

### I. Tenuitvoerlegging levenslange gevangenisstraf niet in strijd met artikel 3 EVRM

#### EHRM 2 september 2010, *Iorgov t. Bulgarije* (2)

Dit arrest zal geen munitie geven voor de stelling dat de Nederlandse praktijk met betrekking tot de levenslange gevangenisstraf in strijd is met artikel 3 EVRM.

#### *Feiten*

Iorgov was ter dood veroordeeld, maar zijn straf is omgezet in levenslang zonder mogelijkheid van vervroegde vrijlating. Hij klaagt over schending van artikel 3 EVRM, omdat er sprake is van een onmenselijke en vernederende behandeling door de straf zonder enig uitzicht op vrijlating ten uitvoer te leggen.

#### *EHRM*

Het EHRM gaat net als in overige arresten na of de straf *de jure* en *de facto* 'reducible' is: als dat het geval is, is er geen schending van artikel 3 EVRM. Het oordeelt dat er weliswaar geen enkele juridische procedure bestaat voor Iorgov, maar dat het nationale recht niet alle hoop op vrijlating of reductie van zijn straf wegneemt. Er is namelijk de mogelijkheid van presidentiële clementie, die kan bestaan uit een geheel pardon of uit strafvermindering. Hoewel dit een discretionaire bevoegdheid is, en geen bevoegdheid die wordt uitgeoefend door een gerechtelijke autoriteit, levert de mogelijkheid toch *hoop* op waardoor *de*

*jure* geen sprake is van een 'irreducible penalty'.

Het EHRM onderzoekt vervolgens of er *de facto* sprake is van een 'reducible penalty'. Daarbij toont het zich niet gevoelig voor het argument van klager dat er tot op heden nog nooit iemand met een onverkorte levenslange gevangenisstraf gratie heeft gehad. Tot iets meer dan 10 jaar geleden, toen de doodstraffen werden omgezet in levenslang, bestond deze straf nog niet, waardoor het recht nog in ontwikkeling is. Bovendien zit Iorgov nu iets meer dan twintig jaar in de gevangenis, terwijl vermoedelijk niet veel andere gevangenen langer in de gevangenis zullen zitten; veel 'voer' voor precedenten is er dus niet geweest. Daarbij komt nog dat ook de variant van levenslang die naar Bulgaars recht wél voor strafvermindering in aanmerking komt pas na twintig jaar openstaat voor de *procedure* rond die vermindering, terwijl de vermindering zelf pas na 30 jaar effectief kan worden. Kortom: onderzoek van voorvallen in de toekomst zal nodig zijn om definitief een uitspraak te kunnen doen over de vraag of strafvermindering *de facto* mogelijk is voor levenslanggestraften. Iorgov heeft inmiddels een keer een verzoek om presidentiële clementie gedaan, welk verzoek na beoordeling door een adviescommissie is afgewezen. Iorgov kan opnieuw een dergelijk verzoek doen. Uit niets blijkt dat dit verzoek niet zou kunnen worden *toegewezen*. Het EHRM is, kortom, niet overtuigd dat boven elke twijfel is bewezen dat er geen enkele hoop op vrijlating bestaat voor Iorgov.

*Commentaar*

Zie ik het goed, dan hanteert het EHRM hier voor het eerst het criterium dat 'beyond reasonable doubt' vast moet staan dat er geen kans op vrijlating is, alvorens tot een schending van artikel 3 EVRM zal worden geconcludeerd. Daarmee lijkt het criterium van het EHRM nog strakker te zijn geformuleerd dan het al was. Bovendien is kennelijk een met weinig waarborgen omgeven (immers op discretie gebaseerde) clementieprocedure andermaal voldoende om als 'review' door te gaan. Zoals ik hierboven al aangaf, is deze uitspraak derhalve allerminst een steun in de rug voor de opposenten van de Nederlandse situatie rondom de tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf. Bij ons zit de langstzittende levenslang gestrafte nu bijna 30 jaar (*Aanhangsel Handelingen II* 2003/04, nr. 1972). In de periode vóór zijn veroordeling zijn gedurende twee decennia nauwelijks mensen tot levenslang veroordeeld. Er is dus geen mogelijkheid van precedentvorming. Ook deze persoon zal zich, op grond van het bovenstaande, vermoedelijk nog niet zo eenvoudig kunnen beroepen op het feit dat het *de facto* niet mogelijk is om de levenslange gevangenisstraf te bekorten. Dat is, na de jurisprudentie van de Hoge Raad, natuurlijk niet écht nieuws, maar het EHRM heeft het hier dus andermaal bevestigd.

*J.E.B. Coster van Voorhout*

## 2. Bewijsgebruik na mensenwaardige behandeling (artikel 3 en artikel 6 EVRM)

### ERHM (Grand Chamber) 1 juni 2010, *Gäfgen t. Duitsland*

Dit arrest van de Grote Kamer (we bespraken het arrest van de kamer van 30 juni 2008 in *DD* 2008, 80, zie ook *EHRC* 2008, 99 m.nt. Van der Velde en *NJ* 2009, 20 m.nt. Y. Buruma) brengt op één punt verandering ten opzichte van de eerdere uitspraak van de kamer.

#### *Feiten*

Nog even heel kort de casus: Gäfgen wordt ervan verdacht een jongen te hebben ontvoerd en is ter zake aangehouden. Omdat de politie vermoedt dat de jongen nog in leven is, tracht zij Gäfgen te laten verklaren waar de jongen is. Hiertoe wordt Gäfgen voorgehouden dat hem pijn zal worden toegebracht als hij niet de verblijfsplaats van de jongen onthult. Dat dit geen loos dreigement is, blijkt uit het feit dat er echt opdracht is gegeven om iemand te vinden die weet hoe, zonder blijvend letsel, pijn toegebracht moet worden. Zo ver komt het echter niet, want Gäfgen bekent al na 10 minuten en verklaart de politie te willen helpen. Het blijkt later echter dat hij het slachtoffer al gedood heeft. In de strafzaak draait het uiteindelijk mede om de vraag welk door de politie naar aanleiding van de aanwijzingen van Gäfgen gevonden bewijsmateriaal mag worden gebruikt. De rechter sluit alle door Gäfgen bij de politie afgelegde bekennende verklaringen uit, maar Gäfgen bekent op zitting andermaal dat hij de jongen heeft ontvoerd en vermoord,

waardoor de zaak alsnog rond is. De betrokken politieagenten worden disciplinair gestraft en strafrechtelijk vervolgd. De opgelegde straffen zijn echter mild. De kamer van het EHRM oordeelde dat artikel 3 was geschonden in de zin dat er sprake was geweest van mensonterende behandeling, maar dat Gäfgen door de bewijsuitsluiting in de strafzaak, de disciplinaire maatregelen en de strafrechtelijke vervolging tegen de politieagenten en de nog lopende civiele schadevergoedingsprocedure voldoende was gecompenseerd, waardoor hij geen slachtoffer meer was van de schending. Ook oordeelde het EHRM dat artikel 6 EVRM niet was geschonden, doordat de veroordeling van Gäfgen voor het leeuwendeel was gebaseerd op de ter zitting afgelegde verklaringen en hard bewijs ('real evidence') dat deels op basis van bij de politie afgelegde verklaringen was vergaard, maar deels ook door de politie zelfstandig was verzameld, onder meer bij een doorzoeking in de woning van Gäfgen. Dit bewijs was dus niet 'besmet'.

### *EHRM*

In het nu door de Grote Kamer gewezen arrest is het eerste in het oog springende verschil dat Gäfgen wél als slachtoffer van schending van artikel 3 EVRM wordt aangemerkt. De bestraffing van de betrokken politieambtenaren was wel erg gering, terwijl het feit dat één van de ambtenaren sindsdien nog een leuke promotie heeft kunnen maken de vraag opwerpt in hoeverre de politieorganisatie over een voldoende zelfreinigend vermogen beschikt: in feite zou ontslag de enige passende

reactie zijn geweest. Daar komt bij dat van een generaal-preventief effect van deze 'bestrafing' in feite niet gesproken kan worden, terwijl toch moedwillig een absoluut (kern)recht uit het EVRM is geschonden. Al met al is er dus niet een zodanige vorm van herstel geweest voor Gäfgen dat gezegd kan worden dat hij geen slachtoffer meer is van een schending van artikel 3 EVRM.

De niet-schending van artikel 6 EVRM blijft overeind. Net als de kamer oordeelt het EHRM dat bewijsmateriaal dat verkregen is als gevolg van een schending van artikel 3 EVRM die bestond uit mensonterende behandeling, niet per se uitgesloten moet worden (anders dan bij marteling, waar bewijsuitsluiting regel zou moeten zijn). De vraag wanneer gebruik van direct of indirect bewijs nu wel of niet is toegelaten, wordt ook in dit arrest niet heel duidelijk beantwoord. De grote kamer benadrukt andermaal dat steeds weer gekeken moet worden of het proces in zijn geheel eerlijk is geweest.

Wat in deze zaak bijzonder is, is dat de gewraakte ondervraging niet primair als doel had om bewijs te vergaren tegen Gäfgen, maar om het leven van de door hem ontvoerde jongen te redden. Bovendien is de uiteindelijke veroordeling, het vaststellen van de schuld van Gäfgen, vooral gebaseerd op door hem afgelegde verklaringen op het onderzoek ter terechtzitting, welke verklaringen volgens de Grote Kamer niet meer in causaal verband staan met de gewraakte ondervraging bij de politie. Zou de schending van artikel 3 EVRM direct van invloed zijn op

de uitkomst van de procedure, dan zou dat een indicatie zijn dat het recht op een eerlijk proces is geschonden.

Aangezien Gäfgen, voorzien van rechtsbijstand en in de wetenschap dat alle in het vooronderzoek door hem afgelegde verklaringen zouden worden uitgesloten van het bewijs, ter terechtzitting geheel vrij was om al dan niet een verklaring af te leggen, kan ook niet worden gezegd dat het *nemo tenetur*-beginsel is geschonden.

Het arrest is ook gepubliceerd in *EHRC* 2010, 105 m.nt. J. van der Velde en in *NJB* 2010 (30), 1597.

*J.M.W. Lindeman*

### 3. De rolverdeling tussen de verschillende procesdeelnemers in het vooronderzoek (artikel 6 en artikel 10 EVRM)

*Sanoma Uitgevers B.V. t. Nederland; Brusco t. Frankrijk; Pavlenko t. Rusland*

#### **EHRM (Grand Chamber) 14 september 2010, *Sanoma Uitgevers B.V. t. Nederland***

##### *Inleiding*

*Sanoma Uitgevers B.V. t. Nederland* is eerder in deze rubriek besproken (zie *DD* 2009, 46; zie ook voor de uitspraak in eerste aanleg *EHRC* 2009/70, *NBSTRAF* 2009/284, *NJB* 2010, 228 en *RvdW* 2009, 1140). Aangezien de Grote Kamer onlangs unaniem heeft bepaald dat het recht op vrijheid van meningsuiting, in het bijzonder de persvrijheid, is geschonden, wordt deze zaak nogmaals besproken, ditmaal met aandacht voor de rolverdeling tussen

de verschillende procesdeelnemers in het vooronderzoek. Een dergelijke invalshoek is interessant omdat het EHRM niet enkel het belang van journalistieke bronbescherming vooropstelt, maar ook noodzakelijk acht dat rechterlijke toetsing plaatsvindt voorafgaand aan de afweging door een officier van justitie van het publieke belang van journalistieke bronbescherming tegen het publieke belang van 'een strafrechtelijk onderzoek'. In aansluiting hierop wordt, vanuit dit perspectief, een tweetal *Salduz*-zaken besproken.

##### *Feiten*

Deze zaak betreft, in het kort, een vordering ter inbeslagneming door de officier van justitie (96a Sv) van een CD-rom met foto's van een illegale straatrace waarop mogelijk overvallers van een eerder gepleegde ramkraak zouden staan.

##### *EHRM*

Sinds de inwerkingtreding van artikel 96a Sv is de vordering van persoonsgegevens toevertrouwd aan de officier van justitie 'in plaats van aan een onafhankelijke rechter' (§ 93). De officier van justitie is, volgens het EHRM, 'zoals iedere staatsfunctionaris gebonden aan vereisten van een basale integriteit, maar in het kader van het strafproces een "partij" die belangen verdedigt die in strijd kunnen komen met journalistieke bronbescherming' (§ 93). '(H)ierdoor kan de officier van justitie moeilijk als objectief en onpartijdig worden gezien voor de nodige afweging tussen de met elkaar concurrerende belangen' (§ 93).

Vanuit dit perspectief komt de Grote Kamer op twee gronden tot een

schending van artikel 10 EVRM. Allereerst voorziet niet langer een wettelijke regeling in een opening van het gerechtelijk vooronderzoek (GVO) en een bevel van de rechter-commissaris. Hoewel in deze zaak aan het verzoek van de verdachte (de rechtspersoon *Sanoma*) om tussenkomst van de rechter-commissaris is voldaan, kende deze tussenkomst geen 'wettelijke basis'. Ten tweede blijkt in deze zaak ook in de praktijk dat de rechter-commissaris louter een adviserende rol vervulde. Ofschoon de Grote Kamer toegeeft dat er geen reden is om aan te nemen dat de officier van justitie een eventuele uitspraak van de rechter-commissaris niet zou hebben gevolgd, acht het EHRM het feit dat de rechter-commissaris niet op basis van een wettelijke regeling over de inbeslagneming van de CD-rom kon oordelen op zich voldoende voor een schending. Sterker nog, de Grote Kamer schat de laatstgenoemde situatie in als 'nauwelijks verenigbaar met de *rule of law*' (§ 98). De hierop volgende controle door de zittingsrechter (*ex post*) acht het EHRM niet afdoende om de eerdere tekortkoming te 'repareren'; de zittingsrechter kan immers niet verhoeden dat de officier van justitie de foto's op de CD-rom kon onderzoeken vanaf het moment dat hij hierover de beschikking had.

De Grote Kamer acht beide gronden onafhankelijk van elkaar reden om tot schending van artikel 10 EVRM te besluiten. Het EHRM concludeert dat de 'kwaliteit van het recht' onvoldoende is bij gebrek aan een procedure waarin de verdachte rechtspersoon adequaat is beschermd; immers, een onafhanke-

lijke afweging van enerzijds het publieke belang van 'het strafrechtelijk onderzoek' en anderzijds het publieke belang van journalistieke bronbescherming ontbreekt. Nederland heeft hiermee niet voldaan aan het criterium dat enkel inbreuk mag worden gemaakt op artikel 10 EVRM als die inbreuk een voldoende basis in het recht heeft.

*Commentaar: een gelijke rolverdeling bij afwegingen omtrent een ander publieke belang?*

Hoewel de Grote Kamer deze uitspraak doet onder artikel 10 EVRM en niet onder artikel 6 EVRM, kan deze zaak belangwekkend zijn voor een nader onderzoek naar de rolverdeling tussen de verschillende procesdeelnemers in het vooronderzoek in een eerlijk strafproces. De daartoe gehanteerde redenering onder artikel 10 EVRM biedt daarvoor eveneens ruimte. Het EHRM geeft, zoals gewoonlijk, een ruime uitleg aan het publieke belang van persvrijheid onder artikel 10 EVRM; dit recht dient niet louter ter bescherming van de identiteit van de persoon (of personen) in kwestie, maar ook voor het algemeen vertrouwen dat alle (potentiële) bronnen beschermd zijn opdat de pers haar belangrijke taak als publieke waakhond kan (blijven) vervullen. Ook een verdedigingsrecht dient niet enkel ter bescherming van de individuele verdachte, maar is ook van belang voor het algemeen publiek vertrouwen in het feit dat een eerlijk strafproces plaatsvindt. Hoewel niet is gezegd dat het EHRM voor een kwestie onder artikel 6 EVRM een vergelijkbare afweging zou maken als in deze zaak *Sanoma* – mede

omdat in een dergelijk geval artikel 10 EVRM niet van toepassing hoeft te zijn behalve als bijvoorbeeld de klacht handelt over de vrijheid van meningsuiting van de advocaat of verdachte – is het interessant om vanuit dit perspectief naar post-*Salduz*-zaken te kijken. Een dergelijk perspectief moet gepaard gaan met het besef dat een verdedigingsrecht als het recht op rechtsbijstand niet in afzondering kan worden bezien, omdat dan geen recht wordt gedaan aan de complexiteit van het strafproces dat enkel eerlijk kan zijn als de verschillende procesdeelnemers met al hun verschillende taken onderling een eerlijk strafproces realiseren. Maar desondanks bieden deze positiebepaling van de officier van justitie en de noodzaak van rechterlijke toetsing voordat de officier van justitie een afweging moet maken tussen het publieke belang van ‘een strafrechtelijk onderzoek’ en een daarmee concurrerend ander publiek belang, een interessant aanknopingspunt om eerst de rol van de raadsman en daarna de rol van een andere procesdeelnemer dan de raadsman in het vooronderzoek nader te analyseren.

### **EHRM 14 oktober 2010, *Brusco t. Frankrijk***

#### *Feiten*

Tegen klager en de vrouw van het slachtoffer van een mishandeling doet datzelfde slachtoffer aangifte van mishandeling. Daarop nodigt de politie klager uit op het politiebureau om hierover te spreken. Na dat gesprek wordt klager vrijgelaten. Later wordt een onderzoek geopend tegen twee personen die verdacht

worden van mishandeling van het slachtoffer. Een van hen beschuldigt klager ervan de opdrachtgever te zijn geweest. Daarop wordt klager in *garde à vue* geplaatst. Hij wordt ondervraagd als getuige, niet als verdachte, zonder cautie en zonder rechtsbijstand. Klager bekent opdracht te hebben gegeven voor het bang maken van het slachtoffer, maar zegt nadrukkelijk tegen de twee uitvoerders van dat plan te hebben gezegd dat zij geen geweld moesten gebruiken. Daarna wordt klager nader onderzocht voor medeplegen van poging tot moord. Hij wordt hiervoor veroordeeld op basis van zijn ‘getuigenverklaring’, die niet wordt uitgesloten voor het bewijs. Zijn beroep op nietigheid op grond van het feit dat hij als getuige en niet als verdachte werd gehoord, slaagt evenmin.

#### *EHRM*

Als algemeen beginsel vat het EHRM de *Salduz*-regel van ‘toegang tot’ of ‘rechtsbijstand van’ een advocaat voor een ‘verdachte’ ‘vanaf het eerste politieverhoor’ in – voor zover van toepassing – *police custody* of *garde à vue* als volgt samen:

‘La Cour rappelle également que la personne placée en garde à vue a le droit d’être assistée d’un avocat dès le début de cette mesure ainsi que pendant les interrogatoires, et ce a fortiori lorsqu’elle n’a pas été informée par les autorités de son droit de se taire (...). (§ 45)’.

Dit algemene beginsel past het EHRM toe door te constateren dat klager, vanaf het moment dat hij in *garde à vue* is geplaatst, zich in een

situatie bevindt die ‘belangrijke gevolgen kan hebben voor zijn situatie als verdachte’. Hiervan is niet al sprake op het moment dat klager op het politiebureau wordt uitgenodigd, maar wel vanaf het moment dat hij als getuige wordt gehoord in *garde à vue*. Het EHRM acht het daarom van belang dat klager niet werd geïnformeerd over zijn zwijgrecht en dat klager geen rechtsbijstand had, omdat hem die werd ontzegd tot 20 uur na plaatsing in *garde à vue*. Het EHRM concludeert bijgevolg onder meer dat:

‘L’avocat n’a donc été en mesure ni de l’informer sur son droit à garder le silence et de ne pas s’auto-incriminer avant son premier interrogatoire ni de l’assister lors de cette déposition et lors de celles qui suivirent, comme l’exige l’article 6 de la Convention’ (§ 54).

Het EHRM concludeert dat *in casu* het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel onder de artikelen 6 lid 1 en lid 3 EVRM zijn geschonden omdat, het voornoemde algemene beginsel beziend, geen raadsman aanwezig was (i) op het moment van plaatsing in *garde à vue*, (ii) voorafgaand aan het eerste politieverhoor en (iii) op het moment dat klager zijn ‘eerste en latere’ belastende verklaringen aflegt die later voor zijn veroordeling zijn gebruikt.

#### Commentaar

In *Brusco t. Frankrijk* verwijst het EHRM naar de eerdere zaak *Dayanan t. Turkije* waarin het Hof concludeert dat vanaf plaatsing in *garde à vue* een raadsman rechtsbijstand moet kunnen verlenen omdat an-

ders ‘effectieve verdediging’ niet langer mogelijk is. In deze zaak *Brusco t. Frankrijk* vindt het politieverhoor gedurende de vrijheidsbeneming plaats, met als bijzondere omstandigheid dat klager wordt gehoord als getuige, niet als verdachte. Omdat klager vanaf het moment van ondervraging in *garde à vue* de rechten onder artikel 6 EVRM toekwam, concludeert het EHRM dat de raadsman tijdens de ondervragingen in *garde à vue* rechtsbijstand had moeten kunnen verlenen om het zwijgrecht van de verdachte en het *nemo tenetur*-beginsel te waarborgen. Dit geldt niet louter, maar wel in versterkte mate, omdat aan deze klager geen cautie is gegeven. Hiermee sluit dit arrest aan op eerdere zaken waarin het EHRM zich uitsprak over de waarborg die een raadsman vormt voor het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel, niet enkel bij het eerste politieverhoor, maar ook voor latere verhoren waarin verdachte belastend verklaart (zie ook *Karadağ t. Turkije*, *Yunus Aktaş en anderen t. Turkije* en *Laska and Lika v. Albanië*). Bovendien vult deze zaak eerdere jurisprudentie aan waarin artikel 6 EVRM geschonden wordt geacht wanneer voor klagers veroordeling politieverklaring(en) zijn gehanteerd die zijn afgelegd terwijl autoriteiten tijdens het verhoor artikel 3 EVRM *vermeend* hebben geschonden – zonder dat het EHRM dus hoeft te concluderen dat artikel 3 EVRM daadwerkelijk is geschonden (bijvoorbeeld *Özcan Çolak t. Turkije*). Deze post-*Salduz*-jurisprudentie leidt tot de conclusie dat de raadsman niet enkel moet kunnen controleren onder welke omstan-

digheden verdachte van zijn vrijheid is benomen en onder welke omstandigheden hij verklaart – tenminste, als hij van zijn vrijheid is benomen wanneer hij wordt verhoord – maar ook moet garanderen dat de verdachte weet heeft van (de consequenties van) zijn zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel op momenten dat hij belastend kan (gaan) verklaren. Het EHRM, dat geen onderscheid maakt tussen een consultatierecht en een aanwezigheidsrecht, zou hiermee kunnen vergen dat de raadsman zowel voorafgaand aan als tijdens het verhoor een cliënt, in ieder geval als die van zijn vrijheid is benomen, diens rechten moet kunnen uitleggen en moet kunnen voorkomen dat op hem ongeoorloofde druk wordt uitgeoefend, waarmee bijgevolg twijfel kan worden weggenomen over de betrouwbaarheid van de verklaring(en) en over de behandeling door de autoriteiten – met voor de laatstgenoemde situatie als ultieme waarborg de bescherming van de rechten onder artikel 3 EVRM. Met dit inzicht in de eventuele rol van de raadsman voorafgaand aan en tijdens het politieverhoor, kan nog eens de rolverdeling tussen de verschillende procesdeelnemers in het vooronderzoek worden belicht.

### **EHRM 1 april 2010, *Pavlenko t. Rusland***

#### *Feiten*

Klager wordt gearresteerd voor verkrachting van een studente G. (voor een eerdere vermelding zie DD 2010, 48). Klager verklaart daarop dat de seks vrijwillig en met instemming was. Daarna wordt hem

verweten door aangeefster F. dat hij haar heeft verkracht en onwettig van haar vrijheid heeft beroofd. Vervolgens wordt klager voor beide feiten verhoord door een onderzoeker die hoogstwaarschijnlijk van het OM is of ten minste in opdracht van het OM werkt; de precieze betrekking blijft onduidelijk. Nadat klager tijdens dit verhoor is geïnformeerd over zijn zwijgrecht en zijn recht op rechtsbijstand, doet hij afstand van zijn recht op rechtsbijstand en zwijgt.

Daarna stelt de OM-onderzoeker politieagenten aan om te onderzoeken of klager eveneens betrokken is bij verdwijningen van andere vrouwelijke studenten. Klager verzoekt in dit kader om advocaat K., maar dit verzoek wordt niet gehonoreerd om redenen van belangenverstrengeling. Daarop wordt klager in *police custody* geplaatst en een tweede keer verhoord door de OM-onderzoeker. Klager bekent dan ‘gedeeltelijk’ het feit ten aanzien van aangeefster F. Daarbij is geen advocaat aanwezig. Tijdens ditzelfde verhoor geeft klager aan door de staat toegevoegde advocaten niet te vertrouwen, waarop het onderzoek wordt aangehouden om het klager mogelijk te maken een advocaat te laten aanstellen door zijn familie. Ondanks voornoemd bezwaar van klager en die aanhouding van het onderzoek, voegt dezelfde OM-onderzoeker desondanks, inmiddels vier dagen na zijn arrestatie, de door de staat aangewezen advocaat D. toe. Klager herhaalt zijn wens om door een advocaat te worden bijgestaan die door zijn ouders wordt aangesteld, maar krijgt deze niet omdat klagers moeder zou zijn geïn-



formeerd door de OM-onderzoekers dat klager tevreden was met advocaat D. Tijdens het daaropvolgende verhoor door de politie in bijzijn van advocaat D. zwijgt klager.

Hierop volgen verschillende verhoren, door de OM-onderzoekers maar veelal door de politie, waarin klager vrijwillig zou hebben bekend ten aanzien van veel meer feiten aangaande slachtoffers Ok., A., K. en Os., soms met, maar veelal zonder advocaat D. Wanneer klagers moeder in de krant leest dat haar zoon de andere feiten heeft bekend, meent zij te zijn misleid en stelt zij alsnog een eigen advocaat aan.

Klager en die nieuwe, door zijn moeder ingehuurde advocaat worden daarop medegedeeld dat het onderzoek bewijs voor de moorden op slachtoffers Ok., A., K. en Os. heeft opgeleverd. Ter zitting bekent klager de zaak F., herhaalt dat de seks met G. vrijwillig was, en ontkent enige betrokkenheid bij de andere zaken omtrent voornoemde andere slachtoffers.

De rechtbank veroordeelt klager voor alle feiten. In hoger beroep, waarin klager onder meer klaagt over schending van zijn verdedigingsrechten, blijft de veroordeling in stand. Het gerechtshof overweegt dat klager voor zijn eerste bekentenis ten aanzien van het feit F. afstand deed van zijn recht op rechtsbijstand en daarna werd bijgestaan door advocaat D. Het hof geeft aan dat klagers bekentenissen ten aanzien van de andere feiten, feiten en omstandigheden opleverden die de onderzoekers eerder onbekend waren. Zo gaf klager een omschrijving van slachtoffer K., haar kleding, karakter en haar levensstijl, welke

werden bevestigd door getuigenverklaringen. Daarenboven werd door Ok.'s moeder bijvoorbeeld bekrachtigd dat de in de flat van klager aangetroffen haarspeld van haar dochter was. Ten slotte was er volgens het Hof ander fysiek bewijs waaruit bleek dat klager betrokken moest zijn geweest bij deze moorden.

### *EHRM*

Het EHRM verstaat de klacht van klager dat voor zijn veroordeling bekentenissen zijn gebruikt die hij heeft afgelegd in een 'coercive environment', hoewel klager geen klacht onder artikel 3 EVRM – anders dan over zijn detentiesituatie die wel grotendeels samenvalt met de momenten waarop hij door de OM-onderzoekers en politie werd verhoord – heeft geformuleerd. Als algemeen beginsel geeft het EHRM onder meer aan:

'Assigning counsel does not in itself ensure the effectiveness of the assistance this counsel may provide to his client (...). Nevertheless, a State cannot be held responsible for every shortcoming on the part of a lawyer appointed for legal-aid purposes. It follows from the independence of the legal profession from the State that the conduct of the defence is essentially a matter between the defendant and his counsel, whether appointed under a legal-aid scheme or privately financed. The competent national authorities are required under Article 6 § 3 (c) to intervene only if a failure by legal-aid counsel to provide effective representation is manifest or sufficiently brought to their attention in some other way (...).' (§ 99).

Het EHRM past onder meer dit algemene beginsel toe op de feiten van de zaak door te beoordelen dat klager zijn verzoek om advocaat K. voldoende duidelijk had gemaakt en dat hem, ondanks zijn bezwaar tegen door de staat toegewezen advocaten, vier dagen na zijn arrestatie, advocaat D. werd toegevoegd. Het was in 'the interests of justice' dat klager gratis rechtsbijstand kreeg. Aangezien dit recht op rechtsbijstand praktisch en effectief moet zijn, onderzoekt het EHRM óf de verleende rechtsbijstand ook daadwerkelijk 'effectief' was. 'Met andere woorden', zo legt het EHRM zelf uit, 'moet het Hof beoordelen of de rechtsbijstand verleend door de advocaat D. die werd toegevoegd door de OM-onderzoeker in deze zaak voldoende was om de waarborgen van artikel 6 EVRM te garanderen in de omstandigheden van deze zaak' (§ 108). Daartoe acht het EHRM met name 'de preventie van een schending van *nemo tenetur* en een effectieve uitoefening van het zwijgrecht van belang' (§ 108).

*In casu* vond het EHRM de verleende rechtsbijstand door de toegevoegde advocaat D. niet 'effectief'; klager had zelf aangegeven door de staat toegewezen advocaten niet te vertrouwen, te willen wachten op een advocaat die zijn moeder voor hem zou aanstellen, en hij zweeg tijdens het verhoor waarbij D. aanwezig was. Desondanks bestond de aan klager verleende rechtsbijstand uit het werk van advocaat D. en diens ondertekening van de desbetreffende processen-verbaal, terwijl 'serieuze redenen aanwezig zijn om te vooronderstellen dat gedurende deze periode, waarin klager op ver-

schillende momenten werd verhoord, klager geen effectieve rechtsbijstand had' (§ 109). Een eerste serieuze reden om te twijfelen aan de effectiviteit van de rechtsbijstand door D., zo geeft het EHRM aan, is dat de advocaat afwezig was tijdens de 'praatjes' met de politie. Hoewel advocaat D. aanwezig was bij verhoren en de toepassing van andere onderzoeksmiddelen zoals een fotoconfrontatie door de OM-onderzoeker, blijkt niet dat hij aanwezig was bij dergelijke 'praatjes' met de politie. Over deze 'praatjes' wil Rusland geen nadere informatie verschaffen waardoor de twijfel over de onbehoorlijke gang daarvan niet wordt weggenomen. Bovendien kan het EHRM niet anders dan concluderen dat deze advocaat D. niet meer heeft gedaan dan enkel het ondertekenen van de processen-verbaal. Het EHRM vindt dit gebrek aan verdere bemoeienis door de advocaat met name verontrustend om reden van bezoeken van de politie aan klager in detentie en het feit dat klager reeds een maand geen contact met zijn familie had. Het feit dat klager de bijstand van advocaat D. weigerde, geeft volgens het EHRM een duidelijk inzicht in de moeilijkheden die klager had met zijn rechtsbijstand. Toen de onderzoekers zich geconfronteerd zagen met de afwijzing van klager om verdedigd te worden door advocaat D., zijn zij evenwel ervan uitgegaan dat advocaat D. klager 'goed genoeg' zou bijstaan in het vooronderzoek. Het EHRM besluit:

'(...) The investigators' interest in the advancement of the investigation and eventual disclosure of other

offences through possible confessions from the applicant did not induce them to keep a close eye on the effectiveness of the defence.’ (§ 113).

Het EHRM concludeert dat een reeks aan ernstige tekortkomingen heeft plaatsgevonden ten aanzien van het recht op rechtsbijstand tijdens het vooronderzoek en komt daarom, na de constatering dat gebruik is gemaakt van de zo verkregen bekentenissen, tot de slotsom dat zonder rechtvaardiging voor de beperking van het recht op rechtsbijstand artikel 6 lid 1 *juncto* 3 sub c EVRM is geschonden.

#### Commentaar

Ook hier verbindt het EHRM onder meer een rol van de raadsman aan de noodzaak dat moet worden voorkomen dat het *nemo tenetur*-beginsel en een effectieve uitoefening van het zwijgrecht niet kunnen worden gematerialiseerd. Daarbij stelt het EHRM dat de OM-onderzoekers niet kunnen volstaan met de enkele toevoeging van een advocaat als hen bekend wordt dat de verleende rechtsbijstand niet effectief is. Zo bezien zijn de hierboven gemaakte opmerkingen ook van toepassing op de verantwoordelijkheden van het OM in het vooronderzoek als het om een toegevoegde advocaat gaat die enkel processenverbaal ondertekent en niet aanwezig is op het moment dat ‘praatjes’ met de politie worden gehouden waarover de lidstaat geen nadere informatie geeft. Al deze zaaksspecifieke omstandigheden moeten worden meegewogen als men conclusies op grond van deze zaak wil trekken. Hierbij is mede van belang dat *in ca-*

*su* het OM de advocaat toevoegt. Maar de spanning tussen enerzijds het belang van het strafrechtelijk onderzoek voor het OM en anderzijds de effectieve verdediging door een raadsman wordt hier desalniettemin duidelijk gemaakt.

#### Slotcommentaar

De drie arresten in onderlinge samenhang bezien geven een beeld van een OM dat later ‘partij’ in het strafproces wordt met een verantwoordelijkheid in het vooronderzoek ten aanzien van ‘effectieve verdediging’ door een toegevoegde advocaat wanneer hen bekend wordt dat de verdachte problemen heeft met zijn rechtsbijstand. Of het OM eveneens een dergelijke verantwoordelijkheid heeft wanneer het OM niet zelf een raadsman toevoegt, is onduidelijk, maar de spanning tussen de beide publieke belangen van rechtsbescherming en ‘het strafrechtelijk onderzoek’ kan worden vergeleken met hetgeen ook is aangegeven in *Sanoma Uitgevers B.V. t. Nederland*. Voor een inzicht in ‘effectieve verdediging’ is dan weer de *Salduz*-jurisprudentie interessant. Aan de hand van recente post-*Salduz*-jurisprudentie kan voorzichtig worden geconcludeerd dat de raadsman zowel de omstandigheden moet controleren waaronder de persoon in politiedetentie verkeert als hij verklaart – dat laatste ten minste wanneer een verdachte verklaart in een verhoor wanneer hij van zijn vrijheid is beroofd. Bovendien zou de raadsman wel eens als waarborg moeten kunnen fungeren voor de bescherming van het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel voorafgaand aan en tijdens

het politieverhoor van een verdachte die van zijn vrijheid is benomen, ook wanneer deze verdachte de cautie krijgt. Nieuwere jurisprudentie zal hierin inzicht moeten geven (Zie verder P. de Hert & T. Decaigny (red.), *De advocaat bij het verhoor, een stand van zaken*, UGA Publishers, 2010; en E. Cape, Z. Namoradzé, R. Smith & T. Spronken, *Effective Criminal Defence in Europe*, Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2010).

*J.E.B. Coster van Voorhout*

#### 4. Interne openbaarheid m.b.t. 'geheime' registers (artikel 6 EVRM)

##### **EHRM 6 juli 2010, *Pocius t. Litouwen en Uzukauskas t. Litouwen***

###### *Feiten*

In deze uitspraken wordt een schending van artikel 6 EVRM aangenoemen, omdat klagers geen inzage kregen in documenten waaruit zou blijken dat zij een gevaar voor de maatschappij zouden vormen. Van beide klagers wordt de wapenvergunning ingetrokken. De reden hiervoor is dat ze zijn opgenomen in het register van personen die gevaarlijk zouden zijn voor de maatschappij. De rechtszaak die zij aanspannen tegen de opname in dat register loopt op niets uit: op basis van door de politie overlegd bewijsmateriaal, dat de klagers echter niet mogen inzien, oordeelt de rechter dat zij terecht in het register zijn opgenomen. Zij klagen bij het EHRM over schending van artikel 6, omdat zij geen toegang hebben gehad tot het materiaal waarop de rechter zijn beslissing heeft gebaseerd.

###### *EHRM*

Het Hof maakt uit dat het hier gaat om een geschil rond het vaststellen van een *civil right*. Niet zozeer omdat het bezitten van een wapen een recht zou zijn, maar wel omdat het bijhouden van registers als het onderhavige een impact kan hebben op de reputatie van klagers, wat wel een beschermd recht is onder Litouws recht en bovendien betrekking heeft op het in artikel 8 EVRM neergelegde grondrecht. Voorts kan opname in het register consequenties hebben voor het uitoefenen van bepaalde beroepen (wat strijdig kan zijn met het recht op de vrijheid van beroepskeuze) en werden klagers gedwongen hun wapens af te geven, wat een schending van hun recht op ongehinderd eigendom zou kunnen betekenen.

Het EHRM oordeelt vervolgens dat, net als in strafzaken, de partijen in een proces kennis moeten kunnen nemen van en commentaar moeten kunnen geven op al het bewijsmateriaal waarop de rechter zijn beslissing zal baseren. Er is echter geen ongelimiteerd recht op openbaarmaking van bewijsmateriaal. De nationale veiligheid, het beschermen van getuigen of het geheimhouden van politietactieken kunnen redenen zijn om bepaald bewijs achter te houden; het algemeen belang kan dan prevaleren. Er moet dan echter wel voldoende compensatie zijn om deze handicap voor de tegenpartij te compenseren. Het arrest sluit wat dat betreft goed aan bij de jurisprudentie van het EHRM in zaken als *Edwards & Lewis t. VK* (EHRM 22 juli 2003, *NJCM* 2005, p. 316 e.v. m.nt. Van Kempen).

*In casu* had alleen de rechter het bewijsmateriaal mogen bekijken waaruit zou blijken dat de registratie van de klagers terecht was, dit terwijl volgens Litouws recht geheime documenten alleen als bewijs voor de rechter mogen worden gebruikt als ze zijn vrijgegeven. Klagers hebben dus geen kennis kunnen nemen van de inhoud van deze documenten en hebben daar dus ook geen commentaar op kunnen geven, terwijl de rechter nauwelijks inzicht heeft gegeven in zijn visie op de inhoud van de documenten. De rechtsvinding heeft derhalve niet plaatsgevonden op een wijze die in overeenstemming was met de eisen die aan een adversaire procedure worden gesteld: er was geen *equality of arms* en er waren geen adequate waarborgen om de belangen van de klagers te beschermen. Het EHRM stemt unaniem voor een schending van artikel 6 EVRM.

De uitspraak is ook gepubliceerd in *EHRC* 2010, 109.

*J.M.W. Lindeman*

**5. Wet oorlogsmisdrijven niet in strijd met *lex certa*-beginsel; HR niet gehouden tot gemotiveerd verwerpen van betoog in reactie op COM (artikel 6 en 7 EVRM)**

**EHRM 20 juli 2010, *Van Anraat t. Nederland* (ontv.)**

*Feiten*

Van Anraat is veroordeeld wegens medeplichtigheid aan oorlogsmisdrijven gepleegd door Saddam Hussein c.s. De medeplichtigheid bestond voornamelijk uit het leveren van thiodyglicol, waarmee mos-

terdgas wordt gemaakt. Deze veroordeling is door de Hoge Raad in stand gehouden (HR 30 juni 2009, *NJ* 2009, 481 m.nt. N. Keijzer; zie ook E. van Sliedregt, 'Internationale misdrijven, nationale deelnemingsfiguren en het opzet van de medeplichtige', *Ars Aequi* 2009, p. 744). Van Anraat klaagde bij het EHRM over twee kwesties. Ten eerste stelde hij dat de Hoge Raad in zijn arrest niet is ingegaan op een in de schriftelijke reactie op de conclusie van AG Machiels opgeworpen kwestie omtrent de rechtsmacht van de Nederlandse strafrechter: aangezien de daders van de strafbare feiten waaraan hij medeplichtig zou zijn als staatshoofden immuun waren voor strafrechtelijke vervolging, zou die immuniteit ook op hem betrekking hebben. Door niet in te gaan op dat standpunt zou de Hoge Raad artikel 6 EVRM hebben geschonden. Het EHRM stelt vast dat dit betoog pas voor het eerst door Van Anraat naar voren is gebracht bij gelegenheid van de schriftelijke reactie op de conclusie van de AG; op het laatst mogelijke moment in de procedure dus. Hoewel het vaste jurisprudentie van het EHRM is dat het recht op een procedure op tegenspraak eist dat de verdachte in de gelegenheid moet worden gesteld om kennis te nemen van de conclusie van de AG en daarop te reageren, volgt hier niet uit dat de verdachte in dat stadium nog nieuwe argumenten moet kunnen aanvoeren die los staan van de door de AG aangedragen kwesties. Artikel 6 EVRM dwingt de Hoge Raad derhalve niet om op die argumenten in te gaan (het EHRM verwijst naar EHRM 19 april 1994, *NJ* 1995, 462

m.nt. E.A. Alkema, *Van de Hurk t. Nederland*, § 60), met name niet nu het een kwestie betrof die al in HR 11 november 1997, *NJ* 1998, 463 naar voren is gekomen. Als Van Anraat deze jurisprudentie had willen aanvechten, had hij dat eerder in de procedure moeten doen.

De tweede klacht van Van Anraat heeft betrekking op het legaliteitsbeginsel, in het bijzonder het *lex certa*-beginsel. Artikel 8 (oud) van de Wet op het oorlogsstrafrecht (WOS) luidde: 'Hij die zich schuldig maakt aan schending van de wetten en gebruiken van de oorlog, wordt gestraft'. Van Anraat stelde dat het begrip 'gebruiken van de oorlog' te vaag is en derhalve in strijd met het *lex certa*-beginsel. Hij bestrijdt het oordeel van de Hoge Raad dat de bepaling noodzakelijkerwijs enigszins vaag moet zijn. Daarbij voert van Anraat aan dat artikel 8 WOS inmiddels is vervangen door de artikelen 4 tot en met 6 van de Wet Internationale Misdrijven (WIM), welke bepalingen wél gedetailleerd zijn. Dit laatste argument wordt door het EHRM direct van de hand gewezen: het formuleren van wetten is in eerste instantie een nationale aangelegenheid, waarin keuzes worden gemaakt met betrekking tot de mate van precisie waarmee verboden en geboden worden geformuleerd. Het Hof treedt daar in beginsel niet in. Het beperkt zich dus tot de vraag of artikel 8 WOS een voldoende bepaalde strafbepaling bevatte.

Het EHRM oordeelt dat ten tijde van het leveren van de thiodyglycol aan het Irakese regime het een regel van internationaal gewoonterecht was dat het verboden was om mosterdgas te gebruiken als oorlogswa-

pen in een internationaal conflict. Hetzelfde kan gezegd worden over het gebruik van mosterdgas tegen de burgerbevolking op hun eigen grondgebied. Ten tijde van het leveren van de stof was er dus duidelijkheid over het criminele karakter van het gebruik van mosterdgas in een internationaal conflict of tegen burgerbevolking. Van Anraat kon daarvan redelijkerwijze op de hoogte zijn en had desgewenst juridisch advies kunnen inwinnen. Ook deze klacht is dus kennelijk ongegrond.

De beslissing is ook gepubliceerd in *EHRC* 2010, 120.

*J.M.W. Lindeman*

## 6. Observatie met behulp van GPS-zender (artikel 8 EVRM)

### **EHRM 2 september 2010, *Uzun t. Duitsland***

#### *Feiten*

Dit arrest gaat over de rechtmatigheid van het gebruik van GPS-surveillance ten behoeve van observatie, wat in Nederland valt onder het begrip 'technisch hulpmiddel' als bedoeld in (onder meer) artikel 126g lid 3 Sv. Met een GPS-ontvanger die aan een auto is bevestigd, kan de politie zonder de auto fysiek te volgen toch weten waar de auto zich bevindt. Deze gegevens worden opgeslagen, zodat er gedurende de tijd dat de GPS-ontvanger is gebruikt een vrijwel volledig beeld is van de bewegingen van de auto: het GPS-netwerk is vrijwel 100% dekkend.

Uzun, die is veroordeeld wegens betrokkenheid bij (zeer gewelddadige) RAF-activiteiten, klaagt dat het ge-

bruik van de GPS-zender in de auto van medeverdachte S (in welke auto Uzun heel vaak meereed) een inbreuk op zijn privacy behelst en dat deze inbreuk niet in overeenstemming met de wet was. De Duitse wetgeving hield op dit punt in dat de verdachte van ernstige misdrijven met behulp van technische hulpmiddelen mocht worden geobserveerd indien andere opsporingsbevoegdheden onvoldoende resultaat hadden opgeleverd. Er was geen afgrenzing van de termijn en ook was niet vereist dat de officier van justitie of een rechter het bevel tot de observatie zou geven. Het bevel was overigens wel door een *Federal Public Prosecutor General* gegeven.

#### *Oordeel van het EHRM*

Het Hof oordeelt allereerst dat observatie met behulp van GPS inderdaad een inbreuk op de privacy oplevert. Daartoe komt het na het uiteenzetten van de volgende uitgangspunten. Zelfs in het openbare leven is er een zone van interactie van een persoon met anderen die valt binnen de werking van *private life*. De 'reasonable expectation of privacy' is in dit verband een belangrijke, maar niet doorslaggevende factor: het kan voorkomen dat mensen zich welbewust of opzettelijk bezighouden met activiteiten die worden gesignaleerd en geregistreerd. De politie houdt oren en ogen open op straat en neemt aldus gedragingen waar. Hetzelfde geldt voor een beveiligingsmedewerker die gebruik maakt van beveiligingscamera's. Privacy-issues kunnen echter ontstaan als er systematische of voortdurende registraties ontstaan van dergelijk in het publieke domein

vergaard materiaal. Daarbij kan dan meewegen of er met betrekking tot een specifiek persoon materiaal is vergaard, of het materiaal op een bepaalde manier is gebruikt of verwerkt en of het materiaal is gepubliceerd op een wijze die buiten de normale verwachting valt. Het Hof heeft al eerder uitgemaakt dat het systematisch vergaren en opslaan van data door veiligheidsdiensten, zelfs zonder dat gebruik is gemaakt van heimelijke onderzoeksmethoden, een inbreuk op de privacy opleverde (zie ook *P.G. en J.H. t. VK*, EHRM 25-09-2001, NJ 2003, 670 m.nt. E.J. Dommering en EHRC 2001, 76 m.nt. Spronken; *Peck t. VK*, EHRM 28-01-2003, EHRC 2003, 24; *Perry t. VK*, EHRM 17-07-2003, EHRC 2003, 79 en NJ 2006, 40 m.nt. E.J. Dommering).

Toegepast op de casus wil het EHRM eerst beoordelen of er sprake is van het vergaren van data met betrekking tot Uzun. Het argument van de Duitse regering dat dat niet het geval was omdat de GPS-ontvanger data over de auto van medeverdachte S en niet over Uzun vergaarde, wordt door het EHRM verworpen. Het was volgens het Hof duidelijk de bedoeling om met de GPS-ontvanger data te vergaren over zowel Uzun als medeverdachte S, aangezien het door andere observaties duidelijk was geworden dat zij vaak gezamenlijk in die auto reden. Daarbij was het nog zo dat er, om verdachte en S aan de auto te kunnen 'linken', ook nog met enige regelmaat fysieke observaties van de auto werden gedaan. Hierdoor wordt ook duidelijk dat het wel degelijk te doen was om het vergaren van informatie over Uzun en S en

niet over de auto. Aan de hand van de GPS-observaties is over een tijdsbestek van ongeveer 3 maanden systematisch informatie met betrekking tot Uzun's verblijfplaatsen en verplaatsingen in de openbare ruimte vergaard en bewaard. Deze gegevens werden ook opgeslagen en gebruikt om een patroon van Uzun's bezigheden te maken, om nader onderzoek te doen en om aanvullend bewijs te vergaren op de plaatsen waar Uzun was geweest, welk bewijs later in de strafzaak tegen hem is gebruikt.

Het EHRM voegt hier aan toe dat GPS-surveillance moet worden onderscheiden van andere heimelijke onderzoeksmethoden als visuele observatie of het afluisteren van gesprekken; deze methoden zullen naar hun aard eerder een inbreuk maken op de privacy, omdat zij informatie kunnen opvangen met betrekking tot het gedrag, de meningen en gevoelens van personen. Dit doet echter niet af aan de constatering dat de observatie met behulp van GPS, de omstandigheden waaronder die heeft plaatsgevonden en de wijze van verwerking en gebruik van de vergaarde informatie in dit geval toch ook een inbreuk op de privacy oplevert.

Het EHRM staat vervolgens stil bij de vraag of deze inbreuk in overeenstemming met de wet heeft plaatsgevonden. Het benadrukt daarbij dat als het gaat om de voorzienbaarheid van de regeling met betrekking tot *covert measures* (heimelijke onderzoeksmethoden) de wet voldoende duidelijk moet zijn in de zin dat er voor burgers voldoende indicatie moet zijn onder welke voorwaarden en onder welke om-

standigheden de autoriteiten zulke onderzoeksmethoden mogen gebruiken. In het kader van het risico van misbruik, dat inherent is aan elk systeem van geheime onderzoeksmethoden, zal het gebruik ervan gebaseerd moeten zijn op wetgeving die buitengewoon nauwkeurig is, met name ook gezien de almaar toenemende verfijnde en gecompliceerde technieken.

Het EHRM geeft echter ook aan dat elke juridische regeling, hoe nauwkeurig ook geformuleerd, onvermijdelijk vatbaar is voor rechterlijke interpretatie. Deze rechterlijke interpretatie kan als verschijnsel niet in strijd met het legaliteitsbeginsel worden geacht, zolang de uitkomst maar in overeenstemming blijft met wat redelijkerwijs kon worden voorzien.

Daar staat dan weer tegenover dat vanwege het gebrek aan openbare toetsingsmogelijkheden en vanwege het risico van misbruik, in het geval van heimelijke opsporingsmethoden de wet voldoende bescherming moet bieden tegen willekeurige inmenging in de privacy: er moeten voldoende en effectieve waarborgen zijn tegen misbruik. In welke mate dat geregeld moet zijn, hangt af van de aard, reikwijdte en duur van de bevoegdheden, de grondslag waarop zij gebaseerd moeten zijn, wie die de bevoegdheden mag bevelen, wie ze mag gebruiken en wie toezicht houdt, alsmede de mate van herstel die het nationale recht biedt in geval van misbruik.

Het EHRM oordeelt *in casu* dat het beroep van Uzun op de strenge voorwaarden die worden gesteld aan het afluisteren van (tele)communicatie in Duitsland niet hele-



maal opgaat omdat het hier gaat om een toch minder verstrekkende inbreuk. Het Hof volstaat dus met een meer algemene toets. De term 'andere bijzondere technische middelen bedoeld voor observatie' is volgens het EHRM in de context van de Duitse wetgeving voldoende duidelijk en heeft in die context duidelijk ook *geen* betrekking op visuele observatie of heimelijk afluisteren, maar enkel op het vaststellen van de verblijfsplaats van de verdachte. De GPS-ontvanger past precies in dat profiel: de ontvanger neemt geen beeld of geluid op, maar dient enkel ter plaatsbepaling. Dat GPS als zodanig pas na de inwerkingtreding van de wetgeving dusdanig is ontwikkeld dat het ter plaatsbepaling kan worden gebruikt, is in de ogen van het Hof een redelijk voorzienbare ontwikkeling geweest.

Hoewel de Duitse wet geen vaste termijn bevatte waarbinnen de GPS-ontvanger mocht worden gebruikt; is het Hof van oordeel dat het gebruik *in casu* proportioneel is geweest en dat de rechter dat ook voldoende heeft getoetst. De bevoegdheid mocht naar Duits recht enkel worden gebruikt tegen verdachten van ernstige misdrijven en slechts in zeer beperkte mate tegen derden, terwijl als voorwaarde werd gesteld dat andere onderzoeksmethoden niet het gewenste resultaat hadden opgeleverd. Dit zijn naar het oordeel van het EHRM tamelijk strikte eisen die aan het gebruik van de methoden werden gesteld: het Duitse recht voorzag dus in voldoende waarborgen tegen misbruik.

Het EHRM staat nog stil bij de ontwikkeling dat inmiddels slechts na toestemming van de rechter-

commissaris stelselmatige observatie van langere duur dan een maand mag plaatsvinden. Hoewel het Hof positief staat tegenover een aanscherping van de rechterlijke controle op het toepassen van dit soort dwangmiddelen, merkt het op dat ook in het oude systeem rechterlijke controle werd uitgevoerd: de zittingsrechter kon immers de rechtmatigheid van het gebruik van de bevoegdheid in deze zaak toetsen en, bij geconstateerde onrechtmatigheden, het aldus vergaarde bewijs uitsluiten. Dit vormt voldoende waarborg tegen misbruik van deze bevoegdheid, die als gezegd minder ingrijpend is dan bijvoorbeeld het afluisteren van de telefoon. Daarbij speelt nog mee dat er in het Duitse recht (net als in Nederland) een notificatieverplichting is.

Met betrekking tot het doel van de methode oordeelt het EHRM dat dit bestond uit het nationaal belang, openbare veiligheid en het opsporen van strafbare feiten. Met betrekking tot de noodzaak beslist het Hof dat eerst minder verstrekkende methoden zijn gebruikt (bijvoorbeeld het gebruik van een peilbaken, waarvoor het wel noodzakelijk was dat men in de buurt van de auto bleef, waardoor dit geen '24/7' methode is) en dat de twee verdachten er al herhaaldelijk in waren geslaagd om de 'conventionele' observanten af te schudden. Ook de combinatie met andere, vergaande, observatietechnieken (telefoontap, direct afluisteren), verricht door twee verschillende overheidsinstanties maakt in dit geval het oordeel niet anders. Hoewel bij 'stapelings' van bevoegdheden de normen strakker gehanteerd moeten worden (er ontstaat immers

eerder een alomvattend beeld van het privéleven van een verdachte), was het belang *in casu* (het onderzoek naar zeer gewelddadige, deels als terroristisch te classificeren, misdrijven) ernstig genoeg, terwijl de uiteindelijke duur van de GPS-surveillance met drie maanden betrekkelijk kort was.

Al met al is er dus geen schending van artikel 8 EVRM (unaniem).

#### *Commentaar*

Zoals hierboven al opgemerkt is de uitspraak ten eerste interessant vanwege het onderwerp GPS-observatie. Dit levert in het onderhavige geval een schending van de privacy op, maar de daarvoor vereiste wettelijke basis wordt vervolgens voldoende geoordeeld. Zoals altijd is die constatering van relatieve waarde als we het Nederlandse recht zouden willen beoordelen.

Eenzijds hebben wij voor dit soort observatie, geregeld in artikel 126g lid 1 en lid 3 Sv, de strengere eis dat er altijd een bevel moet zijn van de officier van justitie en dat er per bevel een beperking aan de duur is gesteld. Het gebruik van technische hulpmiddelen en het waarborgen van de integriteit in dat kader is verder uitvoerig geregeld in het Besluit technische hulpmiddelen strafvoordering. Dat lijkt mij behoorlijk 'Straatsburg-proof'. Daar staat tegenover dat stelselmatige observatie met behulp van een technisch hulpmiddel op grond van artikel 126g Sv voor elk misdrijf is toegestaan en dat de proportionaliteitseis 'in het belang van het onderzoek' ook niet de meest betekenisvolle is. In die zin is onze regelgeving dus juist soepeler.

Bovendien valt onder 'technisch hulpmiddel' in Nederland óók het gebruik van videoapparatuur (maar *niet* het gebruik van apparatuur waarmee geluid kan worden opgenomen) en valt ook alle andere fysieke visuele observatie onder artikel 126g Sv. Dit lijken vormen van observatie te zijn waarvan het EHRM vindt dat deze een verdergaande inbreuk op de privacy opleveren, waarvoor dan wellicht een strenger toetsingskader zou moeten bestaan.

Het EHRM vindt het niet nodig dat terzake van GPS-observatie heel strenge regels worden gesteld; met name de beoordeling van proportionaliteit en subsidiariteit lijkt belangrijk te worden gevonden. Het is de vraag of de Nederlandse praktijk (officier van justitie vult formulier in, stukken gaan in map met alle andere BOB-bevelen, rechter beoordeelt doorgaans alleen indien er verweer wordt gevoerd door verdediging) voldoende zou worden bevonden. Observatie als zodanig is in Nederland één van de meer gebruikte bijzondere opsporingsbevoegdheden, net als bij de telefoontap bestaat wel eens de indruk dat het bevelen van dergelijke veelvoorkomende bevoegdheden tamelijk routineus gaat.

Het EHRM vindt het dus niet nodig dat observatie met een GPS-ontvanger voorafgaand rechterlijk (of door een officier van justitie) wordt getoetst: het is ook goed als de zittingsrechter het achteraf beoordeelt. Naarmate de schending van de privacy ernstiger wordt, moeten de waarborgen tegen misbruik dus specifiekere worden. Waar het EHRM in bijvoorbeeld *Kruslin &*

*Huwig t. Frankrijk* (EHRM 24 april 1990, NJ 1991, 523, m.nt. EJD) behoorlijk gedetailleerde regels alsmede rechterlijke toetsing eiste met betrekking tot de telefoontap, neemt het in het geval van de GPS-observatie genoeg met een betrekkelijk eenvoudige regeling, waarbij veel waarde lijkt te worden gehecht aan de algemene wettelijke proportionaliteits- en subsidiariteits- en de latere rechterlijke toets daarvan. Opmerkelijk vind ik dat daarbij kennelijk ook relevant wordt geacht dat de rechter bij een geconstateerde onrechtmatigheid het bewijsmateriaal terzijde kan schuiven. Dit terwijl het EHRM zelf zelden tot de conclusie komt dat er sprake is van schending van het recht op een eerlijk proces als er door schending van artikel 8 EVRM bewijsmateriaal wordt vergaard (zie hierover bijvoorbeeld de eerder in deze kroniek besproken uitspraak *Bykov t. Rusland* en de felle dissenters bij die uitspraak: EHRM 10 maart 2009, DD 2009, 46 en EHRC 2009, 69, m.nt. F.P. Ölcer). Nu ben ik niet goed op de hoogte van de wijze waarop de bewijsuitsluitingsregel in Duitsland wordt gehanteerd, maar kijkend naar Nederland en naar de jurisprudentie van het EHRM lijkt de redenering van het Hof hier een beetje een wassen neus.

Wij zijn dan ook nieuwsgierig wat het oordeel van het EHRM zou zijn over het arrest HR 26 oktober 2010, LJV BN0004, waarin de Hoge Raad oordeelt dat er niet stelselmatig is geobserveerd als gedurende twee maanden dagelijks met een camera opnamen worden gemaakt van een openbare locatie waar de verdachte zich vaak ophoudt. De consequentie

van dit oordeel is dat er geen specifieke wettelijke grondslag is vereist voor dergelijke observatie en dat zij dus op basis van artikel 2 Politiewet of artikel 141/142 Sv mag plaatsvinden. Een bevel van de officier van justitie is in zo'n geval niet nodig (hoewel in de praktijk de officier wel bij de besluitvorming betrokken zal zijn). Nu het EHRM visuele observatie (al dan niet met camera's) een verdergaande inbreuk op de privacy lijkt te vinden dan de observatie aan de hand van plaatsbepaling, is de vraag of het Hof akkoord zou gaan met het oordeel dat ook voor deze vorm van observatie geen toestemming van officier van justitie of rechter-commissaris nodig is.

Deze constatering is des te interessanter, als we lezen wat Coster van Voorhout hierboven opmerkt over de strikte eisen die het EHRM soms stelt aan de rolverdeling tussen de verschillende procesdeelnemers. Hoewel enerzijds wel wordt opgemerkt dat de privacy een bagatelcategorie lijkt te zijn geworden als het gaat om de consequenties ervan voor een eerlijk proces (zie F.P. Ölcer in haar noot bij het *Bykov*-arrest), zien we aan de andere kant dat de toetsing van de toelaatbaarheid van inbreuken door het EHRM nog steeds uitermate serieus plaatsvindt. Ook uit het hier besproken arrest blijkt dat het EHRM in het algemeen veel waarde hecht aan voorafgaande toetsing, maar dat deze toetsing *in casu* niet vereist is.

Het beroep van de Duitse regering op de Schutznorm wordt door het EHRM kort en krachtig verworpen. Het arrest lijkt op dit punt het vermoeden dat bijvoorbeeld Franken heeft, namelijk dat de Nederlandse

rechtspraak de Schutznorm nogal ruimhartig toepast, te bevestigen (A.A. Franken, 'Een effectief middel tegen vormverzuimen?', in: P.D. Duyx & P.D.J. van Zeben (red.), *Via Straatsburg* (Myjerbundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 207-220): net als in bijvoorbeeld *Lambert t. Frankrijk* (waarin het ging om de telefoontap; EHRM 24 augustus 1998, *JB* 1998, 234 m.nt. AWH) neemt het EHRM hier als uitgangspunt dat ook in het geval dat de heimelijke opsporings-

methode primair op een ander was (of lijkt te zijn) gericht, ook derden hierdoor in hun privacy kunnen worden aangetast. Het is toch eigenlijk vreemd dat een Nederlandse zaak op dit punt nog niet tot een Straatsburgse uitspraak heeft geleid. De uitspraak is ook gepubliceerd in EHRC 2010, 123 m.nt. De Hert & Van Caeneghem en in *NJB* 2010, 1935.

*J.M.W. Lindeman*