

ANNOTATIE

Fenech t. Malta (EHRM, 19090/20) – ‘Beschermende maatregelen’ in gevangenis ter voorkoming van verspreiding van COVID-19

prof. mr. A.C. Hendriks

*Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 01-03-2022,
ECLI:CE:EHCR:2022:0301JUD001909020 (EHRC-2022-0079)*

1. Gedurende de eerste twee jaar van de COVID-19-pandemie hebben diverse klagers COVID-19-gerelateerde zaken voorgelegd aan het Europees Hof voor de Rechten van Mens (hierna: ‘Hof’ of ‘EHRM’). Het uitgangspunt van het Hof is daarbij vanaf het begin af aan geweest dat de COVID-19-pandemie zich in een exceptionele en onvoorspelbare context voordoet (inmiddels wellicht heeft voorgedaan), waarbij de nationale autoriteiten veel ruimte krijgen van het Hof om noodzakelijke maatregelen te nemen.[1] Voor een kort overzicht van deze beslissingen en uitspraken van het Hof verwijs ik naar de regelmatig geactualiseerde factsheet van het Hof inzake ‘COVID-19 health crisis’.[2]

2. De uitspraak van het Hof in de zaak *Fenech t. Malta* van 1 maart 2022 was op dat moment de meest uitgebreide waar het gaat om de klachten die rondom de pandemie zijn ingediend. Alleen al om deze reden verdient deze uitspraak de aandacht van degenen die de uitspraken van het Hof volgen. Deze uitspraak is voorts van groot belang voor strafrecht- en gezondheidsjuristen, die willen weten wat de nationale autoriteiten in het kader van een pandemie als COVID-19 en bij gedetineerden met een kwetsbare gezondheid wel of niet moeten doen.

3. De heer Fenech, klager, heeft in korte tijd twee met elkaar verband houdende klachten aan het Hof voorgelegd. Die klachten volgden beide nadat de heer Fenech was aangehouden

wegens verdenking op betrokkenheid bij de moord op de bekende Maltese journalist Daphne Caruana. Zijn voorarrest, sinds 2019, werd in eerste instantie in 2020 verlengd vanwege de COVID-19-pandemie. De heer Fenech stelde zich in Straatsburg op het standpunt dat deze vertraging een schending opleverde van art. 5 EVRM (het recht op vrijheid). Het Hof verklaarde deze klacht in 2021 niet-ontvankelijk.[3] Het Hof was met het Constitutionele Hof van Malta van oordeel dat sprake was van tijdelijke noodmaatregelen in het kader van een wereldwijde pandemie. Rechterlijke instanties – waaronder in Nederland en België – waren daardoor enige tijd niet in staat om hun werkzaamheden te verrichten, of schakelden over op beeldbellen en het houden van zittingen zonder publiek.[4] In de gegeven omstandigheden was dat verexcuseerbaar, aldus het Hof. De beslissing om de klacht niet-ontvankelijk te verklaren werd daarnaast ingegeven doordat het Hof constateerde dat de nationale autoriteiten de procesgang niet anderszins hadden vertraagd.

4. De tweede klacht van de heer Fenech tegen de Maltese autoriteiten, waarover het Hof op 1 maart 2022 uitspraak deed, omvat twee klachtonderdelen. In de eerste plaats stelt klager zich op het standpunt dat hij in de periode van 30 november 2019 tot en met 3 januari 2020 onrechtmatig eenzaam was opgesloten. Het tweede klachtonderdeel betreft de klacht van klager over de detentieomstandigheden vanaf 4 januari 2020 en de periode daarna. Met betrekking tot dat laatste wees hij op alle fysieke en contactuele restricties die golden voor gedetineerden en verwees hij naar een brief van een geconsulteerd arts. Deze laatste had geschreven dat klager ernstige gezondheidsschade kon oplopen in geval van een infectie, zoals COVID-19. Volgens klager was in beide situaties, de eenzame opsluiting en door de detentieomstandigheden, sprake van een schending van art. 3 EVRM (verbod van marteling en onmenselijke behandeling). Het Hof wijst deze klachtonderdelen via een uitgebreid gemotiveerde uitspraak evenwel unaniem af.

5. Het is duidelijk dat het Hof in de tweede zaak *Fenech t. Malta* niet over een nacht ijs is gegaan. Het Hof haalt in zijn uitspraak uitvoerig de Maltese strafrechtelijke en detentiewetgeving aan (par. 16-18). Daarnaast bevat de uitspraak een mooie samenvatting van relevante internationale en Europese standaarden inzake volksgezondheid en detentieomstandigheden, waaronder door het CPT opgestelde eisen (par. 19-33). Dit leidt tot een rijke schakering van negatieve en positieve verplichtingen voor de nationale autoriteiten, in de zin van te respecteren vrijheden van gedetineerden en zorgplichten jegens gedetineerden.

6. Deze negatieve en positieve verplichtingen sluiten niet altijd goed op elkaar aan. Dat spreekt duidelijk uit de beoordeling van het Hof van het eerste klachtonderdeel. Met betrekking tot de periode 30 november 2019 tot 3 januari 2020 beklagt klager zich over een gebrek aan ventilatie, gepaste kleding, de afwezigheid van temperatuurcontrole, de

kunstmatige verlichting en de eenzame opsluiting. Deze maatregelen waren getroffen nadat klager positief was getest voor cocaïnegebruik.

Het Hof kijkt bij de beoordeling van dit klachtonderdeel bovenal naar de eenzame opsluiting van klager. De internationale en Europese standaarden stellen strenge eisen aan het opleggen van eenzame opsluiting als disciplinaire maatregel. Zo mag deze maatregel in de regel niet langer duren dan maximaal 15 dagen. De Maltese autoriteiten weerspreken evenwel dat sprake was van een disciplinaire maatregel; de opsluiting betrof een *beschermende* maatregel. Uit een door een gevangenisarts opgesteld advies blijkt dat is overgegaan tot eenzame opsluiting vanwege het risico van gezondheidsschade door klager zelf, waaronder het risico op suïcide, en het van hem uitgaande gevaar voor anderen. Dat noodzaakte tot het verblijf van klager in een eenpersoonsruimte.

Hoewel het Hof het beter had gevonden als de noodzaak van deze maatregel na het eerste medisch advies nogmaals was beoordeeld, stemt het Hof met deze beschermende maatregel in. Daar komt bij dat klager niet in volledig sociaal isolement verkeerde, maar er ook gelegenheid was voor klager om contact te onderhouden met zijn advocaat en enkele andere personen. Mede gelet op de duur van 35 dagen en op het feit dat de eenzame opsluiting niet had geleid tot mentale schade bij betrokkene leverde deze maatregel volgens het Hof geen schending op van het verbod van onmenselijke behandeling. Er waren immers gezondheidsredenen om de eenzame opsluiting te rechtvaardigen. Het Hof tekent hierbij wel aan dat het betreurt dat de autoriteiten niet hebben aangegeven wat de wettelijke basis van deze maatregel was (par. 69).

7. De beoordeling van het Hof van dit eerste klachtonderdeel komt mij over als bijzonder terughoudend. Of misschien moet ik zeggen dat het Hof de autoriteiten een wel erg ruime *margin of appreciation* laat. Een eenmalige beoordeling van een gedetineerde door een gevangenisarts, resulterend in de eenzame opsluiting voor meer dan tweemaal zo lang dan is toegestaan als disciplinaire maatregel, zonder wettelijke basis, biedt de gedetineerde erg weinig rechtsbescherming. Dit temeer omdat de risico's uitgaande van cocaïnemisbruik doorgaans na enkele dagen zijn verdampt. Daarnaast is klager niet gezien door een onafhankelijke medisch deskundige, hetgeen ter vaststelling van een psychische stoornis volgens het Hof altijd nodig is.[5] Mij is daarom niet duidelijk waarom het Hof deze 'gezondheidsmaatregel' niet stringenter heeft getoetst. Daar komt bij dat de beschermende maatregel, anders dan bij de klachten van klager inzake het tweede klachtonderdeel, geen verband houdt met het voorkomen van de verspreiding van COVID-19. Hoe dan ook, het eindoordeel van het Hof dat de eenzame opsluiting van klager gedurende 35 dagen geen strijd opleverde met art. 3 EVRM had het Hof beter kunnen motiveren.

8. Dan is er nog het tweede klachtonderdeel van klager over de detentieomstandigheden vanaf 4 januari 2020. Het Hof oordeelt instemmend met betrekking tot alle restricties die aan klager zijn opgelegd ter voorkoming van verdere COVID-19-besmettingen, een pandemie die enkele weken na klagers eenzame opsluiting uitbrak. Deze restricties, zoals het beletten van toegang tot de sportzaal, het niet naar de gebedsruimte kunnen gaan en het niet toestaan van bezoek, kwamen overeen met de maatregelen die voor iedereen op Malta golden. Het Hof acht deze maatregelen ook in overeenstemming met de internationale adviezen en voorschriften. Daarnaast was er volgens het Hof sprake van goede medische zorg in de gevangenis en kregen de gedetineerden als een van de eerste groepen de mogelijkheid om zich te laten vaccineren. Het Hof oordeelt op grond daarvan dat de restricties conform de door de nationale autoriteiten te nemen beschermende maatregelen waren en dat die inperkingen van vrijheidsrechten rechtvaardigden.

9. Deze beoordeling van de detentieomstandigheden is aanzienlijk minder kritisch dan de beoordeling door het Hof in de recentere zaak *CGAS*.^[6] In deze zaak oordeelde – overigens de kleinst mogelijke meerderheid van – een Kamer van het Hof dat de onvoorwaardelijke beperking om te demonstreren ter beteugeling van COVID-19 een disproportionele inbreuk opleverde van art. 11 EVRM (recht op demonstratievrijheid). Opvallend is ook dat het Hof voorbijgaat aan de klachten van klager aangaande het delen van een cel met anderen. In het geval van klager betrof het een slaapvertrek voor vijf tot zes gevangenen, met een totale afmeting van minder dan 35 m². Dat komt neer op minder dan 4 m² per persoon. Deze oppervlakte is minder dan een ruimte van 4 m² die het CPT als norm voorschrijft.^[7] Het Hof wijkt evenwel af van deze eis en acht een ruimte van minstens 3 m² per gedetineerde ook nog net in overeenstemming met de eisen van art. 3 EVRM.^[8] Dat laatste verdient, in het licht van de COVID-19-pandemie, mijn inziens heroverweging. Hoewel er sinds de COVID-19-pandemie geen nieuwe internationale of Europese eisen zijn geformuleerd inzake de minimale celoppervlakte per gedetineerde, is het iedereen duidelijk dat 3 m² per gedetineerde in een gedeeld slaapvertrek te weinig is om elkaar niet te besmetten.^[9] Was dat geen reden voor het Hof geweest om alsnog aansluiting te zoeken bij de norm van minimaal 4 m², zoals het CPT het heeft geformuleerd? Of, vanuit het perspectief van de bestrijding van COVID-19: had het Hof niet moeten pleiten voor meer eenpersoonscellen, uiteraard rekening houdend met de wensen van gedetineerden die dat juist niet wensen^[10] en met het risico dat dit kan leiden tot mentale gezondheidsproblemen?^[11] Een meer kritische houding van het Hof was hier op zijn plaats geweest.

10. Het Hof sauveert voorts het niet treffen van speciale maatregelen voor klager vanwege diens beschikken over slechts één nier en de ernstige gezondheidsschade die daardoor kan optreden als klager geïnfecteerd raakt. Het Hof oordeelt daarentegen dat de Maltese

autoriteiten de situatie van klager zorgvuldig hebben onderzocht en dat klager op grond daarvan geen aanspraak maakt op andersoortige behandeling.

11. De beoordeling van het Hof in de zaak *Fenech t. Malta* is daarmee bovenal terughoudend. Feitelijk laat het Hof de nationale autoriteiten veel ruimte om een gedetineerde na het gebruik van verdovende middelen eenzaam op te sluiten. En dat op basis van een eenmalige beoordeling door een niet-onafhankelijk arts, zonder dat er voor deze eenzame opsluiting als beschermende maatregel een wettelijke basis is. Aldus dreigen de waarborgen die er zijn ter voorkoming van ongerechtvaardigde disciplinaire maatregelen te worden ondergraven. De noodzaak van de eenzame opsluiting als beschermende maatregel blijkt onvoldoende uit de aangehaalde overgelegde stukken.

Soortgelijke bedenkingen bestaan er aangaande de detentieomstandigheden, die in het kader van de bestrijding van COVID-19 zijn toegepast. Het is onweersproken dat de vrijheid- en contactbeperkende maatregelen van toepassing waren op iedereen in Malta. Maar niet alle bewonders van Malta verblijven in een gedeelde cel met onbekende medege-detineerden met minder dan 4 m² per persoon. Ook blijkt uit de overgelegde stukken dat klager bij een COVID-19-infectie een aanzienlijk risico loopt op gezondheidsschade. Ook wat dit betreft had het Hof de situatie strikter kunnen toetsen.

12. De eindconclusie over deze uitspraak is, dat het Hof de overheid (te) veel ruimte laat om beschermende maatregelen te nemen ter voorkoming van schade voortkomend uit de geestelijke gezondheid van klager en ter voorkoming van besmetting met COVID-19. Dit terwijl het Hof de eenzame opsluiting nauwelijks kritisch toetst en niet ingaat op de – in het kader van COVID-19 – beperkte celoppervlakte van klager. De uitspraak lijkt daarmee enigszins uit balans, nu de Maltese autoriteiten veel beperkingen mogen opleggen zonder dat het Hof goed kijkt of de doelen met minder vergaande maatregelen hadden kunnen worden gerealiseerd. De uitspraak van het Hof in de zaak *Fenech t. Malta* van 1 maart 2022 biedt mensenrechtenjuristen aldus weinig handvatten om beschermende en COVID-19-gerelateerde maatregelen in gevangenissen te toetsen. Ook vanuit strafrechtelijk en gezondheidsrechtelijk perspectief laat het Hof mogelijkheden tot verduidelijking van normen liggen.

A.C. Hendriks

Hoogleraar gezondheidsrecht, Universiteit Leiden

[1] *Terheș t. Roemenië*, EHRM (ontv.) 13 april 2021, nr. 49933/20,

ECLI:CE:ECHR:2021:0413DEC0049933/20.

[2] https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Covid_ENG.pdf.

[3] *Fenech t. Malta*, EHRM (ontv.) 23 maart 2021, nr. 19090/20, ECLI:CE:ECHR:2021:0323DEC001909020, «EHRC» 2021/100, m.nt. Mommers en Francot.

[4] M.J. ter Voert, E. Bauw e.a., *Gevolgen van COVID-19 voor de rechtspraak en kwetsbare rechtzoekenden: een onderzoek naar maatregelen en de positie van rechtzoekenden binnen het straf-, civiele jeugdbeschermings-, en vreemdelingenrecht* (onderzoek uitgevoerd in opdracht van ZonMW), Den Haag: Bju 2022

[5] Zie reeds *Winterwerp t. Nederland*, EHRM 24 oktober 1979, nr. 6301/73, ECLI:CE:ECHR:1979:1024JUD000630173, NJ 1980/114, m.nt. Alkema.

[6] *Communaute genevoise d'action syndicale (CGAS) t. Zwitserland*, EHRM 15 maart 2022, nr. 21881/20, ECLI:CE:ECHR:2022:0315JUD002188120.

[7] *Muršić t. Kroatië*, EHRM 12 maart 2015, nr. 7334/13, ECLI:CE:ECHR:2016:1020JUD000733413, «EHRC» 2015/118, m.nt. Hagens en Dorneanu t. Roemenië, EHRM 28 november 2017, nr. 55089/13, ECLI:CE:ECHR:2017:1128JUD005508913, «EHRC» 2018/40.

[8] *Muršić t. Kroatië*, EHRM (GK) 20 oktober 2016, nr. 7334/13, «EHRC» 2017/49, m.nt. Hagens en Rezmiveş e.a. t. Roemenië, EHRM 25 april 2017, nr. 61467/12 e.a., «EHRC» 2017/135 m.nt. Van Kruisbergen.

[9] Vgl. *Hummatov t. Azerbeidzjan*, EHRM 29 november 2007, nr. 9852/03 en 13413/04, ECLI:CE:ECHR:2007:1129JUD000985203, «EHRC» 2008/12, m.nt. Van der Velde.

[10] *Horoz t. Turkije*, EHRM 31 maart 2009, nr. 1639/03, ECLI:CE:ECHR:2009:0331JUD000163903.

[11] *X t. Turkije*, EHRM 9 oktober 2012, nr. 24626/09, ECLI:CE:ECHR:2012:1009JUD002462609, «EHRC» 2012/232.