

ANNOTATIE

Sabalić t. Kroatië (EHRM, nr. 50231/13) – Geweld tegen LHBTI's, positieve verplichting staten, rechterlijke vragen bij procedure Straatsburg

C.M.S. Loven

*Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 14-01-2021,
ECLI:CE:ECHR:2021:0114JUD005023113 (EHRC-2021-0039)*

1. Op 14 januari 2021 heeft het EHRM uitspraak gedaan in de zaak *Sabalić t. Kroatië*. Het gaat in deze zaak om een klagster die tijdens een stapavond met vrienden ernstig is toegetakeld door een man, M.M., die zich aan klagster probeerde op te dringen en agressief werd toen klagster zei dat ze lesbisch is en een vriendin heeft. Oftewel, het gaat om homofob geweld, geweld gericht tegen LHBTI's. Volgens de ngo *Zagreb Pride* die als derde partij in de zaak intervenieerde is de situatie in Kroatië dusdanig ernstig dat niet van een incident kan worden gesproken. Integendeel, volgens *Zagreb Pride* is in Kroatië sprake van institutioneel en sociaal geweld tegen LHBTI's, mede als gevolg van een overheid die het nalaat om homofobie en transfobie aan te pakken. Dit is ook de kern van de klacht in onderhavige zaak. Voor het EHRM stelt klagster namelijk dat de nationale autoriteiten niet adequaat hebben gereageerd op het geweld waar zij mee te maken heeft gehad als gevolg van haar seksuele oriëntatie (art. 3 jo art. 14 EVRM). Alhoewel in deze annotatie eerst kort wordt ingegaan op de inhoudelijke beoordeling van de klacht, ligt de nadruk op een bespreking van de *partly concurring opinion* van Wojtyczek. Net als in eerdere zaken, waarover straks meer, bespreekt Wojtyczek het probleem dat de uitspraak van het Hof gevolgen heeft voor de rechten van een derde partij, in dit geval M.M., terwijl deze partij niet gehoord wordt in de procedure bij het EHRM.

2. Het Hof oordeelt in onderhavige zaak dat sprake is van een schending van art. 3 jo art. 14

EVRM. Oftewel, de Kroatische overheid heeft niet voldaan aan haar positieve verplichting om bij het onderzoeken van een geweldsdelict na te gaan of sprake was van discriminatie of haat-gerelateerd geweld. Bij de vaststelling dat Kroatië niet aan deze verplichting heeft voldaan, speelt een belangrijke rol dat geen nader onderzoek is gedaan naar het haat-gerelateerde en discriminatoire karakter van het geweld, terwijl volgens het Hof de nationale autoriteiten vrijwel meteen na het incident over aanwijzingen beschikten dat het geweld tegen klagster was gemotiveerd door haar seksuele oriëntatie. Ook op basis van nationale wetgeving had de politie de verplichting om, gelet op deze aanwijzingen, de zaak te rapporteren bij de openbaar aanklager die vervolgens nader onderzoek zou moeten doen naar het haat-gerelateerde en discriminatoire karakter van het geweld. Dit heeft de politie echter nagelaten. De politie heeft enkel een dag na het incident vervolging ingesteld bij het 'minor offences court'. Hier is de belager van klagster, M.M., veroordeeld tot het betalen van een boete van ongeveer 40 euro voor het verstoren van de openbare rust en orde. In deze zaak is dus het mogelijke haat-gerelateerde en discriminatoire karakter van het geweld niet aan bod gekomen. Vanwege het *ne bis in idem*-beginsel was het volgens de Kroatische overheid vervolgens niet meer mogelijk om een strafrechtelijk onderzoek, en mogelijk strafrechtelijke vervolging, in te stellen naar het haat-gerelateerde en discriminatoire karakter van het geweld. Het Hof maakt echter korte metten met dit argument. De autoriteiten hebben zelf de ontstane situatie gecreëerd door te kiezen voor de 'minor offence proceedings' in plaats van een strafrechtelijke procedure. Bovendien schrijft art. 4, lid 2, Protocol nr. 7 EVRM voor dat een uitzondering kan worden gemaakt op het *ne bis in idem*-beginsel wanneer sprake is van een 'fundamenteel defect' in de procedure. Het Hof oordeelt dat in onderhavige zaak hiervan sprake is, omdat de nationale autoriteiten hebben nagelaten om het haat-gerelateerde en discriminatoire karakter van het geweld te onderzoeken en een dergelijk motief buiten beschouwing hebben gelaten bij de vervolging van M.M.

3. Een belangrijke overweging van het Hof die in het voorgaande nog niet aan bod is gekomen is de overweging dat '[t]he Court cannot [...] overlook the fact that M.M.'s sentence in the minor offences proceedings was manifestly disproportionate to the gravity of the ill-treatment suffered by the applicant'.^[1] Het is precies deze overweging die Wojtyczek aanleiding heeft gegeven om een *partly concurring opinion* bij de zaak te voegen. Volgens Wojtyczek stelt het Hof met de overweging dat de straf manifest disproportioneel is indirect vast dat M.M. schuldig is aan het begaan van een strafbaar feit en dat de nationale rechters een veel zwaardere sanctie hadden moeten opleggen.^[2] Wojtyczek acht dit problematisch, omdat de uitspraak van het Hof op deze manier direct gevolgen heeft voor de fundamentele rechten van M.M., terwijl hij niet gehoord is in de procedure bij het Hof.^[3] In dit verband merkt Wojtyczek op dat M.M. op nationaal niveau alleen schuldig is bevonden aan een 'minor offence' en nog niet aan een 'criminal offence'. Wojtyczek stelt daarom dat de overweging van

het Hof in strijd is met de onschuldpresumptie in de zin van art. 6, lid 2, EVRM.[4] Alhoewel het Hof nog overweegt dat het oordeel met betrekking tot de zwaarte van de sanctie ‘does not call into question M.M.’s individual criminal responsibility under the domestic law’,[5] is het volgens Wojtyczek onmogelijk om uitspraken te doen over de zwaarte van de sanctie zonder daarmee tegelijkertijd een oordeel uit te spreken over de schuldvraag.[6]

4. Het is niet de eerste keer dat Wojtyczek kritische kanttekening plaatst bij de situatie dat een persoon die wordt geraakt door een uitspraak van het Hof en meestal betrokken is geweest in de procedure op nationaal niveau niet wordt gehoord in de procedure bij het EHRM. Zo achtte Wojtyczek het ook problematisch dat in de zaak *A en B t. Kroatië*[7] de vader niet werd gehoord in de procedure bij het EHRM, terwijl hij in twee hoedanigheden bij de zaak was betrokken (als wettelijk vertegenwoordiger van zijn dochter en als beschuldigde). In deze zaak klaagde de ex van de vader namelijk over de effectiviteit van een strafrechtelijk onderzoek naar beschuldigingen jegens de vader van het seksueel misbruiken van hun dochter. Ook aan deze zaak lag dus een strafrechtelijk conflict ten grondslag. Wat betreft dergelijke strafzaken kan de kritiek van Wojtyczek in verband worden gebracht met de door wetenschappers geuite kritiek dat het Hof met betrekking tot het strafrecht soms zeer vergaande positieve verplichtingen formuleert voor staten en hierbij te weinig aandacht heeft voor de negatieve rechten van bijvoorbeeld verdachten.[8] Dat de persoon wiens negatieve rechten in het geding zijn niet is betrokken in de procedure in Straatsburg zou hierbij namelijk een rol kunnen spelen. Als gevolg hiervan zou de aandacht van het Hof immers te veel uit kunnen gaan naar het perspectief van klager.

5. Toch betekent het voorgaande niet dat vragen met betrekking tot de procedurele status van partijen die betrokken zijn bij het conflict op nationaal niveau en mogelijk geraakt worden door de uitspraak van het EHRM alleen spelen in zaken die hun oorsprong vinden in een strafzaak. Integendeel, het probleem doet zich ook voor in zaken die voortkomen uit een privaatrechtelijk conflict, zoals ook door Wojtyczek eerder is geconstateerd.[9] Hier gaat het bijvoorbeeld om conflicten tussen het recht op respect voor het privéleven en het recht op vrijheid van meningsuiting, familierechtelijke conflicten over voogdij- en omgangsrechten, conflicten over informatie over vermeende biologische ouders en de erkenning van ouderschap of conflicten tussen werkgevers en werknemers. Over het algemeen vinden deze zaken hun oorsprong in een privaatrechtelijk conflict op nationaal niveau. Wanneer de zaak vervolgens bij het EHRM komt is een van de partijen niet meer betrokken bij de procedure, maar vervangen door de Staat, omdat de procedure in Straatsburg een verticaal karakter heeft. Denk bijvoorbeeld aan een journalist, wanneer iemand klaagt over een schending van zijn recht op reputatie en privéleven als gevolg van de publicatie van een artikel of foto's. Net als hierboven is besproken voor strafzaken, is met betrekking tot deze zaken de kritiek geuit dat

het Hof zijn aandacht te veel zou richten op het perspectief van klager en te weinig oog zou hebben voor de rechten van de derde partij, in dit geval de vrijheid van meningsuiting van de journalist.[10] Ook hier geldt dat vanwege het feit dat de derde partij niet betrokken is in de procedure, het Hof weinig tot geen informatie heeft over de rechten en belangen van deze derde partij. Tegelijkertijd kan deze partij wel geraakt worden in zijn rechten door een uitspraak van het Hof, zij het indirect. Vanuit procedureel rechtelijk oogpunt kan dus zowel in zaken die hun oorsprong vinden in een strafrechtelijk conflict als in zaken die hun oorsprong vinden in een privaatrechtelijk conflict de situatie dat een derde partij niet betrokken is in de procedure in Straatsburg tot problemen leiden.

6. Het huidige EVRM-systeem bevat al een mogelijke oplossing om ervoor te zorgen dat derde partijen wel gehoord worden in de procedure bij het Hof en er dientengevolge meer aandacht is voor de rechten en belangen van deze partij. Deze derde partijen kunnen namelijk, net als bijvoorbeeld ngo's, op basis van art. 36 EVRM een verzoek indienen om als derde partij te interveniëren in de procedure bij het EHRM. Vraag is echter wel of dit instrument voldoende effectief is om recht te doen aan het probleem. Zo staat het Hof volledig vrij om een verzoek af te wijzen en ligt de verantwoordelijkheid voor het indienen van een verzoek bij de private partij zelf. Alhoewel Wojtyczek zich in onderhavige zaak niet uitlaat over een mogelijke oplossing, heeft hij in zijn *concurring opinion* bij de zaak *A en B t. Kroatië* geopperd dat het Hof op eigen initiatief de vader had moeten uitnodigen om te interveniëren in de procedure.[11] Voor de huidige zaak zou dit hebben betekend dat het Hof M.M., de belager van klagster, had moeten uitnodigen. Het Hof had dit kunnen doen op basis van het huidige art. 36 EVRM en maakt van deze bevoegdheid ook af en toe gebruik,[12] zij het alleen dat dit vrij zeldzaam is. Daarom is het de vraag of de bestaande mogelijkheid niet zou moeten worden uitgebreid naar een verplichting voor het Hof om een derde partij uit te nodigen om te interveniëren in de procedure in Straatsburg wanneer deze partij direct betrokken is bij het conflict en zijn fundamentele rechten mogelijk geraakt worden door een uitspraak van het Hof. Dit zou echter wel een aanpassing van de regels vergen en daarmee een koerswijziging wat betreft de procedurele status van derde partijen. Daarom is in dit verband van belang dat, van de huidige 47 rechters bij het Hof, alleen Kjølbros,[13] Koskelo[14] en Pastor Vilanova[15] zich net als Wojtyczek hebben uitgelaten over het problematische karakter van de situatie. Hiermee kan dus nog niet worden gezegd dat de ernst van het probleem breed wordt erkend en gedragen door de rechters in Straatsburg. Nu deze zaak maar weer eens laat zien dat het probleem zich in allerlei soorten zaken kan voortdoen, zou het daarom interessant zijn als de discussie zich vaker op het niveau van de Grote Kamer gaat afspelen, bijvoorbeeld wanneer weer een zaak bij de Grote Kamer komt waarin de situatie dat een partij niet gehoord wordt in de procedure in Straatsburg een dusdanig evidente rol speelt dat aan deze discussie niet voorbij kan worden gegaan.

C.M.S. Loven, promovenda bij het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging,
Universiteit Utrecht

[1] Par. 110.

[2] *Sabalić t. Kroatië, Partly concurring opinion Wojtyczek*, par. 2.

[3] *Sabalić t. Kroatië, Partly concurring opinion Wojtyczek*, par. 3.

[4] *Sabalić t. Kroatië, Partly concurring opinion Wojtyczek*, par. 3.

[5] Par. 110.

[6] *Sabalić t. Kroatië, Partly concurring opinion Wojtyczek*, par. 3.

[7] *A en B t. Kroatië*, EHRM 20 juni 2019, nr. 7144/15, ECLI:CE:ECHR:2019:0620JUD000714415, «EHRC» 2019/172 m.nt. C.M.S. Loven.

[8] Zie hierover bijvoorbeeld Liora Lazarus, 'Positive obligations and Criminal Justice: Duties to Protect or Coerce' in L. Zadner en J. Roberts (eds.), *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Andrew Ashworth*, Oxford University Press 2012; Laurens Lavrysen en Natasa Mavronicola (eds.), *Coercive Human Rights: Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Hart Publishing 2020.

[9] Zie bijvoorbeeld: *Bochan t. Oekraïne*, EHRM (GK) 5 februari 2015, nr. 22251/08,

ECLI:CE:ECHR:2015:0205JUD002225108, *Concurring Opinion Wojtyczek; Liamberi e.a. t. Griekenland*, EHRM 8 oktober 2020, nr. 18312/12, ECLI:CE:ECHR:2020:1008JUD001831212, *Dissenting opinion Wojtyczek*.

[10] Zie hierover bijvoorbeeld: Stijn Smet, *Resolving conflicts between human rights: the judge's dilemma*, Routledge 2017. Smet noemt dit 'preferential framing'.

[11] *A en B t. Kroatië* (reeds aangehaald), *Concurring opinion Wojtyczek*, par. 6.

[12] In de zaak *Strand Lobben e.a. t. Noorwegen*, EHRM (GK) 10 september 2019, nr. 37283/13, ECLI:CE:ECHR:2019:0910JUD003728313 «EHRC» 2019/235 m.nt. M.R. Bruning heeft de President van de Grote Kamer bijvoorbeeld de adoptieouders van de tweede klager

uitgenodigd.

[13] *Orlović e.a. t. Bosnië en Herzegovina*, EHRM 1 oktober 2019, nr. 16332/18, ECLI:CE:ECHR:2019:1001JUD001633218, «EHRC» 2019/237 m.nt. A.C. Buyse en C.M.S. Loven, *Partly dissenting opinion Kjølbro*.

[14] *Kosmas e.a. t. Griekenland*, EHRM 29 juni 2017, nr. 20086/13, ECLI:CE:ECHR:2017:0629JUD002008613, *Dissenting opinion Koskelo*.

[15] Pere Pastor Vilanova, 'Third parties involved in international litigation proceedings. What are the challenges for the ECtHR?' in :Paulo Pinto de Albuquerque and Krzysztof Wojtyczek (eds.) *Judicial power in a globalised world: liber amicorum Vincent De Gaetano*, Springer 2019.