbijstand die de raadsman hem in vrijheid moet kunnen verlenen: de discussie over de zaak, de organisatie van de verdediging, het verkrijgen van bewijs dat ten gunste is van de verdachte, de voorbereiding van de verhoren, de bijstand van een behoeftige verdachte en de controle op de detentieomstandigheden (paragraaf 32). Het is dus niet enkel een recht dat bestaat voor verklarende verdachten, maar ook voor hen die gebruik maken van hun zwijgrecht. Bovendien kan het ook rechtsbijstand tijdens politieverhoren omvatten blijkens de zinsnede de bijstand van een behoeftige verdachte. Ook hoeft geen enkele lidstaat zich te beperken tot deze minimumwaarborgen.

De systematische beperking van de verdedigingsrechten van een verdachte op grond van de relevante wettelijke bepalingen die toegang tot een advocaat in deze fase niet vereisen, is voldoende basis voor het EHRM om unaniem tot schending van artikel 6 lid 1 j° 3 c EVRM te concluderen.

Commentaar

Uit beide arresten, maar mogelijk het meest duidelijk uit *Dayanan t. Turkije*, blijkt een loskoppeling van enerzijds het recht op rechtsbijstand in de fase van het vooronderzoek waarin een verdachte aan verhoren wordt onderworpen en anderzijds het gebruik van (delen van de) verklaringen van de verdachte voor

diens veroordeling. Ondanks het feit dat in Nederland de keuze is gemaakt voor uitsluiting voor het bewijs van verklaringen die zijn afgelegd zonder juridisch advies voorafgaand aan politieverhoren, is het interessant om de implicaties van *Dayanan t. Turkije* te beoordelen. Het EHRM geeft in deze zaak aan dat een structurele beperking van een verdachte om zijn raadsman te kunnen raadplegen in het kader van de aan hem toebedeelde taken – waaronder de voorbereiding van verhoren, maar niet uitsluitend –, in strijd is met het recht op een eerlijk strafproces. Zelfs de rechten van een zwijgende verdachte kunnen dus worden geschonden wanneer hij geen rechtsbijstand krijgt voorafgaand aan en/of tijdens zijn verhoren.

Het EHRM motiveert in *Dayanan t. Turkije* veel minder uitgebreid dan in de eerder besproken zaak *Pishchalnikov t. Rusland*. De combinatie van beide zaken laat evenwel duidelijk zien dat een systematische beperking van rechtsbijstand voorafgaand aan en/of tijdens politieverhoren, ook al wordt een cautie en/of een afstandverklaring gehanteerd, het recht van een verdachte op een eerlijk strafproces kan schenden.

Daarnaast blijkt meer specifiek uit *Pishchalnikov t. Rusland* dat de rechten van de verdachte door het gebrek aan rechtsbijstand tijdens de eerste politieverhoren zodanig kunnen zijn geschonden dat een separate beoordeling van de vraag of hij daarna effectief werd bijgestaan door een advocaat niet nodig is. Hiermee wijkt het EHRM af van de vaker aangetroffen beoordeling van de zaak ‘in zijn totaliteit’ waarin het

tekortkomingen in eerdere fasen door een latere fase gerepareerd acht. Een gebrek aan rechtsbijstand tijdens de eerste politieverhoren kan de procedure onherstelbaar negatief beïnvloeden.

Zelfs een statische benadering van *Salduz*-jurisprudentie kan dus niet langer beperkt blijven tot conclusies die kunnen worden getrokken op grond van *Salduz* alleen, maar moet ook deze inzichten incorporeren (zie de conclusie van advocaat-generaal Knigge bij de arresten *LJN 08/02411*, *08/03143* en *08/03991*). Hierbij past in ieder geval niet een al te restrictieve benadering voor de verdachten die bescherming verdienen, in ieder geval niet enkel minderjarigen (*Salduz* en *Panovits*) of anderen die om andersoortige redenen kwetsbaar in het verhoor zouden kunnen zijn (*Plonka*, de eventuele alcoholverslaving van de verdachte). Datzelfde geldt voor een beperking tot een beschermingsniveau dat is gerelateerd aan het – op dat moment meestal nog potentiële – latere gebruik van belastende (delen van) verklaringen van de verdachte.

JCV

Vormverzuim en fair trial

EHRM 28 juli 2000, Lee Davies t. België

Op 26 november 1998 voert de politie van Veurne (B) een controle uit op een industrieterrein. Het terrein is omheind en enkel toegankelijk via een hek, dat openstaat. Op het terrein staan meerdere barakken en een hoofdgebouw. Tijdens hun rondgang op het terrein merken de

politieambtenaren twee personen op die bezig zijn kisten te laden in een vrachtwagen met een Engels kenteken. Ze besluiten om van dichterbij te gaan bekijken wat zich bij de vrachtwagen afspeelt. Zij stuiten op B (naar later blijkt de chauffeur van de vrachtwagen), die nog in zijn een-tje buiten staat. Hij ontkent de andere persoon te kennen en ontkent ook te weten wat er in de dozen zit. Op zoek naar de tweede persoon betreden de politieagenten een van de barakken (waar licht brandt), waarin zij een grote hoeveelheid dozen alsmede een auto met Frans kenteken (motor nog warm) aantreffen. Zij openen een van de dozen en vinden daarin pakken tabak. De verbindingsdeur tussen de barak en het hoofdgebouw zit op slot, maar de politieagenten vinden in een kledingstuk een sleutel en gaan naar binnen. Daar vinden zij Lee Davies en handlanger K bij de wc's. Zij weigeren te vertellen wat er in de dozen zit die achterin de auto staan. De politieagenten vorderen Lee Davies dan er een te openen. In de doos blijkt cannabis in te zitten. Uiteindelijk worden 25 pakken marihuana en 25 pakken à 225 gram hasjiesj gevonden. Nader onderzoek wijst uit dat de heren zich samen met enkele anderen bezig houden met drugshandel. Lee Davies en K worden als medepleger van de handel in verdovende middelen vervolgd. Op 29 mei 2001 worden ze door de Correctionele Rechtbank te Veurne vrijgesproken vanwege onrechtmatige bewijsgaring. Het openbaar ministerie gaat in appel en voert aan dat de politieagenten binnen de grenzen van artikel 26 van de Wet op het Politieambt hebben gehan-

deld ('politieambtenaren kunnen steeds de voor het publiek toegankelijke plaatsen alsook de verlaten onroerende goederen betreden teneinde toe te zien op de handhaving van de openbare orde en de naleving van de politiewetten en -verordeningen'). Lee Davies stelt echter dat er onrechtmatige doorzoeking heeft plaatsgevonden omdat de gebouwen vanwege zijn professionele activiteiten aldaar als 'woning' (artikel 8 EVRM, artikel 15 Belgische Grondwet) moesten worden aangemerkt.

Het Hof van Beroep te Gent veroordeelt Lee Davies en K. Het is van mening dat het industrieterrein een publiek toegankelijke plaats is en dat het optreden van de politieagenten tot aan het betreden van de loods dus rechtmatig is. De loods en het afgesloten hoofdgebouw zijn volgens het hof niet als woning aan te merken, maar ook niet als publiek toegankelijk of als een verlaten gebouw. De politie had daar dus niet zomaar naar binnen mogen gaan. Ook de functie van toezichthouder rechtvaardigde niet de gewraakte doorzoeking. De wet verbindt echter geen specifiek gevolg aan een geconstateerde onrechtmatigheid en het hof oordeelt dat de onrechtmatigheid geen afbreuk doet aan de waarde van het gevonden bewijs, terwijl de verdachten hun verdedigingsrechten binnen een contradictoire procedure hebben kunnen uitoefenen. Er is aldus volgens het hof een eerlijk proces geweest. Er zijn strafbare feiten gepleegd die een ernstige inbreuk op de rechtsorde vormen, terwijl het recht op de privacy wel min of meer is gerespecteerd.

In cassatie oordeelt het Hof van Cassatie dat het EVRM noch de Belgische wet voorschrijft dat onrechtmatig bewijs moet worden uitsloten. Het is aan de rechter om te oordelen welke consequentie er aan een onregelmatigheid moet worden verbonden. In België is het sinds een aantal jaren jurisprudentie dat de rechter slechts bewijs zal moeten uitsluiten (i) als vormvoorschriften zijn geschonden die op straffe van nietigheid zijn gesteld; (ii) als door de onregelmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs is aangetast; (iii) als het gebruik van het bewijs onverenigbaar is met het recht op een eerlijk proces. De rechter moet daarbij onder meer acht slaan op de volgende omstandigheden: (i) of de onrechtmatigheid bewust is begaan; (ii) of het strafbare feit zwaarder weegt dan de gepleegde onrechtmatigheid en (iii) of het verkregen bewijsmateriaal slechts ten dele bijdraagt aan de bewezenverklaring. Lee Davies klaagt over schending van artikel 8 en artikel 6 EVRM.

Oordeel EHRM

Ten aanzien van artikel 8 EVRM merkt het Hof slechts droogjes op dat het argument van Lee Davies dat de doorzochte gebouwen door hem werden gebruikt voor zijn professionele handelsactiviteiten niet zoveel hout snijdt, nu van de 'officieel' door hem bedreven antiëkhandel ter plaatste niets is waargenomen op deze overduidelijk op drugshandel ingerichte lokaliteit. Deze drugshandel kan niet als een professionele activiteit die onder de werking van artikel 8 EVRM valt worden gezien. Daarbij was Lee Davies niet de huurder van de lokalen. De

klacht is niet verenigbaar met een bepaling van het verdrag.

De klacht over schending van artikel 6 wordt ook afgewezen. In de gebruikelijke standaardoverwegingen overweegt het EHRM dat het enkel bekijkt of 'la procedure dans son ensemble a été équitable', waarbij vragen met betrekking tot bewijsuitsluiting eerst en vooral door de nationale rechter moeten worden beantwoord. Het Hof zal dan beoordelen of de verdediging in een adversaire procedure en met gelijkheid van wapenen het gewraakte bewijsmateriaal voldoende heeft kunnen onderzoeken en betwisten. Het Hof haalt daarbij bekende arresten als *Khan t. VK*, *Allan t. VK* en *Bykov t. Rusland* aan, waarbij het aantekent dat in die uitspraken steeds wél een schending van artikel 8 was aangenomen. Daarin onderscheidt onderhavige zaak zich dus. Het Hof oordeelt dat in de (bestendige) Belgische jurisprudentie de rechter een grote discretionaire ruimte heeft ten aanzien van de gevolgen die aan een vormverzuim moeten worden. Het Gentse hof heeft duidelijk afgewogen welk deel van het politieoptreden onrechtmatig was, maar heeft daartegenover gesteld dat verdedigingsrechten konden worden uitgeoefend en dat de onrechtmatigheid betrekkelijk onschuldig was ten opzichte van de ernst van de geconstateerde feiten.

Het EHRM benadrukt eveneens dat het inderdaad het respecteren van de verdedigingsrechten is dat in belangrijke mate doorslaggevend is voor de eerlijkheid van het proces en onderzoekt of de verdediging in staat is geweest de authenticiteit van het vergaarde materiaal ter discussie

te stellen en aldus het gebruik ervan te bestrijden. Als het vergaarde bewijsmateriaal van hoge kwaliteit is, zal de behoefte aan steunbewijs afnemen. In casu is er volgens het EHRM geen enkele twijfel over de betrouwbaarheid en de waarde van het vergaarde bewijs. Lee Davies heeft in drie gerechtelijke instanties het gebruik van het bewijs kunnen aanvechten. Daarmee is volgens het EHRM voldoende tegemoetgekomen aan de eisen die artikel 6 EVRM stelt aan een eerlijk proces.

Commentaar

Een plaats (geen woning) waar enkel criminele activiteiten worden ontplooid valt niet onder artikel 8 EVRM; het onrechtmatig doorzoeken van zo'n plaats levert geen schending van artikel 6 op. Een onderscheid tussen het betreden van plaatsen en doorzoeken wordt overigens niet gemaakt; de termen worden door elkaar gebruikt. Het arrest geeft geen enkele duidelijkheid over de aanleiding van het onderzoek van de politie. Was er een melding? Liep de politie toevallig langs een verlaten industrieterrein? En welk vermoeden hadden de politieagenten toen zij zagen dat er dozen ingeladen werden?

Dit terwijl dit elementen zijn die in ieder geval in het Nederlandse strafproces met betrekking van de betredingsbevoegdheden van belang zijn. Hoewel bijvoorbeeld de Opiumwet een betrekkelijk ruime betredingsbevoegdheid kent, is een doorzoeking (en daar is m.i. hier wel sprake van geweest; het openmaken van een doos en het met een toevallig in een kledingstuk gevonden sleutel openmaken van een afgesloten deur

is toch geen zoekend rondkijken meer) doorgaans voorbehouden aan de rechter-commissaris en/of de officier van justitie. Dit alles toch met als ingangseis de verdenking. Ongetwijfeld heeft de Belgische wetgeving ook dergelijke voorzieningen. Maar waarom zou je eigenlijk moeilijk doen? De hele strafzaak leunt op bewijs dat onrechtmatig is verkregen, maar het EHRM knippert niet eens met zijn ogen.

De zaak doet denken aan het arrest dat wij in ons onderwijs 'Hekje van een meter' noemen (HR 19 december 2006, NJ 2007, 28). Hierin werd, zonder verdenking, kortstondig over een niet zo hoog hekje in de tuin van de (nog niet) verdachte gestapt om aldus vast te stellen dat het 'gut feeling' dat er sprake was van een hennepkwekerij terecht was. De HR constateerde schending van artikel 8 EVRM, maar dit hoefde niet tot bewijsuitsluiting te leiden (maar wel tot strafvermindering). Het hekje was immers niet zo hoog en verdachte hechtte kennelijk dus maar in beperkte mate aan privacy in z'n tuin. Nu was daar nog daadwerkelijk de privacy in het geding, terwijl in onderhavige zaak door het Hof onzes inziens wel terecht is vastgesteld dat artikel 8 EVRM op de loodsen en dergelijke niet van toepassing is. (Het EHRM voegt daar nog aan toe dat Lee Davies ook niet de huurder was. Herkennen we in deze feitelijk overbodige overweging de Schutznorm?) Hoe het ook zij: het is niet enkel de privacy die politieoptreden begrenst. Het betreden (en zeker doorzoeken) van een 'plaats' is in de Nederlandse strafwet streng geregeld en het is een doelgebonden bevoegdheid (doel: inbeslagneming, in

deze Belgische casus gingen de agenten 'op zoek naar een persoon'). Lang niet elke plaats is een plek waar artikel 8 EVRM betrekking op heeft. Toch is door onze wetgever ook voor die plaatsen het wettelijk stelsel van toepassing geacht. We willen nu eenmaal geen politie die te pas en te onpas overal naar binnen stieft. Feit is echter dat de politie dat soms wél doet en dat we zowel van de nationale rechter (zie onderhavige casus en 'Hekje van een meter') als van het Straatsburgse Hof niet veel hoeven te verwachten als het gaat om 'policing the police'.

Een laatste opmerking nog over de proportionaliteit en subsidiariteit die in de Belgische rechtspraak kennelijk van belang zijn: hoe erger het strafbare feit, hoe meer er door de beugel kan, lijkt het devies. Het EHRM ziet daar kennelijk wel wat in. Op zich lijkt het een pragmatische benadering. Maar in casu kon pas achteraf (na ontdekking van de drugs) worden vastgesteld hoe (dis)proportioneel de politie heeft gehandeld. Dat maakt het een lastig te hanteren criterium, dat gemakkelijk tot lege huls kan verworden (zie in die context ook A.A. Franken, 'Proportionaliteit en subsidiariteit in de opsporing', *DD* 2009, 8).

JL

Artikel 7 EVRM

Legaliteitsbeginsel en terugwerken- de kracht in geval van lichtere sanc- tie

*EHRM (GC) 17 september 2009,
Scoppola t. Italië (no.2)*

Scoppola wordt vervolgd voor o.a. moord en poging tot moord. Hij geeft tijdens de preliminaire zitting de rechter te kennen berecht te willen worden volgens de verkorte procedure die het Italiaanse strafprocesrecht kent. Daarmee geeft de verdachte een aantal procedurele rechten op (openbaarheid, horen van getuigen, aandragen van nieuw bewijs) en wordt hij berecht op basis van het dossier zoals het op dat moment voorligt, maar verkrijgt hij het voordeel van een lagere straf (over de conformiteit van deze procedure met artikel 6 heeft de Grote Kamer zich eerder gebogen in *Hermi t. Italië*). Op het moment dat klager de strafbare feiten pleegde, gold nog dat misdrijven waarop levenslang stond, niet in de verkorte procedure konden worden afgedaan, maar enkele maanden nadien kwam een wetswijziging tot stand: ingevolge het nieuwe artikel 442 lid 2 van het Italiaanse Wetboek van Strafvordering zou een gevangenisstraf van dertig jaar moeten worden opgelegd in plaats van een levenslange gevangenisstraf. Na de verkorte procedure wordt klager op 24 november 2000 schuldig bevonden en veroordeeld tot een gevangenisstraf van dertig jaar. Op diezelfde dag treedt echter een nieuwe wet in werking, waarin wordt bepaald dat, na het volgen van de verkorte procedure, levenslang met isolatie (aan de orde indien er sprake was van meerdaadse samenloop of een voortdurend delict) moet worden omgezet in levenslang. In hoger beroep werd klager daarom veroordeeld tot een levenslange gevangenisstraf: de wettelijke bepaling in kwestie, in werking tredend op de dag van klagers

eerdere veroordeling, was een procedurele regel die ingevolge tempus regit actum van toepassing was op lopende procedures. Klager had ingevolge deze nieuwe wet de bevoegdheid zijn aanvraag tot toepassing van de verkorte procedure terug kunnen trekken, hetgeen zou hebben betekend dat hij conform de gewone strafprocessuele regeling – dus met alle waarborgen van dien – zou zijn berecht. Klagers cassatieberoep en het vervolgens ingestelde buitengewone rechtsmiddel, waarin hij zich expliciet op onder meer de artikelen 6 en 7 van het EVRM beroept, hebben geen succes.

Van de klacht op basis van artikel 7, waarin drie facetten van het legaliteitsbeginsel worden opgevoerd, wordt door het Hof alleen ingegaan op de principekwestie of (retrospectieve) toepassing van de lichtere straf een eis is die uit het Straatsburgse legaliteitsbeginsel voortvloeit. Het Hof komt terug op zijn staande jurisprudentie dat artikel 7 EVRM niet het recht inhoudt dat, bij wetwijziging, de lichtere sanctie wordt opgelegd. Sinds deze jurisprudentiële lijn een aanvang nam met de Commissie-uitspraak in *X tegen Duitsland* van 6 maart 1978, heeft het internationale recht zich in de andere richting ontwikkeld. In het bijzonder verwijst het EHRM naar het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, waarvan artikel 49, eerste lid, laatste volzin, bepaalt 'Indien de wet na het begaan van het strafbare feit in een lichtere straf voorziet, moet die worden toegepast' en in zoverre afwijkt van artikel 7 EVRM 'and this can only be deliberate', aldus het EHRM. Het Hof van Justitie heeft

bovendien met zoveel woorden gesteld dat dit principe deel uitmaakt van de constitutionele tradities van de lidstaten. Ook is dit principe opgenomen in het Statuut van het Internationale Strafhof en door het Joegoslavië-tribunaal erkend. Het Hof beargumenteert zijn bekering vervolgens nog aldus: in het beginsel van de 'rule of law', waartoe artikel 7 behoort, ligt besloten dat de rechter slechts die straffen mag opleggen die door de wetgever proportioneel worden geacht. Het toepassen van de straf die voorgeschreven was ten tijde van het plegen van het strafbare feit in plaats van de nadien in de wet opgenomen lichtere straf, zou betekenen dat de rechter een straf oplegt die de wetgever inmiddels te zwaar voor het vergrijp acht. Omarming van het beginsel dat de lichtste straf moet worden toegepast, draagt bovendien bij aan de rechtszekerheid en voorzienbaarheid van strafoplegging, nu het een duidelijke regel biedt bij opeenvolgende wetgeving. Vervolgens komt het Hof tot de slotsom dat van de drie opeenvolgende regelingen (de eerste toepasselijk tijdens het plegen van de feiten, de tweede, het gunstigste, kort erna en de laatste vanaf de dag van veroordeling) de Italiaanse appelrechter niet de meest voordelige (namelijk de tweede) heeft toegepast; daarmee heeft een schending van artikel 7 EVRM plaatsgevonden.

Aldus het geheel van de van toepassing (geweest) zijnde regels beoordelend, maakt het Hof duidelijk dat het nieuwe principe inderdaad een duidelijke en goed te hanteren maatstaf schept. De rechtsbeschermende functie van het legaliteitsbeginsel

krijgt in deze interpretatie, zoals dat hoort bij een mensenrechtenverdrag, voorrang. De strafverwachting van de dader ten tijde van het plegen van de feiten (een zwaardere straf dan uiteindelijk opgelegd!), die aan de basis ligt van de preventieve functie, wordt daaraan achter gesteld. Het Hof hoeft zo bovendien geen appels met peren te vergelijken door de zwaarte van de uiteindelijk toegepaste regel (levenslang) af te zetten tegen de zwaarte van de sanctienorm die bestond ten tijde van het plegen van de feiten (levenslang met isolatie, maar opgelegd na een strafproces dat aan de eisen van eerlijkheid voldoet).

Op die kwestie komt het Hof wel terug, in de beoordeling van de eerlijkheid van het proces onder artikel 6. Het is in strijd met het principe van rechtszekerheid en de bescherming van het legitieme vertrouwen van justitiabelen als de voordelen van de verkorte procedure – van het afstand doen van procedurele waarborgen, die onderdeel zijn van het beginsel van een eerlijk proces – door wetgeving hangende het proces worden weggenomen. De overeenkomst tussen de overheid en de verdachte kan dan niet meer eenzijdig, zonder toestemming van de verdachte, op een cruciaal punt worden gewijzigd. De nieuwe wet bood inderdaad de mogelijkheid voor klager om ook zijn kant van de overeenkomst (het ondergaan van de verkorte procedure) op te zeggen; via zijn raadsliden had hij met deze bevoegdheid bekend kunnen raken en de termijn was voldoende lang. Toch kon deze mogelijkheid zijn nadeel niet voldoende compenseren. Het Hof vindt dat het frustreren van

klagers legitieme verwachtingen excessief was: hij is er negen maanden lang van uitgegaan dat het voordeel van de verkorte procedure zijn deel zou worden en hij is daarin bevestigd door de uitspraak in eerste aanleg; de streep door zijn rekening komt voort uit factoren die buiten zijn macht lagen. Het volgen van de verkorte procedure zonder het verwachte voordeel is in strijd met artikel 6 EVRM.

LvL

Artikel 10

Politieke vrijheid van meningsuiting vs. Discriminatie-verbod

EHRM 16 juli 2009, Féret t. België

Deze zaak, eveneens besproken in *NJB 2009, 1576* en *EHRC 2009/111* met – informatieve – noot D. Voorhoof), is een belangrijke zaak voor het blijvend actuele hoofdpijndossier van de verhouding tussen vrije (politieke) meningsuiting en anti-discriminatiestrafbepalingen. Hoe weerbarstig deze materie is, is recentelijk in Nederland gebleken doordat het openbaar ministerie en het Amsterdamse gerechtshof elk in een uitvoerig gemotiveerde beslissing tot een tegenovergesteld standpunt kwamen ten aanzien van de vervolging van Wilders. Ook het EHRM ontkomt er niet aan, zo blijkt uit dit arrest. De stemverhouding is vier tegen drie, en de drie dissenters uiten belangrijke kritiek op eigenlijk alle argumenten die ten grondslag liggen aan de meerderheidsbeslissing.

De zaak betreft de Belgische (ex) parlementariër Daniel Féret, in Bel-

gië in 2006 veroordeeld ter zake van het aanzetten tot rassenhaat en – discriminatie op grond van de tekst van pamfletten die tijdens de verkiezingscampagne van 1999 werden verspreid en op grond van teksten op zijn website. Het gaat daarbij om voorstellen om voorrang te geven aan Belgen en Europeanen bij het gunnen van een baan, om immigranten te laten repatriëren, om alleen asiel te verlenen aan Europese politieke vluchtelingen, het stoppen van gezinshereniging voor niet-Europeanen en meer algemeen: het volk te redden van het gevaar van de oprukkende Islam. Féréts parlementaire onschendbaarheid werd opgeheven, hij werd vervolgd en veroordeeld tot 250 uur werkstraf subsidiair tien maanden gevangenisstraf en ontzegging uit het passief kiesrecht voor tien jaar.

Het EHRM herhaalt het belang van de uitingsvrijheid en het bijzondere belang daarvan voor volksvertegenwoordigers; het politieke debat mag niet zonder bijzonder dringende redenen worden beknot en het beperken van de uitingsvrijheid van parlementariërs wordt door het Hof uiterst streng beoordeeld. Tolerantie en respect voor de gelijke waardigheid van alle mensen is het fundament van de democratische, pluralistische samenleving. Daarom kan het als noodzakelijk worden beschouwd uitlatingen die oproepen of aanzetten tot haat gebaseerd op intolerantie, of uitlatingen die dit rechtvaardigen, te voorkomen of te bestraffen. Hiermee heeft het Hof de twee voornaamste waarden aangegeven die in dit geval botsen. De daarop volgende argumentatie bestaat uit een aantal opmerkelijke overwegingen.

Het Hof geeft allereerst al direct een kwalificatie van de teksten: de gewraakte uitlatingen brengen de boodschap over dat de immigrantengemeenschappen waarover de teksten gaan, criminogeen zijn en uit zijn op de voordelen van hun vestiging in België. Dergelijke teksten kunnen, aldus het Hof, bij het publiek, in het bijzonder bij het minder geïnformeerde publiek, gevoelens van minachting en afwijzing of, bij sommige mensen, van haat oproepen. Vervolgens stelt het Hof dat het niet noodzakelijkerwijs hoeft te gaan om een oproep tot geweld of een andere strafbare handeling, wil strafrechtelijk optreden mogelijk zijn. Op basis van uitingen die onderdelen van de bevolking of specifieke groepen schaden, ridiculiseren of diffameren, of die aanzetten tot discriminatie – zoals in het onderhavige geval aan de orde is – kunnen de autoriteiten tegen racisme ten strijde trekken; dan is sprake van een onverantwoordelijk gebruik van de uitingsvrijheid die de waardigheid of de veiligheid van bevolkingsgroepen aantast.

Een derde belangrijke stap is 's Hofs stelling dat politici in hun openbare optreden uitlatingen moeten vermijden die intolerantie kunnen voeden; zij moeten alert zijn de democratie en haar beginselen uit te dragen. De oproep buitenlanders uit te sluiten is een fundamentele aanval op de rechten van personen en dat betekent dat iedereen, ook politici, daarmee uitermate voorzichtig moeten zijn. Daarbij komt dat het Hof de context van de verkiezingen, waarbinnen de onderhavige teksten werden verspreid, als een extra gevaar voor de openbare orde en de

sociale cohesie ziet. De teksten waren immers bedoeld om de gehele bevolking te bereiken. Waar in verkiezingstijd politieke partijen een grote mate van uitingvrijheid behoeven om hun kiezers te overtuigen, geldt voor racistische of xenofobe uitlatingen dat zij dan haat en intolerantie vergroten, omdat de verkiezingsstrijd nou eenmaal meebrengt dat slogans en stereotiepen de overhand krijgen. Het Hof bestrijdt niet het recht van politieke partijen hun standpunten openbaar te verkondigen (sic!), zelfs als deze choquerend of verontrustend zijn voor een gedeelte van de bevolking, maar zij moeten vermijden tot discriminatie op te roepen of kwetsende en kleinerende uitlatingen te doen, aangezien een dergelijke opstelling het risico in zich bergt dat daarmee onder het publiek reacties worden opgeroepen die onverenigbaar zijn met een sereen sociaal klimaat en het vertrouwen in de democratische instellingen kunnen schaden. Tot slot: de conclusies van de nationale autoriteiten die klager hebben veroordeeld waren, aldus het Hof, geheel gerechtvaardigd ter bescherming van de openbare orde en de rechten van de immigrantengemeenschap: de gewraakte teksten zetten duidelijk aan tot discriminatie en raciale haat. De straf van 250 uur werkstraf en 10 jaar ontzetting uit het passief kiesrecht, acht het Hof proportioneel. Hoewel de lengte van de ontzetting problematisch zou kunnen zijn, acht het Hof dit een toepassing van het principe van proportionaliteit dat terughoudendheid moet worden betracht bij het opleggen van strafrechtelijke sancties. Er

heeft geen schending van artikel 10 EVRM plaatsgevonden.

Commentaar

De principes aan de hand waarvan het EHRM zaken onder artikel 10 beoordeelt, kunnen worden onderschreven als uitwerking van het concept van de democratische samenleving, maar zijn van algemene aard en kunnen in dit soort moeilijke zaken de beslissing niet dicteren. Het is moeilijk overtuigend uit te maken wat die 'openness' en 'broadmindedness' nou betekenen: het vrije woord en het politieke debat mag niet beperkt worden en choquerende, beledigende en verontrustende uitlatingen moeten worden getolereerd; maar ook: de waardigheid van alle mensen moet worden beschermd en de open, pluralistische samenleving moet worden gerespecteerd. Het is daarom niet zozeer de beslissing dat de veroordeling van Féret gerechtvaardigd was, die dit arrest opmerkelijk maakt, maar vooral de aanpak van de beoordeling, de argumentatie en het woordgebruik. (De drie dissenters uiten op deze aspecten ook sterke en emotionele kritiek.) Er vindt geen echte beoordeling door het Hof van de afzonderlijke teksten in hun context plaats; de teksten worden als een geheel beoordeeld en zo spreken ze voor het Hof kennelijk boekdelen. Dit is een vreemde gewaarwording voor de lezer die gewend is ellenlange citaten en analyse van tekst en context door het Hof voorgeschoteld te krijgen. Zowel de dissenters als Voorhoof in zijn annotatie in EHRC werpen het Hof concreet tegen dat de verschillende uitlatingen niet binnen hun tekstuele en politie-

ke achtergrond zijn beoordeeld. Dat zou het Hof de gelegenheid hebben gegeven het belang van de politieke uitingsvrijheid hoog te houden, nu verschillende van de gewraakte uitlatingen wel degelijk vallen binnen het kader van politieke kritiek op het regeringsbeleid, andere partijen en individuele bewindslieden. Zoals het Hof het nu heeft verwoord (door de gewraakte uitlatingen over een kam te scheren en deze herhaaldelijk aan te duiden met de krachtterm 'racistisch'), is het onduidelijk of politieke kritiek op en standpunten over het integratiebeleid (nog) van bestraffing gevrijwaard zijn.

Het Hof legt uit dat de grens van de uitingsvrijheid niet pas wordt bereikt als er concreet wordt opgeroepen tot geweld, maar dat politieke voorstellen tot discriminatie en het doen van uitlatingen die een bevolkingsgroep belachelijk maken of kleineren, evenmin worden beschermd door artikel 10. Waarom? Dan komt een argument op de proppen dat in conflict komt met 's Hof's eigen democratische uitgangspunten met betrekking tot artikel 10: dergelijke uitlatingen kunnen '*susciter parmi le public, et particulièrement parmi le public le moins averti, des sentiments de mépris, de rejet voire, pour certains, de haine à l'égard des étrangers.*' De diskwalificatie van een gedeelte van het publiek geeft een pijnlijke lading aan de opvatting van het EHRM dat politici in verkiezingstijd extra voorzichtig moeten zijn met hun bewoordingen – dan luistert de gehele bevolking mee en kunnen stereotyperingen hun gevaarlijke uitwerking op het minder weldenkende deel der natie niet missen. Deze gedachtelijn druist in

tegen het in de Straatsburgse jurisprudentie zo sterk beleden vrije politieke debat, waarin kwetsende, choquerende en verontrustende meningen getolereerd moeten worden, juist in verkiezingstijd, wanneer (alle!) burgers hun keuze moeten maken en moeten uitmaken of hun vertegenwoordigers zich behoorlijk van hun taak gekweten hebben. Nu lijkt de boodschap te zijn dat minder geïnformeerde burgers ontvankelijk zijn voor de retoriek van extremisten, en dat daarom bepaalde uitlatingen uit het politieke debat moeten worden geweerd ter bescherming van de sociale rust. Hoe zat het ook alweer met democratische gelijkheid en de informatieve functie van de uitingsvrijheid? Het EHRM is ons wel enige verantwoording schuldig.

Dit arrest gaat natuurlijk een rol spelen in de strafzaak tegen Geert Wilders, maar dicteert uiteraard de uitkomst niet. Al was het maar omdat de Nederlandse rechtspraak de algemene principes van het EHRM importeert in de contextuele toetsing die wordt gehanteerd ten aanzien van de delictsbestanddelen 'beledigend' en 'aanzetten tot haat en discriminatie', hoewel ook wel, na toetsing van aard, samenhang en context van de uitlating, afzonderlijk aan artikel 10 wordt getoetst. De uitlatingen zijn ook niet gelijk: voor beoordeling van Wilders' kritiek op de islam en haar heilige symbolen moet (ook) bij andere jurisprudentie en criteria (waaronder 'gratuitously offensive') van het EHRM te rade worden gegaan. Laten we in ieder geval hopen dat de Amsterdamse rechter de argumentatie van dit

Straatsburgse arrest niet tot voorbeeld neemt.

LvL

7e Protocol, artikel 4

EHRM 16 juni 2009, *Ruotsalainen t. Finland*. Ne bis in idem/una via in fiscaal straf- en boeterecht

Feiten

In aansluiting op de uitspraak *Zolotukhin t. Rusland*, die we in de vorige kroniek bespraken, is nu het ne bis in idem-beginsel toegepast op een fiscale casus. Ruotsalainen had in zijn pick-up van gereden met brandstof waarover minder accijns betaald hoeft te worden, zonder hiervan de autoriteiten op de hoogte te stellen. In eerste instantie krijgt hij d.m.v. een 'summary penal order' (een soort transactie/strafbeschikking) een boete van € 121 wegens 'petty tax fraud' (fiscaal bagatel-delic). Die boete betaalt hij. Enige tijd later krijgt hij een naheffing met betrekking tot de accijns die over de brandstof betaald had moeten worden. Deze naheffing bedraagt maar liefst € 15.137 euro. Omdat Ruotsalainen zonder voorafgaande melding de accijnsarme brandstof gebruikte, wordt de te heffen belasting met een factor drie vermenigvuldigd, waarbij wordt uitgegaan van de in de wet vastgelegde fictie dat gedurende 20 dagen van de pick-up gebruik is gemaakt en dat elke dag eigenlijk € 252 (!) aan belasting betaald had moeten worden. Ruotsalainen vraagt tevergeefs om matiging van deze naheffing. Ook het beroep tegen de naheffing wordt verworpen, waarbij de rechter over-

weegt dat deze naheffing inclusief verhoging geen strafrechtelijke sanctie is maar een gewone belastingheffing. Ruotsalainen klaagt dat hij tweemaal voor hetzelfde feit is gestraft.

De Finse regering voert echter aan dat het doel van de naheffing met verhoging enkel en alleen het veiligstellen van belastinginkomsten is. Het was ten tijde van de overtreding niet verboden om met accijnsarme brandstof te rijden, maar de staatskas zag dan toch graag een bedrag tegemoet ter compensatie van de gederfde accijnzen van de gewone diesel. Daartoe is een stelsel bedacht dat per voertuigcategorie een bepaald dagtarief aan belasting moet worden betaald als accijnsarme brandstof wordt gebruikt. Het dagtarief is hoog (i.c. dus € 252), om het gebruik van die accijnsarme brandstof te ontmoedigen. Vooraf dient gemeld te worden dat de accijnsarme brandstof gebruikt zal gaan worden. Het niet nakomen van de meldingsplicht zal leiden tot het heffen van drie maal het dagtarief. Deze administratieve sanctie kan, aldus nog steeds de Finse regering, echter niet worden gezien als 'determination of a criminal charge', waarbij nog snedig wordt opgemerkt dat het HvJEG de Finse regering onlangs heeft gedwongen een specifieke verbodsbepaling op dit vlak te introduceren (die er ten tijde van de overtreding door Ruotsalainen dus nog niet was). De regering voert voorts aan dat de naheffing met verhoging wegens een andere gedraging is opgelegd dan de boete; het gebruiken van accijnsarme brandstof is niet hetzelfde als het ontduiken van de belasting. Bovendien vindt het op-

leggen van de verhoging plaats ongeacht de vraag of er opzet of schuld is, terwijl voor het plegen van een fiscaal delict wél opzet vereist is.

Oordeel EHRM

Het Hof vraagt zich eerst af of het hier om twee sancties gaat die 'criminal in nature' waren, waarbij de bekende criteria omtrent de 'criminal charge' worden gehanteerd. De bekeuring wegens het fiscale delict is (uiteraard) criminal in nature en er was dus sprake van een definitieve veroordeling. Ter zake van de naheffing met verhoging stelt het Hof vast dat, hoewel dit een administratiefrechtelijke maatregel is, in eerdere jurisprudentie (*Jussila t. Finland*, EHRM 23 november 2006, AB 2007, 51 m.nt Barkhuysen; *EHRC* 2007, 31 m.nt. Albers) al is uitgemakt dat sommige onderdelen van het Finse belastingrecht een 'criminal connotation' hebben. Met betrekking tot de aard van de overtreding overweegt het Hof dat het hier een voor eenieder geldende bepaling betreft, terwijl de verdriedubbeling van de te betalen belasting gezien moet worden als een bestraffing om misbruik in de toekomst tegen te gaan. De verhoging werd dus opgelegd krachtens een regel die naar zijn aard niet enkel compensatoir, maar tevens preventief en bestraffend is. Hierdoor heeft de overtreding een 'criminal nature'. Vervolgens buigt het Hof zich over de vraag of de naheffing met verhoging is opgelegd terzake van hetzelfde feit als de boete. Nadrukkelijk verwijzend naar de uitspraak *Zolotukhin t. Rusland* kijkt het of door de naheffing met verhoging voor een 'strafbaar feit' is veroordeeld dat

voortkomt uit 'identical facts or facts that are substantially the same' en of er dientengevolge dubbele vervolging heeft plaatsgehad. Daartoe wordt eerst gekeken welke feiten aan het opleggen van beide sancties ten grondslag hebben gelegen. De boete wegens het fiscale delict was volgens het Hof gegrond op het feit dat Ruotsalainen accijnsarme brandstof had gebruikt zonder de verplichte aanvullende accijns te betalen. De naheffing met verhoging was opgelegd omdat was ontdekt dat zijn voertuig was gebruikt met accijnsarme brandstof terwijl hij dit niet had gemeld. Het gaat dus om hetzelfde gedrag, van dezelfde verdachte gedurende dezelfde tijdspanne. Het Hof onderzoekt vervolgens of de feiten die tot de twee sancties hebben geleid identiek of substantieel gelijk zijn. De boete is opgelegd omdat een wet is overtreden die strafbaar stelt 'overig frauduleus handelen, terwijl dit handelen ertoe leidt of kan leiden dat belasting niet wordt geheven', waarbij in de toelichting bij de boete van essentieel belang werd geacht dat Ruotsalainen zelf de brandstof had getankt. De naheffing en verhoging zijn opgelegd omdat de bepaling dat gemeld moet worden indien met accijnsarme brandstof wordt gereden door Ruotsalainen niet is nageleefd, wat aan het licht is gekomen omdat werd vastgesteld dat hij die accijnsarme brandstof in zijn voertuig had. Hoewel voor het fiscale delict nog wel een vorm van opzet of schuld nodig was en voor de naheffing met verhoging niet, vindt het Hof toch dat hier sprake is van feiten die substantieel gelijk zijn, waardoor in casu dubbele vervolging

heeft plaatsgehad in strijd met artikel 4P7 EVRM.

Beoordeling:

In de vorige rubriek stelden we al de vraag of de una via-regeling zoals die in de Nederlandse belastingwetgeving was opgenomen (en de daaraan verbonden jurisprudentie van de Hoge Raad) wel in overeenstemming was met de nieuwe ne bis in idem-jurisprudentie van het EHRM. Dit arrest bevestigt het vermoeden dat deze vraag negatief moet worden beantwoord. Deze vraag is in beginsel slechts theoretisch omdat Nederland het 7e Protocol niet heeft geratificeerd. Omdat het EHRM in het *Zolotukhin*-arrest echter nadrukkelijk aansluiting zoekt bij de jurisprudentie van het HvJ EG, is het toch een interessant vraagstuk (zie ook de noot van Klip bij HR 10 februari 2009, *NJ* 2009, 346, welk arrest ziet op artikel 54 SUO). Ook in verschillende annotaties bij het *Zolotukhin*-arrest is de vraag opgeworpen wat wij in Nederland nu met het arrest aanmoeten (zie *FED* 2009, 50 m.nt. E. Thomassen, *AB* 2009, 309 m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik en *NJCM-bulletin* 2009, p. 373 e.v. m.nt. W.B. van Bockel).

Inmiddels is op 1 juli jl. de Vierde Tranche Awb in werking getreden. De gelimiteerd geformuleerde una via-bepalingen uit de Awr (artikel 670 en 69a) zijn daardoor vervallen en het algemeen geformuleerde artikel 5:44 Awb is nu van toepassing. Ofschoon artikel 68 Sr zich niet uitstrekt tot administratiefrechtelijke sancties, is in de wetsgeschiedenis van de Vierde Tranche Awb duidelijk naar voren gekomen dat voor de

werking van artikel 5:44 Awb aansluiting gezocht moet worden bij het feitbegrip zoals dat door de strafrechter in het kader van artikel 68 Sr wordt gehanteerd. Dit betekent onzes inziens hoe dan ook dat de Hoge Raad zich opnieuw zal moeten buigen over de reikwijdte van het una via-beginsel in fiscaal straf- en boeterecht. Het onderscheid dat in de wet bijvoorbeeld werd gemaakt tussen verzuim- en vergrijpboetes (una via-regel gold per definitie niet m.b.t. verzuimboetes, waarvoor geen opzet of schuld werd vereist) is immers komen te vervallen. Uit de hierboven besproken uitspraak blijkt dat een opzet- of schuldvereiste niet doorslaggevend hoeft te zijn voor de vraag of sprake is van hetzelfde feit. De Hoge Raad zal zich (op zijn minst in de raadkamer) toch ook moeten afvragen in hoeverre hij zich door deze jurisprudentie zal laten leiden.

Het arrest *Ruotsalainen t. Finland* is inmiddels gepubliceerd met een voor in de una via-problematiek en/of het fiscale (straf)recht geïnteresseerden interessante noot: *EHRC* 2009, 99 m.nt. R.H.C. Luja.

JL

J. Coster van Voorhout, L. van Lent en J. Lindeman