

Nieuwsbrief EHRC Updates 2022-11

Nummer 11, 2022

Redactie: J.H. Gerards, H. Morre, J. Krommendijk, S. Lambrecht, P. Ölçer, B. Aarrass, L.E. Burgers, P. Cannoot, L.R. Glas, C. Mak, D.A.G. van Toor en C. Van de Graaf.

INHOUDSOPGAVE

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0519JUD005403218 19-05-2022

T.C. t. Italië, EHRM 19 mei 2022, nr. 54032/18

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0519JUD000062114 19-05-2022

L.F. t. Hongarije, EHRM 19 mei 2022, nr. 621/14

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0519JUD001614015 19-05-2022

Bežanić en Baškarad t. Kroatië, EHRM 19 mei 2022, nrs. 16140/15 en 13322/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0517JUD003976420 17-05-2022

Simić t. Bosnië en Herzegovina, EHRM 17 mei 2022, nr. 39764/20

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0517JUD007136712 17-05-2022

Oganezova t. Armenië, EHRM 17 mei 2022, nrs. 71367/12 en 72961/12

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0517JUD003542216 17-05-2022

Ali Reza t. Bulgarije, EHRM 17 mei 2022, nr. 35422/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0512JUD006488619 12-05-2022

X t. Tsjechië, EHRM 12 mei 2022, nr. 64886/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0512JUD004928115 12-05-2022

Dragan Kovačević t. Kroatië, EHRM 12 mei 2022, nr. 49281/15

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0510JUD004195514 10-05-2022

Yeşiller ve Sol Gelecek Partisi t. Turkije, EHRM 10 mei 2022, nr. 41955/14

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0510JUD004798715 10-05-2022

Solyanik t. Rusland, EHRM 10 mei 2022, nr. 47987/15

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens, ECLI:CE:ECHR:2022:0426DEC000144319](#) 26-04-2022

De Kok t. Nederland, EHRM 26 april 2022, nr. 1443/19

Annotatie

[Kurt t. Oostenrijk \(EHRM, 62903/15\) – Accounting for the particular context of domestic violence](#)

L.P.A. Sosa

Annotatie

[Vlahov t. Kroatië \(EHRM, 31163/13\) – Vrijheid van vakvereniging is géén recht op vakvereniging](#)

Prof. Dr. F. Dorssemont

Annotatie

[Lings t. Denemarken \(EHRM, 15136/20\) – Hulp bij zelfdoding als meningsuiting?](#)

prof. mr. A.C. Hendriks

Annotatie

[Kikabidze t. Georgië \(EHRM, 57642/12\) – Beoordeling van verzoeken tot het horen van getuigen bij overschrijden van een procedurele termijn](#)

D.A.G. van Toor en I.N. de Wit

Annotatie

[Johansen t. Denemarken \(EHRM, 27801/19\) – Marginale toetsing willekeur bij ontneming van nationaliteit bij terrorismeveroordeelden](#)

F. Wassenaar

Annotatie

[De Kok t. Nederland, \(EHRM, 1443/19\) – Fundamentele bezwaren tegen verplichte zorgverzekering verworpen](#)

prof. mr. A.C. Hendriks

Annotatie

[Tonkov t. België \(EHRM, 41115/14\) – \(Mede\)verdachtenverklaringen als bewijs in de Salduz/Beuze-beoordeling van art. 6 EVRM](#)

P. Tersago

Annotatie

**Tonkov t. Belgie (EHRM, 41115/14) – Straatsburgse duidelijkheid over de
derdenwerking van Salduz-rechtspraak**

M. Lochs

ANNOTATIE

Kurt t. Oostenrijk (EHRM, 62903/15) – Accounting for the particular context of domestic violence**L.P.A. Sosa****Overview**

1. Within a year, the European Court of Human Rights has delivered six judgments in cases where domestic violence has been the core issue: *Kurt v. Austria* (a Grand Chamber judgment);[1] *Tkheldze v. Georgia*;^[2] *Tunikova and Others v. Russia*;^[3] *A and B v. Georgia*^[4], *Y and Others v. Bulgaria*^[5], and *Landi v. Italy*.^[6] This case note focuses on the first five cases, which confirmed the need to adapt the *Osman* test to ‘the particular context of domestic violence’ as previously established in *Opuz*,^[7] *Volodina*,^[8] and *Talpis*^[9]. They aim to provide greater clarity with respect to key aspects of the test, specifically in relation to the relevance of the ‘context of domestic violence’ for the assessment of lethal risk, the impact of domestic violence on children, and the use of protection orders and pre-trial detention as part of the States’ ‘toolkit’ to prevent violence from happening. The judgments also suggest an improved understanding, on the part of the Court, of the interconnections that exist between gender-based discrimination and violence. That being said, insufficient recognition of the impact of additional grounds of discrimination on the experiences and manifestation of violence may hinder the effective application in the future of these recently established standards.

2. *Kurt v. Austria*, the first Grand Chamber decision involving domestic violence issues, concerned the murder of an 8-year-old boy who was shot on school premises in front of his younger sister by their father, who then committed suicide. In this case, the father was on probation and had protection orders made against him, after being previously convicted for domestic violence offences. A new criminal procedure had been initiated after he committed further violent acts against the mother when she filed a claim for divorce. In a much critiqued and divisive judgment the Grand Chamber rejected the applicant’s claim of a violation to Article 2 of the Convention on account of the authorities’ failure to ensure the protection of her son’s life from his violent father.

3. The case of *Tkheldidze* concerns the murder of a university professor by her ex-husband, after enduring domestic violence for a long period and forcing her to move to another city. The victim in this case made numerous reports of the violence and threats against her and her child to the police, pleading for State protection. In all cases, the police limited themselves to recording the statements without issuing any protection measures. She was shot by her ex-husband in her workplace.

4. In *Tunikova and Others*, four applicants suffered physical violence at the hands of their (former) partners, which was documented in medical records and in police reports. Ms Tunikova suffered a concussion, bruises and abrasions; Ms Gershman was attacked multiple times inside and outside her home; Ms Petrakova reported assaults over seven years; and Ms Gracheva's was mutilated and ended up suffering from life-long physical disabilities.

5. *A and B v. Georgia* is a case concerning the murder of a woman by her (ex)partner, despite multiple reports to the police and the prosecution office. In this case the Court found that the abuser's status as a police officer granted him further impunity, as evidenced by the reluctance of the police to investigate the allegations of violence and the emphasis the prosecutorial office placed on the compromised testimony of the police. While the abuser was sentenced to prison and the next of kin received compensation, no criminal investigation was initiated against the police agents for their inactivity and negligence.

6. Lastly, *Y and Others v. Bulgaria* concerns the murder of a woman by her husband, who shot her in a café after an escalation of threats and violence when she asked him for divorce. In this case, the authorities failed to properly assess the risk for her life and showed negligence in the enforcement of the protection order in place against the abuser, despite the victim's reports to the police about the his continuing breaches of the order and his legal possession of a firearm.

7. The standard of protection offered by each of the respondent States varied significantly in these four cases, ranging from the complete absence of a legislative framework to address domestic violence and protect victims (*Tunikova*, and previously, *Volodina*) to the negligence of public agents when applying existing frameworks (*Tkheldidze*, *A and B* and *Y and Others*) and a largely developed system of response and protection against violence, including trained professionals (*Kurt*). The diverse settings and conditions of the cases allows for a more comprehensive and critical understanding of what 'the context of domestic violence' means for the Court.

The obligation to establish a legal framework

8. In these cases, the Court has confirmed that the States' positive obligations under Article 2 and 3 of the Convention comprise, firstly, an obligation to put in place a legislative and

regulatory framework of protection.[10] Such a legislative and administrative framework needs to be designed to provide effective deterrence against threats to the right of life. In cases involving acts of domestic violence, the Court has clarified that an effective framework would usually require the adoption of criminal law measures, including the criminalisation of acts of violence within the family by providing effective, proportionate, and dissuasive sanctions. This can be achieved either by adopting a separate offence or as an aggravating element of other offences.[11]

9. The justifications for the requirement of specific criminalization, even when acts of domestic violence could fall under the general existing provisions, are: (1) to avoid disparate responses (administrative or criminal law) that depend upon the severity of the acts in question; and (2), to treat domestic violence as a single course of conduct that results in a continuum of domestic violence, instead of separate sanctionable instances.[12] This second aspect gives testimony of the Court's growing understanding of the particular dynamics of domestic violence. In addition, the effective criminal law provisions must be reinforced by law-enforcement machinery for the prevention, suppression, and punishment of breaches of such provisions.[13]

10. Furthermore, the Court has indicated that, in addition to criminalization, the domestic legal framework must adequately afford protection to victims against acts of violence perpetrated by private individuals. Authorities should be able to choose from a 'toolbox' of legal and operational measures they consider adequate and proportionate to the level of risk in each concrete case.[14] These measures should allow the authorities to 'avoid a dangerous situation as quickly as possible'.[15] This includes immediate protection measures (e.g. restraining orders, protection orders or safety orders) that are aimed at preventing the recurrence of violence and protecting the victim by requiring the perpetrator to leave a shared residence and refrain from approaching or contacting the victim.[16] Whether the toolbox is comprehensive enough will be determined based on the protection (potentially) afforded in a specific case. All judgments confirm that protection orders are an essential part of this toolkit. The Court thereby emphasises that most European countries have implemented protection order regimes, largely as a consequence of the obligation on EU Member States to implement the EU Victims' Rights Directive[17] and, amongst Council of Europe members, the Istanbul Convention.[18] There are a few exceptions to this general tendency, including Russia, which the Court commented upon by requiring the Russian government to introduce protection orders *without delay*. [19]

11. The Court gave greater detail as to what these protection orders ought to entail in *Tunikova*. They should: (1) be available independently of any other legal proceedings; (2) be granted taking into account the evidence victims can reasonably offer instead of requiring a criminal

standard of proof; (3) indicate a specified minimum distance from the victim for the perpetrator to respect at all times; and (4), prohibit the perpetrator from attempting to contact the victim in any way, *offline or online* ('no contact order').[20] Authorities should also monitor compliance with the terms of the protection order 'rigorously and continually', criminalise the failure to comply, and impose dissuasive and deterrent sanctions for the lack of compliance. The characteristics identified by the Court confirm their evolving understanding of the requirements of protection, accommodate the findings of empirical studies and echo the calls of other specialised bodies such as the independent expert body responsible for monitoring the implementation of the Istanbul Convention (GREVIO).

12. In addition to protection orders, the Court has noted in these cases that an effective preventive response to domestic violence generally requires coordination among multiple authorities,[21] and in this sense, the Court has found that risk management plans, coordinated support services and perpetrator programmes all contribute to enhance such protection.[22] That said, in *Tunikova*, the Court was critical that most available measures targeted the perpetrator (re-education and rehabilitation) rather than focused on protecting the victim.[23] A balanced approach tailored to the specific case seems to be the proper response.

13. The case of *Kurt* considered the issue of whether pre-trial detention ought to be one of the tools available in the 'toolbox'. The Court recalled that Article 5 of the Convention imposes particular constraints on measures that entail a deprivation of liberty. It clarified that preventive detention can be used to ensure that a criminal offence is not committed in the imminent future, as long as the rules governing the use of such a measure are concrete and specific, for instance, because specific measures have been ordered and violated.[24] Moreover, the Court considered that pre-trial detention can be used as a *preventive measure* if there is a reasonable suspicion of guilt concerning an existing offence for which criminal proceedings are pending.[25]

14. While these four cases enumerate the main aspects that the legislative frameworks should provide, States' positive obligations to act will be determined by the assessment of the risk of violence. It is here that a comprehensive understanding of the 'particular context of domestic violence' becomes particularly relevant.

The obligation to prevent the known risk of ill-treatment

15. *Context sensitive assessment of the Osman test.* The Court has emphasised that in domestic violence cases a risk of a real and immediate threat must be assessed, taking due account of the particular context in which it takes place. This means that in assessing the 'immediacy' of

the risk, the specific features of domestic violence cases, such as consecutive cycles of violence and the increase in frequency and intensity over time, must be taken into account.[26] Moreover, the Court has recognised that ‘where there is a lasting situation of domestic violence, there can hardly be any doubt about the immediacy of the danger posed to the victim’.[27] In such situations, it is not only a question of an obligation to afford general protection to society, but above all to take account of the recurrence of successive episodes of violence within a family.[28] Establishing a two-step process, the Court clarified that the purpose of conducting any risk assessment is: (1) to identify the risk; and (2), to provide coordinated and effective measures of protection and support to the victims. Furthermore, the Court held that in situations where several persons are directly or indirectly affected by domestic violence, any risk assessment must systematically identify and address all the potential victims. This may result in different identified levels of risk and, consequently, require responsible government institutions to produce tailored responses.[29]

16. *Risk assessment.* The four recent judgments further have clarified the requirements for the risk assessment that must be performed in the domestic violence context, providing detailed guidance for future cases. Firstly, authorities have a duty to undertake an ‘autonomous’, ‘proactive’ and ‘comprehensive’ risk assessment of the victim’s treatment in order to be able to determine whether it is contrary to Articles 2 and/or 3. In this regard, the Court has recommended using standardised risk assessment tools and checklists. Secondly, the Court has explained that, while the victim’s perception of risk should be considered in the assessment, authorities must also carry out their own assessment, including by collecting information on the factors that can increase the risk of violence in a case, for instance, from other State agencies. Moreover, victims should be kept informed of the outcome of the risk assessment. Finally, the assessment should be documented in some form and communicated to those who come into regular contact with the individuals at risk.[30]

17. The Court has also outlined the kinds of factors State authorities ought to be aware of when assessing the risk of recurrent violence, namely the perpetrator’s history of violent behavior; the breach of a protection order; an escalation of violence; access to weapons; and, the existence of repeated pleas for assistance by the victims (emergency calls, formal complaints and petitions to the police).[31] In these cases, the Court has noted perpetrators gambling addiction (*Kurt*), mental instability (*Kurt*, *Tkheldidze*), pathological jealousy (*Tkheldidze*, *Tunikova*), economic dependency (*Kurt*), unemployment (*Kurt*, *Tkheldidze*), and drug and alcohol abuse (*Tkheldidze*) as factors that should suggest an increased risk. The Court, however, remained silent about the factors increasing victims’ vulnerabilities. While the exclusive focus on the perpetrator is a limitation of the Court’s approach, the emphasis on ‘factors’ without sufficient attention to structural conditions is also problematic, as discussed

in the next section.

18. Once the risk has been identified, the authorities must adopt, as diligently and as quickly as possible, *operational preventive and protective measures* that are adequate and proportionate to the risk.[32] The assessment of the ‘adequacy and proportionality of the operational and preventative measures’ revealed violations of Articles 2 and 3 of the Convention in all cases with the exception to *Kurt*, in which the Court did not actively consider what it means to take into account the specific context and dynamics of domestic violence.

19. As mentioned, the Court has emphasised that protection orders are essential to counter the risk of violence. In the case of Austria (the respondent State in *Kurt*), the protection order system met most of the criteria established by the Court, since it was indeed independent of other legal proceedings and offered a combination of police emergency orders and longer-term civil protection orders, in addition to the provision of support services. This ‘Austrian model’ of protection orders has largely been welcomed by different human rights bodies and inspired similar systems in multiple states.[33] That being said, two shortcomings in the system are identified in *Kurt*.

20. Firstly, drawing from the requirements of article 52 and 53 of the Istanbul Convention and the observations made by GREVIO, both in their monitoring of Austria[34] and as third party submission to the case, the Court recognised that limiting the scope of protection orders to the home and other spheres regularly attended by the victims, while at the same time excluding children’s schools unless victims made a specific request before the judge, provided insufficient protection.[35] In *Kurt*, the Court acknowledged that perpetrators may exert violence on the children of the partner, including deadly violence, as ‘the ultimate form of punishment against their partner’.[36] The Court also confirmed that ‘interference by the authorities with the alleged perpetrator’s private and family life may be necessary to protect the life and rights of the victims and to prevent criminal acts directed against their lives or health’.[37] Furthermore, it considered that protection orders should take this aspect into account by granting protection not only within the home (the ‘place’ where domestic violence is considered to take place) but also outside, particularly in schools and other places the children in question regularly access. Nevertheless, regardless of these general issues, the Court found in *Kurt* that Austria had not violated its obligations under Article 2 since ‘the risk assessment did not indicate a real and immediate lethality risk to the applicant’s son’.[38]

21. The second shortcoming relates to the use of (pre-trial) detention to prevent the risk of retaliation. Here there appears to be some contradiction in the Court’s reasoning. Arrest of the abuser was considered as one of the possible measures that the Bulgarian authorities could have taken in *Y and Others* to prevent the murder of the victim, following his breach of

protection orders.[39] Yet, it was of a different view in *Kurt*, where the applicants argued that pre-trial detention would have been an appropriate and proportionate measure in this case.[40] The Court extracted information from the GREVIO Baseline Report on Austria on the scarce use of pre-trial detention, even though this option is available under Austrian Law.[41] It found that despite pre-trial detention being an option, it had ‘no reason to call into question the authorities’ assessment that, on the basis of the information available to them at the relevant time, it did not appear likely that [the perpetrator] would obtain a firearm, go to his children’s school and take his own son’s life in such a rapid escalation of events’.[42] In making this statement the Court emphasised that Article 5 does not permit detention ‘unless it is in compliance with domestic law’,[43] yet while both Austrian and Bulgarian legislations allowed for it, the Court’s assessment of the assessment of risk seems uneven.

22. The Court’s reasoning in relation to the (lack of) measures adopted by Austria in *Kurt* seems at odds with its own elaboration on the need to adopt a context sensitive assessment of the risk, taking into account the specific nature of domestic violence. Despite acknowledging that all the relevant factors need to be considered in domestic violence cases to properly assess the risk for *all victims* and the need for *different* measures, and having the input of GREVIO, the Court failed to recognise that the risk assessment in this case had been insufficient. It appears that, having established the ‘basic ingredients’ of a proper response to domestic violence cases (establishing a legal framework, an assessment the risk of violence, and providing effective protection) the Court more easily recognises violations to the Convention when State Parties ‘lack’ these ingredients, they are evidently insufficient (such as the absence of an offence of domestic violence, risk assessment tools or protection orders), or authorities persistently neglect to put them to use. The case of *Kurt* suggests, by contrast, that the Court still struggles with finding a violation where the State’s failure is not evident but is only revealed taking into account ‘the particular context of domestic violence’. Such a context, I argue, is not one determined by ‘factors’ alone, but relates to the broader structural system of inequalities in which domestic violence take place.

Domestic violence as a form of discrimination

23. Starting with the landmark *Opuz* judgment of 2009, the Court has often, yet not always, recognised that violence against women can constitute discrimination under Article 14 ECHR. In domestic violence cases in which the Court has found a violation, it has relied on reports by international and local human-rights organisations, periodic reports by human rights bodies, and statistical data from different authorities and academic institutions to build a sophisticated understanding of the drivers of domestic violence. Some of the key findings flowing from this input include the fact that domestic violence generally affects women more than men and the attitudes of law enforcement to the reporting of such allegations creates a

climate of fear around the issue.[44] Should the State fail to protect women against domestic violence (noting that the failure does not have to be intentional) is in breach of their right to equal protection before the law.[45]

24. Three of the recent cases help delineate the Court's view of domestic violence as discrimination. In *Tkheldze*, the Court has made significant strides towards a more comprehensive understanding of the complexity of gender-based violence. It carried out a 'simultaneous dual examination' of Articles 2 and 14, which allowed the Court to make a 'contextual' assessment of the different obligations of the State. As a result, the Court was able to effectively connect the inactivity of the authorities with the underlying gender-based discrimination and bias that provided fertile ground for the violence.[46] Moreover, the Court considered that persistent failure to address the issues identified, when assessed against the similar findings of other monitoring bodies, could be considered a 'systemic failure'.[47] In *Tunikova*, the Court took another significant step forward by recognising that the persistent and systematic failure to address cases of violence against women by Russian authorities constitutes a failure 'to create conditions for substantive gender equality that would enable women to live free from [violence] and to benefit from the equal protection of the law'.[48]

25. Another important development in these cases relates to the Court's recommendations following the determination of the context of discrimination and gender bias and the consequent violation of Article 14. Firstly, the State must amend the consequences of such discriminatory treatment. For instance, when there is a suspicion of the possible role of gender-based discrimination in the commission of the crime, the State has 'a pressing need to investigate the response of law enforcement'.[49] Secondly, the Court suggests that the State Party adopt different measures to counter or transform the context of discrimination. Examples of such measures are the implementation of an action plan to change the public perception of gender-based violence against women (as requested in other instruments); disseminating information on available remedies for victims; providing mandatory training on domestic violence dynamics for all personnel come into contact with victims (including judges); and establishing a monitoring mechanism and a way of recording the wealth of data on domestic violence disaggregated by sex, age and the relationship between perpetrators and victims.[50]

26. Despite these positive steps, as mentioned before, the Court continues to struggle to broaden its attention to inequalities and discrimination based on categories besides or in addition to gender when it comes to gender-based violence. This impacts on the Court's understanding of the 'particular context of domestic violence', and consequently, its assessment of the risk and the appropriateness and proportionality of the measures adopted by the state. For instance, it seldom acknowledges the relevance of the migrant or racialised

background of both victims and perpetrators and how these factors influence their social position and vulnerability.

27. This shortcoming is evident in *Kurt*, where the migrant background and associated socio-economic status of the applicant and the abuser were not considered. Judge Elósegui pointed to these shortcomings in her dissenting opinion in the latter case, stating that no information was given in the decision about the migrant background, educational attainment or socio-economic status of victim and perpetrator. The judge then highlighted that ‘according to the information provided by the applicant’s counsel during the hearing, the applicant was born in Turkey in 1978 and had her schooling there until she was fourteen years old. She moved from Turkey to Austria when she was fourteen. She attended school in Austria for only two years (from the age of fourteen to sixteen) in a low-level middle school (Hauptschule), where she started to learn German. She did not finish school and did not have any formal or professional training thereafter. She never attended a German course. She worked as a childminder and learned German from the children she was minding, as well as from her own children later on. Later she worked as a helper in a kitchen, and eventually lost her job. She was offered counselling in Turkish by a Turkish woman at the Centre for Protection from Violence because her German was not very good. When she went to the police she was accompanied by the Turkish woman from the Centre, but the interview with the police was in German and she had no interpreter’.[51] These elements speak of the victim’s social positioning, her dependency and increased vulnerability. It is striking that, despite making reference to documents and reports by different bodies, such as CEDAW or GREVIO, which have established the connection between an individual’s migrant status and their particular vulnerability to unequal treatment, including gender-based violence, the (majority of the) Court continues to overlook its relevance.

28. The lack of attention given to the structural factors affecting the overall social positioning of victims and perpetrators, despite continued calls for this from an array of third parties, restricts the ability of the Court to more fully understand the context within which violence takes place, particularly the link between inequalities of all kinds and the underreporting of/the factors that lead to the actual commission of violence. These factors ought to be considered also in relation to assessing the relevance of different factors in the process of risk assessment and the appropriateness of the protection measures adopted by the authorities. It appears that a comprehensive understanding of ‘the particular context of domestic violence’ will continue to elude the Court until it succeeds in understanding how intersecting inequalities contribute to gender-based violence.

L.P.A. Sosa

- [1] *Kurt v. Austria*, ECtHR 4 July 2019, no. 62903/15, ECLI:CE:ECHR:2021:0615JUD006290315.
- [2] *Tkheldze v. Georgia*, ECtHR 8 July 2021, no. 33056/17, ECLI:CE:ECHR:2021:0708JUD003305617.
- [3] *Tunikova and Others t. Russia*, ECtHR 14 December 2021, no. 55974/16, ECLI:CE:ECHR:2021:1214JUD005597416.
- [4] *A and B v. Georgia*, ECtHR 10 February 2022, no. 73975/16, ECLI:CE:ECHR:2022:0210JUD007397516.
- [5] *Y and Others v. Bulgaria*, 22 March 2022, no. 9077/18 ECLI:CE:ECHR:2022:0322JUD00907718.
- [6] *Landi v. Italy*, ECtHR 7 April 2022, no 10929/19,
- [7] *Opuz v. Turkey*, ECtHR 9 June 2009, no. 33401/02, ECLI:CE:ECHR:2009:0609JUD003340102.
- [8] *Volodina v. Russia (no. 2)*, ECtHR 14 September 2021, no. 40419/19, ECLI:CE:ECHR:2021:0914JUD004041919.
- [9] *Talpis v. Italy*, ECtHR 2 March 2017, no. 41237/14, ECLI:CE:ECHR:2017:0302JUD004123714.
- [10] *Kurt*, para. 165; *Tkheldze*, para. 48; *Tunikova*, para. 78.
- [11] *Tunikova*, para. 86.
- [12] *Tunikova*, para. 94.
- [13] *Kurt*, para. 154.
- [14] *Kurt*, para. 179; *Tunikova*, para. 95.
- [15] *Kurt*, para. 178.
- [16] *Tunikova*, para. 96.
- [17] Directive 2012/29/EU of the European Parliament and the Council of 25 October 2012.
- [18] Istanbul Convention, Articles 52 and 53.
- [19] *Tunikova*, para. 157.
- [20] *Tunikova*, para. 157.

[21] *Kurt*, paras. 177-83; *Tunikova*, para. 104.

[22] *Kurt*, paras. 179 and 181.

[23] *Tunikova*, para. 99.

[24] *Kurt*, para. 185.

[25] *Kurt*, para. 187.

[26] *Kurt*, paras. 165-6 and 175-6; *Tkheldidze*, para. 49; *Tunikova*, para 104.

[27] *Tkheldidze*, para 53.

[28] *Kurt*, para. 164.

[29] *Kurt*, para. 173.

[30] *Tunikova*, para. 104.

[31] *Tunikova*, para. 105.

[32] *Kurt*, para. 179; *Tunikova*, para. 95; *Tkheldidze*, para. 55.

[33] For a full comparative mapping of protection orders in Europe, see van der Aa S., Niemi J., Sosa L., Ferreira A., Baldry A. (2015) 'Mapping the legislation and assessing the impact of protection orders in the European Member States'. For an analysis on emergency barring orders in particular, see Römkens, R. and Sosa, L. (2011) 'Protection, Prevention and Empowerment: Emergency Barring Intervention for Victims of Intimate Partner Violence', in Kelly, Hagemann-White, Meysen and Römkens (eds), *Realising Rights. Case studies on state responses to violence against women and children in Europe*, DAPHNE Project European Commission, (London), and Niemi, J. and Logar, R. (2017) 'Emergency Barring Orders in Situations of Domestic Violence: Article 52 of the Istanbul Convention'. On the implementation of the EPO, see Cerrato, E. and others, 'European Protection Order' (2017). For a general discussion of the different aspects of protection order, see Sosa, Niemi and van der Aa, S. (2019); *Protection against violence: the challenges of incorporating human rights' standards to procedural law'*, *Human Rights Quarterly* 41, No. 4: 939-961.

[34] See GREVIO Baseline Report, para 176.

[35] Austrian legislation was later amended to automatically include schools and formally inform school authorities of the existence of protection orders.

[36] *Kurt*, para. 165.

[37] *Kurt*, para. 183, see also *Tunikova*, para. 103.

[38] *Kurt*, para. 211.

[39] *Y and Others*, para 107 (b).

[40] *Kurt*, paras. 102 and 118.

[41] *Kurt*, para. 88.

[42] *Kurt*, para. 207.

[43] *Kurt*, para. 210.

[44] *Opuz v. Turkey*, ECtHR 9 June 2009, no. 33401/02, ECLI:CE:ECHR:2009:0609JUD003340102, paras.192-8; *Tkheldidze*, para. 56.

[45] *Tkheldidze*, para. 51.

[46] *Tkheldidze*, para. 60.

[47] *Tkheldidze*, para. 57.

[48] *Tunikova*, para. 129.

[49] *Tkheldidze*, para. 60; *A and B*, para. 44.

[50] *Tkheldidze*, para. 158.

[51] *Kurt*, dissenting opinion Judge Elósegui, para. 8.

RECHTSPRAAK

Ali Reza t. Bulgarije, EHRM 17 mei 2022, nr. 35422/16

In 2015 hebben de Bulgaarse autoriteiten besloten een Irakese vluchteling met een verblijfsvergunning uit te zetten vanwege veiligheidsrisico's. In verband daarmee heeft hij zeven maanden in bewaring gezeten. Uiteindelijk is de uitzetting niet doorgegaan, onder meer omdat identiteitsdocumenten ontbraken en Irak niet wilde meewerken aan verkrijging daarvan. Vanwege het ontbreken van een risico op uitzetting schraapt het Hof de klachten over art. 3 en 8 EVRM van de rol. Nu Bulgarije tijdens de detentieperiode onvoldoende heeft gedaan om de problemen met de identiteitsdocumenten op te lossen, was de detentie in strijd met art. 5 lid 1 (f) EVRM.

Klager is een Irakese vluchteling die in 2000 in Bulgarije asiel heeft verkregen in verband met de oorlogssituatie in Irak. In 2003 kreeg hij een verblijfsvergunning. In 2015 werd een uitzettingsbevel tegen hem uitgevaardigd op grond van overwegingen van nationale veiligheid. In verband met de tenuitvoerlegging daarvan is klager tussen juni 2015 en januari 2016 in detentie gehouden. Sinds dat moment is hij onderworpen aan een toezichtmaatregel en is hij verplicht om zich eens per week te melden bij het politiebureau. In 2017 is hij getrouwd met zijn Bulgaarse partner.

Voor het EHRM heeft klager allereerst gesteld dat zijn uitzetting naar Irak een schending zou opleveren van art. 3 en 8 EVRM. Het Hof stelt vast dat het in 2015 opgelegde uitzettingsbevel niet ten uitvoer is gelegd en dat naar nationaal recht een uitzetting nu ook niet kan plaatsvinden, tenzij er een nieuw uitzettingsbevel wordt afgegeven op basis van een nieuwe beoordeling van de feiten. Daarvoor heeft Bulgarije ook garanties afgegeven bij het Hof. Het Hof ziet geen reden om die garanties in twijfel te trekken, die ook worden ondersteund door de Bulgaarse wetgeving. Op korte termijn is er dan ook geen risico van uitzetting. Dit betekent dat het niet nodig is om in te gaan op de klachten over de risico's op schending van art. 3 en 8

EVRM. Evenmin is het nodig om de klacht over art. 13 EVRM te bestuderen, nu duidelijk is dat tegen een nieuwe beslissing rechtsbeschermingsmogelijkheden openstaan. Het Hof schrapt deze klachten dan ook van de rol op grond van art. 37 lid 1 EVRM.

Klager heeft verder gesteld dat zijn detentie in afwachting van uitzetting in strijd is met art. 5 lid 1 (f) EVRM. Het Hof is van oordeel dat deze detentie op zichzelf voldoende was gebaseerd op nationale wetgeving en op basis daarvan is opgelegd door de nationale rechter. De duur van de detentie – in totaal zeven maanden – kan echter niet geheel worden gerechtvaardigd door het motief daarvan. Volgens de autoriteiten moest klager namelijk worden vastgehouden omdat uitzetting door het gebrek aan identiteitspapieren niet mogelijk was, en die eerst moesten worden achterhaald. Er zijn echter geen aanwijzingen dat er in de periode van detentie actie is ondernomen die was gericht op het achterhalen van de papieren. Bovendien was duidelijk dat de Irakese autoriteiten medewerking weigerden. Gelet daarop acht het Hof de periode van detentie – hoewel aanvankelijk gerechtvaardigd – niet in overeenstemming met het EVRM. Schending art. 5 lid 1 (f) EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 17-05-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0517JUD003542216

Zaaknummer: 35422/16

Wetsartikelen: EVRM art. 3, EVRM art. 5 lid 1, EVRM art. 8 en EVRM art. 37 lid 1

RECHTSPRAAK

**Bežanić en Baškarad t. Kroatië, EHRM 19 mei 2022, nrs.
16140/15 en 13322/16**

In Kroatië is het bij aankoop van een eerste huis mogelijk om een ontheffing te krijgen van de overdrachtsbelasting. Twee mensen moesten later echter alsnog de overdrachtsbelasting betalen omdat zij binnen vijf jaar naar een andere woning verhuisden. Daardoor was niet voldaan aan de voorwaarde dat de aankoop was gericht op vervulling van een woningbehoefte. Hoewel deze voorwaarde niet expliciet in de wetgeving was opgenomen, acht het Hof die niet onredelijk. De beslissingen waren daarmee voldoende bij wet voorzien. Bovendien leverde betaling van de overdrachtsbelasting geen individuele en disproportionele last op, zodat art. 1 EP EVRM niet is geschonden.

Eerste klager heeft in 2007 een flat gekocht; hij heeft die vervolgens geregistreerd als zijn woonadres. Daarnaast vroeg hij een belastingontheffing aan die op grond van de geldende wetgeving kon worden verkregen voor mensen die voor het eerst een woning kochten. Dit werd gehonoreerd, al moest klager wel nog het verschil betalen tussen de overdrachtsbelasting en de ontheffing. In 2009 registreerde klager een ander adres als zijn woonadres. Omdat de belastingdienst vaststelde dat hij niet langer in het eerst gekochte huis woonde, werd de eerdere beslissing tot toekenning van de ontheffing van de overdrachtsbelasting ongedaan gemaakt. Volgens de belastingdienst was namelijk niet meer aan de initiële voorwaarden voor toekenning van deze ontheffing voldaan. De geldende wetgeving werd zo gelezen dat bij een verhuizing binnen vijf jaar na aankoop van de eerste woning geen ontheffing meer kon worden verkregen. Tweede klager heeft met een soortgelijke situatie te maken gekregen.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de intrekking van de ontheffing heeft geleid tot een aantasting van art. 1 EP EVRM. Het Hof stelt vast dat een dergelijke maatregel, die is ingegeven door de wens om belastingbetaling te verzekeren, inderdaad een inbreuk oplevert op art. 1

EVRM. Het Hof overweegt verder dat de nationale autoriteiten enige *margin of appreciation* moet toekomen bij het uitoefenen van hun fiscale bevoegdheden, ook als het gaat om de vraag of er een voldoende duidelijke wettelijke basis is voor een beperking van het eigendomsrecht. De nationale wetgeving bevatte aanvankelijk geen uitdrukkelijk verbod om van woning te veranderen; dat werd pas in 2011 in de wet opgenomen. De voor burgers toegankelijke informatie waarschuwde ook niet uitdrukkelijk tegen de gevolgen van een verhuizing. Tegelijkertijd merkt het Hof op dat het doel van de regeling was om te kunnen bepalen of de aankoop van een woning inderdaad was gericht op het kunnen vervullen van de eigen woningbehoefte van de betrokkene. Volgens de nationale rechtspraak kon worden aangenomen dat dat niet het geval was als iemand binnen vijf jaar naar een andere woning verhuisde. In het onderhavige geval is die redenering niet onredelijk toegepast, nu duidelijk was dat de beide klagers over voldoende alternatieve woonruimten beschikten. Daar komt bij dat zij alle ruimte hebben gehad om hun zaken op nationaal niveau naar voren te brengen en de beoordeling door de nationale rechters niet getuigt van enige willekeur of onredelijkheid. Er was dan ook een voldoende wettelijke basis voor de maatregel. Daarnaast oordeelt het Hof dat de hoogte van de te betalen belasting niet onredelijk was en dat die klagers ook niet zodanig in hun financiële positie heeft geraakt dat kan worden gesproken van een individuele en disproportionele last. Art. 1 EP is dan ook niet geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 19-05-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0519JUD001614015

Zaaknummer: 16140/15 en 13322/16

Wetsartikelen: EVRM art. 1 EP

RECHTSPRAAK

De Kok t. Nederland, EHRM 26 april 2022, nr. 1443/19

De Kok heeft fundamentele bezwaren tegen het Nederlandse systeem van zorgverzekeringen. Hij wil geen onderdeel uitmaken van een collectief systeem en zijn eigen lasten dragen; bovendien wil hij alleen gebruikmaken van homeopathische geneeskunde. Het EHRM oordeelt dat de verplichting om een basisverzekering voor de zorg af te sluiten wordt gerechtvaardigd door de wens van collectieve solidariteit en gezamenlijke bijdragen aan de zorgkosten. Klagers bezwaren komen bovendien niet voort uit een godsdienst of levensovertuiging. De verplichting een basisverzekering af te sluiten is dan ook niet strijdig met art. 8, 9 of 1 EP EVRM; de klachten zijn kennelijk ongegrond.

Klager heeft in 2015 een bestuurlijke boete opgelegd gekregen door het Zorginstituut Nederland (ZIN) omdat hij niet had voldaan aan zijn verplichting tot het afsluiten van een basisverzekering voor ziektekosten. Een daartegen gericht bezwaarschrift van klager werd verworpen, waarbij het ZIN wees op het solidariteitsbeginsel dat ten grondslag ligt aan het Nederlandse systeem van zorgverzekeringen. Op de verplichting om bij te dragen aan dit systeem kan alleen een uitzondering worden gemaakt voor mensen met gewetensbezwaren tegen alle vormen van verzekeringen. Zij kunnen in plaats van een premie te betalen bijdragen aan het systeem via een extra belasting. Klager kon echter niet als gewetensbezwaard in deze zin worden aangemerkt.

Voor het EHRM heeft klager op grond van art. 8 en 9 EVRM gesteld dat hij gedwongen werd om deel te nemen aan een systeem van collectieve verantwoordelijkheid, terwijl hij alleen de verantwoordelijkheid voor zijn eigen gezondheid wenste te dragen en bereid was om de kosten van homeopathische geneesmiddelen zelf te betalen. De uitzonderingsmogelijkheid voor gewetensbezwaren was volgens klager bovendien te beperkt geformuleerd, terwijl hem in feite de levensovertuiging werd opgedrongen die aan het zorgverzekeringssysteem ten grondslag lag.

Het Hof oordeelt in het licht van art. 8 EVRM dat aan het Nederlandse systeem de wens ten grondslag ligt, om zorg te dragen voor een goed functionerend zorgsysteem, waarbij wordt tegengegaan dat mensen niet verzekerd zijn. Daarmee wordt tegemoetgekomen aan het belang van bescherming van de gezondheid en van de rechten van anderen in de zin van art. 8 lid 2 EVRM. Het Hof overweegt dat het systeem uitdrukking geeft aan sociale of collectieve solidariteit: om de gezondheidszorg betaalbaar en toegankelijk te houden voor iedereen, wordt als eis gesteld dat iedereen een basisverzekering neemt om op die manier de kosten te kunnen verdelen over allen, inclusief degenen die geen gebruik willen maken van (bepaalde vormen) van zorg. Het Hof heeft het belang van een dergelijke vorm van collectieve solidariteit al eerder benadrukt in zijn rechtspraak. Het is niet als zodanig in strijd met art. 8 EVRM om bepaalde belangrijke aspecten van iemands privéleven te reguleren zonder dat in ieder individueel geval een concrete belangenafweging wordt gemaakt. Verder stelt het Hof vast, dat er geen behandelingen aan klager werden opgedrongen en dat klager in de gelegenheid was om een aanvullende ziektekostenverzekering af te sluiten die de door hem geprefereerde homeopathische zorg zou dekken. Mede in het licht van de ruime *margin of appreciation* die de staten toekomt, oordeelt het EHRM dat de verplichting om een basisverzekering af te sluiten duidelijk niet in strijd is met art. 8 EVRM. Het verklaart dit klachtonderdeel daarom kennelijk ongegrond.

Het Hof merkt verder op dat klagers bezwaren tegen het collectieve zorgsysteem vooral voortkomen uit zijn wantrouwen ten aanzien van de conventionele medische behandelingen die in het basispakket zijn opgenomen en zijn wens om daaraan niet te hoeven bijdragen via verzekeringspremies. Een dergelijke kritische mening kan niet worden gezien als een overtuiging of geloof waarbij sprake is van voldoende ‘cogency, seriousness, cohesion and importance’ in de zin van art. 9 EVRM. Daar komt bij dat klager zichzelf ook niet zag als gewetensbezwaarde tegen het fenomeen van verzekeringen als zodanig. Ook deze klacht is dan ook kennelijk ongegrond en daarmee niet-ontvankelijk.

Tot slot heeft klager nog gesteld dat de verplichting om belastingpremies te moeten betalen een schending oplevert van het in art. 1 EP EVRM vastgelegde eigendomsrecht. Het Hof stelt voorop dat de staten een ruime *margin of appreciation* toekomt waar het gaat om sociaaleconomisch beleid. Gelet op het onderliggende beginsel van solidariteit, de hoogte van de zorgverzekeringspremies, de mogelijkheid om een aanvullende verzekering af te sluiten voor de extra kosten van homeopathische zorg, en de mogelijkheid van mensen met een minder hoog inkomen om in aanmerking te komen voor een zorgtoeslag maken dat het Hof aanneemt dat de gemaakte inbreuk op het eigendomsrecht voldoende gerechtvaardigd is in het licht van de nagestreefde doelstellingen. Ook deze klacht is dan ook niet-ontvankelijk wegens kennelijke ongegrondheid.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 26-04-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0426DEC000144319

Zaaknummer: 1443/19

Wetsartikelen: EVRM art. 8, EVRM art. 8 en EVRM Eerste Protocol art. 1

RECHTSPRAAK

Dragan Kovačević t. Kroatië, EHRM 12 mei 2022, nr. 49281/15

De klager in deze zaak is onder curatele gesteld op verzoek van een welzijnsautoriteit. Hij heeft daartegen geprocedeerd en is in het gelijk gesteld. In lijn met de Kroatische regel dat beide partijen hun eigen proceskosten dragen werd hij veroordeeld tot betaling van 815 euro proceskostenvergoeding, terwijl zijn uitkering slechts 164 euro per maand bedroeg. Volgens het Hof had klager misschien gefinancierde rechtsbijstand kunnen claimen, maar kon hetzelfde effect worden bereikt door de proceskosten van klager door de staat te laten vergoeden. Dat dit niet is gebeurd acht het Hof in strijd met art. 6 lid 1 EVRM.

In 2012 heeft een lokale welzijnsautoriteit een procedure ingesteld bij de rechter om klager onder curatele te laten stellen, waarbij de moeder als curator in de procedure zou optreden. In 2013 oordeelde de rechter dat klager inderdaad onder curatele moest worden gesteld. Klager procedeerde daartegen, waarbij hij ook een vergoeding claimde van de proceskosten. In 2015 honoreerde het Constitutionele Hof zijn klacht en vernietigde het de beslissingen van de lagere rechters. Daarnaast oordeelde het Constitutionele Hof dat de beide partijen hun eigen kosten dienden te dragen. Klager genoot op dat moment een invaliditeitsuitkering van 164 euro per maand, terwijl de proceskosten 815 euro bedroegen.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat zijn recht op toegang tot de rechter (art. 6 lid 1 EVRM) is aangetast doordat hem geen vergoeding van de proceskosten is toegekend. Het Hof stelt voorop dat er een wettelijke basis bestond voor de verdeling van de proceskosten in de onderhavige zaak en dat die verdeling niet als zodanig in strijd is met art. 6 lid 1 EVRM. Tegelijkertijd overweegt het dat het rekening moet houden met de specifieke omstandigheden van het geval. Daarbij overweegt het dat weliswaar klager in dit geval niet daadwerkelijk is afgehouden van het benutten van de procedure bij het Constitutionele Hof door de hoge

kosten ervan, maar dat die kosten toch in ieder geval als een te rechtvaardigen beperking van het recht op toegang tot de rechter moeten worden beschouwd.

Een regeling voor een proceskostenverdeling als de Kroatische dient het op zichzelf legitieme doel om weinig succesrijke klachten te ontmoedigen en daarmee de goede werking van het rechtssysteem te bevorderen. Het is dan niettemin wel nodig om rekening te houden met bijzondere omstandigheden waarin deze rationale niet opgaat. Het Hof merkt in dit verband verder op dat procesvertegenwoordiging bij het Constitutionele Hof weliswaar niet verplicht was, maar dat de procedure die klager voerde complex was, terwijl hij kampte met een mentale handicap. De financiële last die de procedure voor klager meenam was voor hem erg hoog in relatie tot zijn uitkering. De regering heeft aangevoerd dat klager in aanmerking had kunnen komen voor rechtsbijstand, maar het Hof ziet geen verschil tussen de situatie waarbij de Staat de kosten van de procedure draagt via het voorzien in rechtsbijstand of ze achteraf vergoedt via een proceskostenvergoeding. Het Hof stelt dan ook vast dat art. 6 lid 1 EVRM is geschonden (5 stemmen tegen 2).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 12-05-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0512JUD004928115

Zaaknummer: 49281/15

Wetsartikelen: EVRM art. 6 lid 1

RECHTSPRAAK

L.F. t. Hongarije, EHRM 19 mei 2022, nr. 621/14

L.F. is een Romaman die een huis bezit in een Hongaars plaatsje. In 2011 werd zijn woning geïnspecteerd door gemeenteambtenaren (begeleid door politiemensen), zonder opgave van redenen. Achteraf bleek dat zij bezig waren met de voorbereiding van nieuw sociaal beleid. Het EHRM overweegt dat er geen wettelijke grondslag was voor de inspectie, die een inbreuk vormde op het recht op respect voor de woning. De inspectie was dan ook in strijd met art. 8 EVRM. De klachten over discriminatie oordeelt het Hof niet, omdat die voor de laatste nationale rechter niet meer naar voren zijn gebracht.

In 2011 bezocht een delegatie van ambtenaren van de lokale autoriteiten, begeleid door politieagenten, de woning van klager. Zij inspecteerden alle ruimten terwijl de politie buiten wachtte. Klager werd niet geïnformeerd over het doel van de inspectie. Ook andere woningen van Roma in de gemeente werden aan inspecties onderworpen. Klaarblijkelijk werden de inspecties uitgevoerd in het licht van de wens van de burgemeester om een nieuw sociaal systeem in te voeren op grond waarvan sociale voorzieningen alleen zouden worden verschaft aan inwoners die bijdroegen aan het ontwikkelen van de gemeenschap en die de orde en rust respecteerden. Klager heeft klachten ingediend over de inspecties en het mogelijk racistische motief dat hierachter schuilt. De politie weigerde echter om een onderzoek in te stellen.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de gang van zaken een aantasting heeft opgeleverd van art. 8 jo. 14 EVRM. Het EHRM overweegt dat de inspectie inderdaad een inbreuk vormde op het recht op respect voor de woning. Wat betreft de aangevoerde redenen omtrent de aanpassingen van het systeem van sociale voorzieningen en huurtoeslagen ziet het Hof geen wettelijke basis voor een woninginspectie in het licht van dat doel. Dit geldt zeker nu er ten tijde van de relevante feiten geen concrete procedure was jegens klager waar het bijvoorbeeld zou gaan om misbruik of fraude bij de huurtoeslagen. Dit betekent dat de inspecties niet in overeenstemming waren met de wet, en daarmee in strijd met art. 8 EVRM.

Ten aanzien van de klacht over art. 14 EVRM overweegt het Hof dat klager deze in de laatste stadia van de nationale procedure niet meer naar voren heeft gebracht. Dit betekent dat de nationale rechtsmiddelen op dit punt niet zijn uitgeput, zodat dit klachtonderdeel niet-ontvankelijk is.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 19-05-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0519JUD000062114

Zaaknummer: 621/14

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Oganezova t. Armenië, EHRM 17 mei 2022, nrs. 71367/12 en 72961/12

In 2012 is de bar van Oganezova, een bekend lid van de Armeense LGBT-gemeenschap in Armenië, in brand gestoken. Daarna is Oganezova het slachtoffer geworden van tal van vormen van (online en daadwerkelijke) vormen van intimidatie, doodsb bedreigingen en hate speech. Uiteindelijk is zij naar Zweden gevlucht. Het EHRM oordeelt dat de combinatie van discriminerende motieven, ondermijning van de menselijke waardigheid en het oproepen van angst, maken dat art. 3 EVRM is geraakt. De autoriteiten zijn op alle punten tekortgeschoten in het onderzoeken van de homofobe motieven; politici hebben de brandstichting zelfs ondersteund. Daardoor is ook art. 14 EVRM geschonden.

Klaagster – een bekend lid van de LGTB-gemeenschap in Armenië – was eigenaar van een bar in Yerevan. Die werd in 2012 in brand gestoken. Dit werd publiekelijk ondersteund door een aantal leidende politieke figuren. De week na de brand verzamelde zich een groepje mensen buiten de bar om klaagster te intimideren en lastig te vallen; ook maakten zij zich schuldig aan vandalisme. Verder werden er doodsb bedreigingen jegens klaagster geuit, waaronder online hate speech. Dit heeft ertoe geleid dat zij Armenië heeft verlaten en asiel heeft aangevraagd in Zweden. Na de brand zijn twee mannen aangehouden die lid waren van de ‘Zwarte Raven Armenië’, die wordt geassocieerd met een neonazistische groepering. Zij bekenden dat ze de bar in brand hadden gestoken omdat het een plek was waar LGTB-mensen samenkwamen. Zij werden in 2013 schuldig bevonden aan opzettelijke vernieling en veroordeeld tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van twee jaar, maar kregen vervolgens gratie.

Voor het EHRM heeft klaagster gesteld dat het gebrek aan optreden door de autoriteiten tegen de geweldpleging door private individuen in strijd is met art. 3, 8 en 14 EVRM. Het Hof besluit de zaak primair onder art. 3 jo. 14 EVRM te behandelen, waar relevant met inachtneming van

onder art. 8 EVRM gedefinieerde criteria. Na uiteenzetting van de algemene criteria voor het kunnen vaststellen van onmenselijke en vernederende behandeling, mede ook in verband met discriminerende oogmerken, overweegt het Hof allereerst dat klaagster geen fysieke verwondingen aan de gebeurtenissen heeft overgehouden. Ook een behandeling die vernedering of kleinering oplevert, of die van een gebrek aan respect voor iemands menselijke waardigheid getuigt, of die gevoelens van angst of inferioriteit kan opwekken, kan echter binnen het bereik van art. 3 EVRM vallen. Het Hof heeft bovendien al eerder vastgesteld dat bij homofobe gedragingen die geen fysieke schade tot gevolg kunnen hebben, art. 3 EVRM kan zijn geraakt. In dit geval was sprake van brandstichting, doodsb bedreigingen, mobbing en hate speech, zodanig dat klaagster zich gedwongen voelde haar thuisland te verlaten. Verder leken de fysieke bedreigingen uiterst reëel en werd dat ook door de politie onderkend. Gelet op de concrete situatie van klaagster, mede tegen de achtergrond van de overheersende negatieve houding jegens de LGBT-gemeenschap in Armenië, moet sprake zijn geweest van zodanige gevoelens van angst en onzekerheid dat de menselijke waardigheid daardoor werd aangetast. Het 'minimum level of severity' dat nodig is om art. 3 EVRM van toepassing te laten zijn in samenhang met art. 14 EVRM is dan ook overschreden.

Het Hof stelt vervolgens vast dat er na de brand niet meteen onderzoekshandelingen zijn uitgevoerd. Weliswaar zijn er later twee mensen aangehouden, maar dit kwam vooral doordat zij door mensen in klaagsters omgeving waren geïdentificeerd. Evenmin is op nationaal niveau erkend dat er een duidelijk motief van haat ten grondslag lag aan de brandstichting; in plaats daarvan werd de zaak uitsluitend beoordeeld als een opzettelijke vernieling van eigendom. Het Hof merkt bovendien op dat er geen mechanismen bestonden in het nationale recht om door homohaat gedreven handelingen specifiek strafrechtelijk te onderzoeken. De aanbevelingen die ECRI hierover al eerder heeft gedaan zijn op nationaal niveau niet opgevolgd. Het ontbreken van deugdelijke en speciale aandacht voor dit soort duidelijke haatmotieven komt volgens het Hof neer op officiële berusting in of zelfs ondersteuning van haatmisdrijven. Armenië is dan ook tekortgeschoten in haar positieve verplichting om effectief onderzoek te doen naar de brandstichting en de daaraan ten grondslag liggende haatmotieven.

Soortgelijke tekortkomingen ziet het Hof in het (gebrek aan) optreden van de autoriteiten tegen de intimidatie, beschadigingen van eigendommen en hate speech die volgden op de brandstichting. Specifiek ten aanzien van de hate speech overweegt het Hof dat staten verplicht zijn om positieve maatregelen te treffen om oproepen tot haat en geweld te voorkomen, nu daarbij sprake is van een onverantwoordelijke uitoefening van de uitingsvrijheid. In laatste instantie kunnen daarbij ook strafrechtelijke bevoegdheden worden ingezet. Dit geldt ook bij oproepen die voortkomen uit discriminerende motieven,

bijvoorbeeld uit homofobie. In dit geval is aan die verplichtingen niet voldaan. Integendeel, politici zelf hebben zichzelf ook schuldig gemaakt aan intolerante uitspraken en hebben het handelen van de brandstichters expliciet omarmd. Gelet op dit alles is het EHRM van oordeel dat art. 3 jo. 14 EVRM zijn geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 17-05-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0517JUD007136712

Zaaknummer: 71367/12 en 72961/12

Wetsartikelen: EVRM art. 3, EVRM art. 8 en EVRM art. 14

RECHTSPRAAK

Simić t. Bosnië en Herzegovina, EHRM 17 mei 2022, nr. 39764/20

Een advocaat heeft tijdens een pleidooi een sarcastische opmerking gemaakt over de manier waarop de rechter hem behandelde. Die werd als beledigend opgevat en de advocaat kreeg een boete opgelegd wegens minachting van de rechtbank. Het EHRM wijst op het beperkte bereik van de uitingen en op de context en het doel daarvan. Anders dan de nationale rechter oordeelt het Hof dat hier geen sprake is geweest van belediging, zodat het opleggen van een boete in strijd is met art. 10 EVRM.

Klager is advocaat. In een civiele procedure heeft hij tijdens zijn pleidooi als grap iets gezegd over een hoogleraar die van zijn studenten verwachtte dat zij niet alleen het aantal maar ook de namen konden noemen van de slachtoffers van het bombarderen van Hiroshima. Hij vergeleek de manier waarop de rechter hem behandelde met de manier waarop die studenten door de hoogleraar waren behandeld. Omdat deze opmerkingen als beledigend voor de rechter werden gezien werd klager een boete opgelegd van ongeveer 510 euro wegens minachting van de rechtbank.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat dit oordeel een schending oplevert van art. 10 EVRM. Het Hof merkt op dat de als beledigend beschouwde opmerkingen gemaakt werden in de context van een rechtszaak waarin klager de belangen van een cliënt verdedigde. De opmerkingen waren gemaakt in de rechtbank en niet in de media, waardoor het grote publiek er niet van op de hoogte was. Het Hof is van oordeel dat de opmerkingen niet neerkwamen op een gratuite persoonlijke aanval met als enige bedoeling om de leden van de rechtbank te beledigen. In plaats daarvan waren ze een manier om kritiek te uiten op de wijze waarop bepaalde bewijsregels in de zaak van de cliënt waren toegepast. Hoewel de verwoording van deze kritiek sarcastisch was, moet het gebruik van een dergelijke toon verenigbaar worden geacht met de uitingsvrijheid. Daarbij is ook van belang dat advocaten weliswaar discreet, oprecht en waardig gedrag moeten vertonen, maar dat zij tegelijkertijd hun cliënten op een

effectieve manier moeten kunnen vertegenwoordigen. Dat is in het onderhavige geval onvoldoende in acht genomen bij het opleggen van een boete aan klager. Van een noodzaak in een democratische samenleving om klager te bestraffen was geen sprake, zodat art. 10 EVRM is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 17-05-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0517JUD003976420

Zaaknummer: 39764/20

Wetsartikelen: EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

Solyanik t. Rusland, EHRM 10 mei 2022, nr. 47987/15

Solyanik woont in de buurt van een begraafplaats die in de loop van de tijd steeds dichterbij zijn huis is komen te liggen. Dit levert grote gezondheidsrisico's op, wat voor nationale rechters reden was om de gemeente een gebod op te leggen om een gezondheidsbeschermingszone te creëren. Aan dit gebod is nog geen uitvoering gegeven. Het EHRM overweegt dat art. 8 EVRM van toepassing is vanwege de ernst van de gezondheidsrisico's. Het nationale handelen is flagrant in strijd met het nationale recht en daarmee ook met art. 8 EVRM.

Klager is eigenaar van een huis met grond eromheen dat in de buurt is gelegen van een begraafplaats. De begraafplaats is in de loop van de tijd steeds verder uitgebreid in de richting van het huis van klager. Verschillende mensen hebben hierover geklaagd bij de autoriteiten, die in 1995 hebben besloten dat de begraafplaats zou moeten worden gesloten omdat de maximale capaciteit was bereikt en verdere begrafenissen in strijd zouden zijn met de gezondheidsrichtlijnen. In 2010 klaagden klager en zijn bureaus erover dat er opnieuw begrafenissen plaatsvonden op de begraafplaats. Uiteindelijk stelde klager hierover een procedure in bij de rechter, die de gemeenteraad opdroeg om een gezondheidsbeschermingszone te creëren rondom de begraafplaats. Dit bevel is echter niet uitgevoerd.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat het gebruik van de nabijgelegen begraafplaats heeft geleid tot bodemvervuiling en vervuiling van de put waaraan hij zijn drinkwater onttrekt. Meest recent was de begraafplaats maar 34 meter van zijn woning vandaan gelegen, waardoor ook zijn mentale gezondheid werd aangetast. Het EHRM besluit de zaak op grond van art. 8 EVRM te behandelen, met name nu forensisch experts hebben vastgesteld dat de grond in een extreem gevaarlijke mate is aangetast. Het is daardoor duidelijk dat klagers kwaliteit van leven zodanig is aangetast dat het minimumniveau van ernst is bereikt door deze situatie van milieuoverlast. Het Hof stelt verder vast dat de staat direct verantwoordelijk was voor het

onderhoud van de begraafplaats en dat er sprake is van een inbreuk op de negatieve verplichtingen van de staat. Het Hof overweegt verder dat duidelijk is de begraafplaats tegen de geldende regels in werd gebruikt, zoals de nationale rechter ook heeft vastgesteld. Daarnaast heeft de nationale rechter al verplichtingen opgelegd om een beschermingszone rondom de begraafplaats aan te leggen, maar is daaraan nog geen gevolg gegeven. Intussen zijn de begrafenissen gewoon doorgedaan, wat volgens het Hof een grove schending vormt van de nationale gezondheidsregels. Dit betekent dat de inbreuk niet in overeenstemming was met het nationale recht, zodat het EHRM een schending van art. 8 EVRM kan vaststellen zonder onderzoek te doen naar de proportionaliteit ervan.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 10-05-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0510JUD004798715

Zaaknummer: 47987/15

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

T.C. t. Italië, EHRM 19 mei 2022, nr. 54032/18

Na een relatiebreuk is T.C. lid geworden van de Jehova's Getuigen. Hij betrok zijn dochter – die 12 dagen per maand bij hem verbleef – in zijn religieuze activiteiten. Na klachten van de moeder heeft een rechter T.C. verboden om zijn dochter bij zijn religieuze activiteiten te betrekken, nu dat in strijd zou zijn met haar belangen en welzijn. Het EHRM acht dat in de omstandigheden van het geval niet onredelijk en het ziet hierin ook geen ongelijke behandeling op grond van godsdienst tussen de ouders. Geen strijd met art. 14 jo. 8 EVRM.

Klager kreeg in 2004 een relatie met S.G.; in 2006 werd uit deze relatie een dochter geboren. Toen de relatie in 2008 stukliep ontstond er een geschil over het ouderlijk gezag en de bezoeksregeling rondom de dochter. In 2014 werd gezamenlijke ouderlijke macht toegekend en werd besloten dat het kind bij de moeder zou wonen, maar tenminste 12 dagen per maand bij de vader kon verblijven. De moeder stelde in de procedures hieromtrent dat klager zich intussen had aangesloten bij de Jehova's Getuigen en dat hij zijn dochter zonder haar toestemming meenam naar diensten en bij het distribueren van religieuze tijdschriften. In 2015 droeg een rechtbank klager op om zijn dochter niet langer in zijn religieuze activiteiten te betrekken, nu uit expertrapporten was gebleken dat zijn bedrag niet in haar belang was en destabiliserend en stressvol werkte.

Klager heeft voor het EHRM gesteld dat dit rechterlijk bevel in strijd is met de godsdienstvrijheid (art. 9 EVRM), zijn privéleven (art. 8 EVRM) en het discriminatieverbod (art. 14 EVRM). Het Hof beoordeelt de klacht primair op basis van art. 14 jo. 8 EVRM, mede gelezen in het licht van art. 9 EVRM. Het Hof wijst erop dat de rechtbank in het onderhavige geval vooral heeft geprobeerd om het geschil tussen de ouders op te lossen en de belangen van de partijen zo goed mogelijk met elkaar te verenigen, waarbij zij zich vooral heeft gericht op het belang van het kind om op te kunnen groeien in een open en vredige omgeving. Het enige doel van het bevel was daarbij om de keuzevrijheid van het kind te kunnen behouden, in het licht van de opvattingen van de vader. Het bevel had ook niet tot gevolg dat de vader zijn

opvattingen niet meer zou kunnen delen met zijn dochter in het kader van de opvoeding, of dat hij zijn eigen activiteiten als Jehova's Getuige niet meer kon uitoefenen. Het bevel was bovendien zodanig van aard dat klager steeds om een herziening ervan kon vragen. Het Hof ziet verder niet in dat er daadwerkelijk sprake was van een op religie gebaseerd verschil in behandeling van de rechter ten aanzien van de moeder respectievelijk de vader. Het komt dan ook tot de slotsom dat art. 14 jo. 8 EVRM niet zijn geschonden (5 stemmen tegen 2).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 19-05-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0519JUD005403218

Zaaknummer: 54032/18

Wetsartikelen: EVRM art. 8, EVRM art. 9 en EVRM art. 14

RECHTSPRAAK

X t. Tsjechië, EHRM 12 mei 2022, nr. 64886/19

In een kinderontvoeringsprocedure is in Tsjechië besloten dat X ten onrechte haar kind verhinderde om terug te keren naar haar vader in de Verenigde Staten. Aanvankelijk zou X met het kind meereizen naar de VS, maar later besloot ze anders en vocht ze de tenuitvoerlegging – zonder succes – bij de rechter aan. Het EHRM oordeelt dat de nationale rechters redelijke beslissingen hebben genomen en dat klaagster zichzelf ten onrechte heeft verzet tegen de tenuitvoerleggingsbeslissingen. Van een schending van art. 8 EVRM is dan ook geen sprake.

In 2007 is klaagster getrouwd met een Amerikaan. Hun dochter werd in 2014 in de VS geboren en verkreeg daar Amerikaans staatsburgerschap. Zowel klaagster als haar dochter hebben een dubbele Tsjechisch-Amerikaanse nationaliteit. Na incidenten van huiselijk geweld heeft een Amerikaanse rechter een regelgeving goedgekeurd waarbij het kind bij klaagster werd ondergebracht en de vader bezoekrechten kreeg. Klaagster mocht daarbij ook buiten de VS reizen. In 2016 reisde het gezin gezamenlijk naar Tsjechië, maar met verschillende verwachtingen over de toekomst. In het najaar van 2016 ging de vader alleen terug naar de VS. In 2017 heeft hij in Tsjechië verzocht om internationale rechtsbescherming om contact met zijn dochter te faciliteren. Later heeft hij daar ook een verzoek ingediend om terugkeer van zijn kind naar de VS, met een beroep op het Haags Kinderontvoeringsverdrag. De nationale rechters oordeelden dat klaagster het kind onrechtmatig bij zich had gehouden, zonder instemming van de vader. Ook waren zij van oordeel dat terugkeer naar de VS geen ernstige risico's voor het kind zouden inhouden en bovendien in het belang van het kind zou zijn. Het kind zou daarna naar de VS gaan, waar de vader gezag over het kind is toegekend; klaagster zou aanvankelijk meegaan, maar zag daar uiteindelijk vanaf en verzette zich vervolgens tegen de tenuitvoerlegging. Die vond uiteindelijk toch doorgang.

Klaagster heeft voor het EHRM gesteld dat de tenuitvoerlegging van de beslissing dat het kind zou moeten worden teruggestuurd naar de VS in strijd is met art. 8 EVRM. Het Hof stelt vast

dat de nationale rechters in de kinderonvoeringsprocedure hebben vastgesteld dat klaagster het kind onrechtmatig niet had laten terugkeren naar de VS en dat er geen gronden waren die tegen terugkeer pleitten. Klaagster zelf heeft zich vervolgens verzet tegen de tenuitvoerlegging van dat oordeel. Daarbij acht het Hof van belang dat de nationale rechters er bij de tenuitvoerlegging van uitgingen dat klaagster met het kind mee zou gaan naar de VS. Ook verder waren er goede waarborgen geboden om het welzijn van het kind daar te verzekeren. Klaagster heeft in de procedure geen goede redenen gegeven waarom ze uiteindelijk toch niet naar de VS wilde gaan. Daar komt bij, dat de nationale rechter wel heeft geoordeeld dat het in het belang van het kind zou zijn om daar en niet in Tsjechië te wonen. Dat de procedure zo lang heeft geduurd, is ten slotte overwegend het gevolg van het feit dat klaagster zichzelf zo heeft verzet tegen de tenuitvoerleggingsbeslissingen. Art. 8 EVRM is dan ook niet geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 12-05-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0512JUD006488619

Zaaknummer: 64886/19

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

**Yeşiller ve Sol Gelecek Partisi t. Turkije, EHRM 10 mei 2022,
nr. 41955/14**

Een linkse, groene partij is in 2012 opgericht. Om aan de verkiezingen te kunnen deelnemen moest de partij lokale congressen organiseren. Daarvoor kreeg zij geen toestemming van de lokale kiesraden omdat zij niet voldeed aan minimumeisen van vertegenwoordiging in de verschillende deelgemeenten. Het EHRM erkent dat dit een inbreuk op de verenigingsvrijheid oplevert, maar het acht die te billijken omdat op deze manier voldoende inbedding in de lokale structuren werd nagestreefd. Bovendien zijn de eisen hier objectief en neutraal toegepast. Er is dan ook geen schending van art. 11 EVRM.

Klager is een linkse, groene politieke partij die in 2012 is opgericht. In 2013 heeft de partij aan de Kiesraden van Ankara, Antalya en Artvin gevraagd of zij in die gemeenten een verkiezingscongres zou kunnen organiseren. Dit verzoek is verworpen omdat de partij onvoldoende steun en organisatie zou hebben in het minimaal aantal deelgemeenten dat volgens de geldende wetgeving is vereist. Deze besluiten zijn in hogere instantie, bij de centrale Kiesraad, in stand gebleven.

Volgens klagster is deze weigering in strijd met de verenigingsvrijheid zoals beschermd door art. 11 EVRM. Het Hof stelt vast dat de weigering inderdaad een inbreuk vormt op de verenigingsvrijheid. Daarnaast is het Hof bereid te erkennen dat met de eisen een legitiem doel wordt nagestreefd, namelijk het versterken van een politieke partij op het gehele nationale grondgebied. Volgens het Hof kan dit binnen het bereik vallen van het doel van de bescherming van de openbare orde en de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Ten aanzien van de proportionaliteit stelt het Hof voorop dat de weigering om toestemming te geven voor de congressen niet in de weg staat aan het ontplooiën van politieke activiteiten in de drie gemeenten. Tegelijkertijd houden de eisen die worden gesteld

aan het kunnen organiseren van een congres nauw verband met het door art. 3 EP EVRM kiesrecht: alleen een partij die een congres heeft georganiseerd kan vervolgens deelnemen aan de verkiezingen. Ten aanzien van dit onderwerp komt de staten een zekere *margin of appreciation* toe, met name omdat zij beter dan het Hof in staat zijn om te bepalen wat nodig is om de democratische rechtsorde in een staat te beschermen. Het Hof kan dan ook alleen afwijken van het oordeel van de nationale centrale Kiesraad over de gestelde eisen wanneer die kennelijk onredelijk zijn. Het Hof ziet in de onderhavige zaak echter geen reden om dat te doen. De beslissing van de centrale Kiesraad was gebaseerd op een objectieve en feitelijke beoordeling van de gestelde eisen, waarbij duidelijk werd, dat de politieke partij nog onvoldoende was ingebed in de gemeentelijke structuren. Met de opvattingen of activiteiten van klaagster had de beslissing niets te maken. Gelet daarop stelt het Hof geen schending vast van art. 11 EVRM. Evenmin is het Hof van oordeel dat art. 13 EVRM is geschonden, nu de centrale Kiesraad een effectief rechtsmiddel heeft geboden, ook al was er geen hogere rechterlijke voorziening om over de kwestie te oordelen.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 10-05-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0510JUDoo4195514

Zaaknummer: 41955/14

Wetsartikelen: EVRM art. 11 en EVRM art. 13

ANNOTATIE

Vlahov t. Kroatië (EHRM, 31163/13) – Vrijheid van vakvereniging is géén recht op vakvereniging

Prof. Dr. F. Dorssemont

De vrijheid van vakvereniging

1. Art. 11 EVRM erkent een recht op vrijheid van vereniging, met inbegrip van het recht met anderen vakverenigingen op te richten en zich bij vakverenigingen aan te sluiten voor de bescherming van zijn belangen. In deze Kroatische zaak stoten vijftien werknemers van de douane op een weigering van hun aanvraag tot lidmaatschap van een categoriale bond die enkel douaneofficieren organiseerde. Deze weigering ging uit van een kaderlid van de vakbond die op lokaal vlak verantwoordelijk was voor de toelating van nieuwe leden.
2. Die weigering stond niet los van een bewuste politiek om de vakbond af te schermen tegen vermeende door de werkgever gestuurde infiltranten die de democratische vakbondswerking van binnenuit moesten uithollen. Die beslissing kwam de lokale mandataris duur te staan. De Voorzitter van de vakbond besloot de beslissing ongedaan te maken en regelde zelf de uitbreiding van het ledenbestand ten faveure van de 15 vermeende mollen. Hij werd eveneens afgezet als lokaal mandataris.
3. Belangwekkender en behoorlijk bijzonder was het feit, dat de lokale mandataris na een strafklacht van zijn vakbond werd vervolgd wegens het belemmeren van de vrijheid van vakvereniging. Art. 109 van het Kroatische Strafwetboek bepaalt immers dat *eenieder* die de vrijheid van vakvereniging miskent of belemmert, gestraft zal worden door een boete of een gevangenisstraf van niet meer dan één jaar. Op basis van deze bepaling werd de lokale mandataris finaal veroordeeld tot 4 maanden gevangenisstraf met opschorting. Opmerkelijk is dat deze strafrechtelijk bepaling een abstractie maakte van de hoedanigheid van de dader. Deze hoefde geenszins een werkgever te zijn of zijn aangestelde. Het betrof al evenmin een belemmering die zich in de sfeer van de arbeidsverhouding diende te situeren.
4. Art. 11 EVRM maakt gewag van 'the right to join trade unions for the protection of his interests' als een uiting van een 'right to the freedom of association'. Er wordt nergens gewag

gemaakt van een *right to association*. De Engelse tekst laat niet goed toe om uit te maken of hier sprake is van een sfeer van vrijheid die door derden moet worden gerespecteerd, dan wel van een recht dat ten aanzien van derden kan worden opgeëist en dat derden tot een bepaalde prestatie verplicht. De Franse taalversie is mijns inziens veel scherper. In deze versie wordt gewag gemaakt van een '*droit de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts*'. Er wordt dus nergens gewag gemaakt van een '*droit à s'affilier à des syndicats*' of van een '*droit à l'affiliation*'. De Franse tekst suggereert duidelijker dat er sprake is van een sfeer van vrijheid en dat er geen sprake is van een recht.

5. Ter vergelijking: de vrijheid van collectief overleg wordt in een aantal internationale instrumenten veelal vertaald als een '*droit de négociation collective*' en niet als een '*droit à la négociation collective*'.^[1] Ze impliceert geenszins een recht op een plaats aan de onderhandelingstafel of een verplichting voor een partner in het overleg met een bepaalde partij in overleg te treden.

Recht op vakvereniging, een problematische notie

6. Indien men art. 11 EVRM als een dergelijk recht *op* lidmaatschap erkent, dreigen onvermijdelijk twee conflicten. Vooreerst conflicteert een dergelijk recht onvermijdelijk met de autonomie van vakbonden om zelf hun eigen zaken te beheren. Ten tweede betekent een lidmaatschapswang dat reeds bestaande leden eigenlijk gedwongen worden om zich te verenigen met lieden die zij om hen moverende redenen 'niet zien zitten'. Men kan zich de vragen stellen of dit vanuit het standpunt van de reeds aangesloten leden geen beperking inhoudt van *hun* negatieve vrijheid van vereniging.

7. De vraag rijst bovendien of het uitgangspunt klopt. Mag men immers uit artikel 11 EVRM wel een dergelijke lidmaatschapswang afleiden? Indien een dergelijk beginsel *niet* bestaat, is van hogergenoemde conflicten tussen grondrechten geen sprake, maar integendeel van een beperking van de interne autonomie van de vakbond, die een integrerend onderdeel uitmaakt van de vrijheid van vakvereniging op collectief vlak. De vraag rijst dan of een staat die een dergelijke lidmaatschapswang oplegt de vrijheid van vakvereniging niet beperkt op een wijze die disproportioneel is. Het Hof onderzoekt in het arrest *Vlahov* de proportionaliteit door vooral de deugdelijkheid van de rechterlijke oordeelsvorming te beoordelen. Het Hof laat in het midden of de rechterlijke macht ter zake een discretionaire marge zou hebben. In het arrest *ASLEF* wees het Hof nog wel op het beperkte karakter van die marge.^[2] Het Hof komt in *Vlahov* tot het besluit dat aan die toets niet werd voldaan.

Het principe-arrest bevestigd

8. De kwestie van de lidmaatschapswang kwam eerder al aan bod in het arrest *ASLEF*,^[3]

waaruit het Hof uitvoerig put. In deze zaak moest het Hof zich uitspreken over een lidmaatschapsdwang die door een niet strafrechtelijke Britse wetsbepaling werd geïntroduceerd. Ze verbood Britse bonden om aspirant-leden te weigeren wegens het lidmaatschap van een politieke partij. Toen een spoorbond op een bepaald moment een aangesloten lid royeerde die bij gemeenteraadsverkiezingen opkwam voor een extreemrechtse partij, werd zij geconfronteerd met een rechterlijk bevel dat deze bond verplichtte om een zekere meneer Lee opnieuw op te nemen.

9. Het Hof bepaalde toen dat art. 11 EVRM geenszins een recht inhield om het lidmaatschap van een vakvereniging af te dwingen. De vakbonden ontleenden aan dit artikel integendeel de keuzevrijheid om bepaalde werknemers al dan niet op te nemen (of om ze na opname uit te sluiten). Het Hof overwoog toen het volgende: *‘Article 11 cannot be interpreted as imposing an obligation on associations or organisations to admit whosoever wishes to join. Where associations are formed by people, who, espousing particular values or ideals, intend to pursue common goals, it would run counter to the very effectiveness of the freedom at stake if they had no control over their membership.’*[4]

De door de Britse overheid ingevoerde beperking van de vrijheid om leden wegens lidmaatschap van een politieke partij te weigeren of uit te sluiten vormde een onevenredige beperking van die keuzevrijheid.

10. Het moet mijns inziens worden betreurd dat het Hof dit uitgangspunt in de zaak *Vlahov* niet van meet af aan duidelijker heeft herhaald. Sterker, in een overweging herleidt het de kwestie die centraal staat in het arrest tot ‘the extent to which the State could intervene to protect the would-be trade union members from the hindrance of *their right to associate*, taking into account the applicant’s rights and those of the trade union which he at the relevant time represented to control their membership by deciding with whom they wanted to associate.’[5]

11. Er wordt in dit arrest dus een ‘right to associate’ vooropgesteld dat op het eerste gezicht op gespannen voet staat met het arrest in *ASLEF*. Dit is opmerkelijk. In *ASLEF* ging het immers nog over een werknemer die zich kon beroepen op een contractuele lidmaatschapsband met de vakbond, terwijl in deze zaak een werknemer centraal stond die geen enkel recht kon putten uit het verenigingscontract.

12. Het Hof overweegt evenwel vervolgens in *Vlahov* dat ‘the right to join a union “for the protection of [one’s] interests” cannot be interpreted as conferring a general right to join the union of one’s choice, irrespective of the right of the union in question to decide on its membership in accordance with the union rules.’[6] Sterker nog, het Hof merkt op dat in het

andersliggende geval de negatieve vrijheid van vakvereniging in het gedrang zou komen: 'Article 11 cannot be construed as permitting every kind of compulsion in the field of trade union membership, as that would strike at the very substance of the freedom it is designed to guarantee Moreover, it would strike at the very essence of Article 11 to exert pressure on a person in order to compel him or her to join, or be in an association with, those who do not share his or her views ...'[7]

Nogmaals, de negatieve vrijheid van vakvereniging wordt hier niet gemobiliseerd om een grondrechtenconflict binnen de syntaxis van art. 11 EVRM te suggereren, maar om het bestaan van een recht op lidmaatschap te ontkrachten.

De 'plus'-vakbond

13. Het Hof maakt wel een belangrijk voorbehoud. Het merkte reeds in het arrest *ASLEF* op dat de afwezigheid van lidmaatschapswang vooronderstelde dat *"The association or trade union is a private and independent body, and is not, for example, through receipt of public funds or through the fulfilment of public duties imposed upon it, acting in a wider context, such as assisting the State in securing the enjoyment of rights and free doms, where other considerations may well come into play."*[8]

Het Hof lijkt hiermee niet te stellen dat in een dergelijke hypothese een onbegrensde verplichting zou gelden om werknemers als lid te aanvaarden. Aangenomen mag worden dat de keuzevrijheid in een dergelijke hypothese beperkingen kan ondergaan. Zo is in de literatuur wel verdedigd dat de vakbonden in de uitoefening van publieke taken hun diensten niet mogen weigeren aan niet-leden.[9] Een dergelijke verplichting impliceert geenszins dat iedereen als een volwaardig lid moet worden geaccepteerd.

14. In het arrest *Vlahof* merkt het Hof op dat deze vrijheid eveneens uitzondering zou leiden indien de vakbond "is operating a closed shop agreement, in which case other considerations may apply (see *Associated Society of Locomotive Engineers and Firemen (ASLEF)* ... par. 40).[10]" Deze overweging is merkwaardig, in zoverre het Hof hier verwijst naar het arrest *ASLEF*. In dit arrest maakte het Hof immers geen melding van de hypothese dat een vakbond een *closed shop agreement* had gesloten met de werkgeverszijde. Er was sprake van een situatie waarin een vakbond door een habilitatie van staatswege werd bekleed met een vorm van publieke dienstverlening. *Closed shop agreements* zijn immers door het Hof in constante rechtspraak verketterd. Het Hof lijkt hier een hypothese te schetsen waarvan in de jurisprudentie over *closed shops* geen sprake was: een weigering die uitging van de vakbond. In de *closed shop* jurisprudentie, stond immers een omgekeerde weigering centraal: de weigering van werknemers om lid te worden.

15. Het Hof vervolgt in het arrest in *Vlahov* met een andere beperking van de vrijheid van vakbonden om werknemers te aanvaarden die het resultaat zou zijn van willekeur. Het overweegt in dit verband: '[A] balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of minorities and avoids any abuse of a dominant position. Thus, the State must protect the individual against any abuse of a dominant position by trade unions' [11]

Het Hof verwijst in dit verband naar oude jurisprudentie van de Commissie die al in *ASLEF* werd aangehaald. Het citeert daarbij situaties waarin uitsluiting of royerling geschiedt op een wijze die niet in overeenstemming is met 'union rules, or where the rules are wholly unreasonable or arbitrary, or where the consequences of exclusion or expulsion result in exceptional hardship'. [12] In een opmerkelijke passage merkt het Hof daarenboven op 'that a form of abuse might also occur in the event of discriminatory treatment, against which the State is required to take the real and effective measures of protection'. [13]

16. Het komt ons voor dat een discriminatoire weigering van werknemers moeilijk door de beugel kan. Er ligt dan immers een schending voor van art. 11 EVRM *juncto* art. 14 EVRM. Bovendien bepaalt art. 2 van het IAO verdrag nr 87 dat 'De werknemers en de werkgevers, zonder enig onderscheid, hebben het recht zonder voorafgaande goedkeuring organisaties op te richten van hun eigen keuze, alsmede het recht daarvan lid te worden, op geen andere voorwaarde, dan dat zij zich naar de statuten van die organisaties zullen gedragen'.

Het heeft ons evenwel verbaasd dat het Hof in dit verband naar het arrest *Danilenkov* verwijst. [14] In dit arrest was immers sprake van een vorm van discriminatie die uitgaat van werkgevers. Het gebruik van het woord *mutatis mutandis* in dit arrest maakt duidelijk dat het Hof zich hiervan bewust was.

Filip Dorssemont

Gewoon Hoogleraar Université Catholique de Louvain

Gastdocent Université libre de Bruxelles

[1] Artikel 6 ESH en IAO Conventie nr 98.

[2] Zie par 46 in *ASLEF t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 27 februari 2007, nr. 11002/05, ECLI:CE:ECHR:2007:0227JUD001100205, «EHRC» 2007/60 m.nt. D. De Prins, NJ 2008/2 m.nt. E.E.A. Alkema: 'However, since this is not an area of general policy, on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely and in which the role of the domestic policy-maker should be given special weight (see e.g. *James and Others v. the United Kingdom*,

judgment of 21 February 1986, Series A no. 98, p. 32, § 46, where the Court found it natural that the margin of appreciation “available to the legislature in implementing social and economic policies should be a wide one”), the margin of appreciation will play only a limited role.”

[3] *ASLEF t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 27 februari 2007, nr. 11002/05, ECLI:CE:ECHR:2007:0227JUD001100205, «EHRC» 2007/60 m.nt. D. De Prins, *NJ* 2008/2 m.nt. E.E.A. Alkema.

[4] *ASLEF t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 27 februari 2007, nr. 11002/05, ECLI:CE:ECHR:2007:0227JUD001100205, «EHRC» 2007/60 m.nt. D. De Prins, *NJ* 2008/2 m.nt. E.E.A. Alkema, par. 39.

[5] *Vlahov*, par. 58.

[6] *Vlahov*, par. 60.

[7] *Vlahov*, par. 60.

[8] *ASLEF t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 27 februari 2007, nr. 11002/05, ECLI:CE:ECHR:2007:0227JUD001100205, «EHRC» 2007/60 m.nt. D. De Prins, *NJ* 2008/2 m.nt. E.E.A. Alkema, par. 40

[9] Zie D. De Prins, noot onder *ASLEF*, «EHRC» 2007/60.

[10] *Vlahov*, par. 60.

[11] *Vlahov*, par. 61.

[12] *Vlahov*, par. 61.

[13] *Vlahov*, par. 61.

[14] *Danilenkov e.a. t. Rusland*, EHRM 30 juli 2009, nr. 67336/01, ECLI:CE:ECHR:2009:0730JUD006733601, «EHRC» 2009/113.

ANNOTATIE

Lings t. Denemarken (EHRM, 15136/20) – Hulp bij zelfdoding als meningsuiting?

prof. mr. A.C. Hendriks

1. De uitspraak van het EHRM in de zaak *Lings t. Denemarken* betreft de uitleg van het recht op vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM) met betrekking tot informatie over en hulp bij zelfdoding. Vanwege de wijze waarop het EHRM het recht op vrijheid van meningsuiting interpreteert rond levensbeëindiging is deze uitspraak ook van belang voor Nederland en België, waar euthanasie en hulp bij zelfdoding – anders dan in Denemarken – onder omstandigheden niet strafbaar zijn.
2. De aanleiding van de zaak *Lings t. Denemarken* wordt door partijen niet betwist. Klager, die tot 2010 als arts werkzaam was in Denemarken, had rond 2015 de stichting Artsen voor hulp bij zelfdoding opgericht. In het verlengde daarvan had hij via internet informatie verspreid over de wijze waarop mensen hun leven kunnen beëindigen met gebruik van medicijnen, dit vanwege het absolute verbod op euthanasie en hulp bij zelfdoding in Denemarken. Uit de uitspraak wordt niet duidelijk of mensen deze geneesmiddelen zelf kunnen aanschaffen (*over the counter*), bijvoorbeeld via een drogist, of dat daarvoor een recept van een arts noodzakelijk is.
3. De Deense autoriteiten waren niet opgetreden tegen de oprichting van de stichting en het verspreiden van informatie over zelfdoding. In 2017 ondernamen zij alsnog actie nadat klager tijdens een radio-interview had aangegeven dat hij een ernstig zieke patiënt had geholpen bij het beëindigen van het leven. Voor de Deense autoriteiten was dat aanleiding om een strafrechtelijk onderzoek op te starten en de artsvergunning van klager te beëindigen. Dat laatste gebeurde overigens niet omdat er voor artsen andere regels gelden rond euthanasie en hulp bij zelfdoding dan voor niet-artsen, zoals het geval is in Nederland en België, of omdat hij te lang niet als arts had gepraktiseerd. Reden voor het beëindigen van de artsvergunning was dat klager zo niet langer recepten kon uitschrijven voor patiënten of anderen ter beëindiging van hun leven. Korte tijd later, nadat was gebleken dat klager in totaal in drie zelfdodingszaken betrokken was geweest, startten de autoriteiten ook een strafrechtelijke

procedure tegen klager. Dit resulteerde in een voorwaardelijke gevangenisstraf voor klager voor de periode van zestig dagen wegens het handelen in strijd met het strafrechtelijk verbod op euthanasie en hulp bij zelfdoding (art. 240 Deens Wetboek van Strafrecht). Het verweer van klager dat zijn handelen een door de vrijheid van meningsuiting beschermde vorm van handelen was, werd in alle drie de rechterlijke instanties afgewezen.

4. Klager stelde in Straatsburg dat de Deense autoriteiten hadden gehandeld in strijd met het recht op vrijheid van meningsuiting, zoals beschermd door art. 10 EVRM. Dat riep voor het EHRM de vraag op of het verstrekken van informatie over en hulp bij zelfdoding bij een andere persoon uitingen zijn die vallen binnen de reikwijdte van de vrijheid van meningsuiting.

5. Klager meende dat de Deense autoriteiten zijn vrijheid van meningsuiting onrechtmatig hadden beknot. Kort samengevat was klager van oordeel dat de gerechtelijke autoriteiten hem ten onrechte een voorwaardelijke gevangenisstraf hadden opgelegd vanwege het mondeling informeren van enkele patiënten over hoe zij hun leven zouden kunnen beëindigen. De Deense autoriteiten weerspraken deze uitleg. Klager had specifieke hulp geboden aan enkele patiënten met als oogmerk om hun leven te beëindigen. Dat valt binnen de reikwijdte van het strafrechtelijk verbod van art. 240 Deens Wetboek van Strafrecht.

6. Het Hof overweegt naar aanleiding van deze klacht in eerste instantie dat verdragsstaten een ruime mate van beleidsvrijheid (*margin of appreciation*) toekomt. Dat geldt in het bijzonder met betrekking tot zaken waarover meer anders wordt gedacht en zaken waarop op Europees niveau geen consensus bestaat, zoals euthanasie en hulp bij zelfdoding. Vanwege dit laatste oordeelt het Hof zeer terughoudend met betrekking tot klachten aangaande zelfdoding. Het Hof overweegt dat de Deense wetgever art. 240 Wetboek van Strafrecht had opgesteld ter bescherming van de gezondheid, de openbare moraal en rechten van anderen. Het Hof oordeelt dat dit gerechtvaardigde doelen zijn.

7. In het licht van de toetsing van art. 240 Deens Wetboek van Strafrecht aan de normen van het EVRM is het volgende van belang. Aanvankelijk leek het EHRM – net als de toenmalige Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECieRM) – geen ruimte te laten om deze (hulp bij) zelfdoding toelaatbaar te achten.[1] Niet eerder dan in 2000, in de zaak *Pretty*, erkende het Hof het belang van zelfbeschikking als grondslag van in het bijzonder art. 8 EVRM (recht op privéleven), in relatie tot art. 2 EVRM (recht op leven).[2] Niettemin benadrukte het EHRM in de zaak *Pretty* dat het recht op leven niet het recht op sterven omvat.[3] Enige nadere nuancering van het EHRM op de strikte afwijzing van euthanasie en hulp bij zelfdoding ontstond naar aanleiding van twee zaken tegen Zwitserland.[4] In beide zaken erkende het EHRM dat het recht op privéleven, zoals neergelegd in art. 8 EVRM, mede het

recht omvat van het individu om te beslissen over de wijze en het moment van levensbeëindiging, op voorwaarde dat de betrokkene in staat is vrijelijk te beschikken en daarnaar te handelen. Let wel, dit recht omvat aldus niet een aanspraak op euthanasie of hulp bij zelfdoding, maar laat ruimte voor de nationale autoriteiten om zelfdoding mogelijk te maken.

8. Het Hof geeft in zijn uitspraak in de zaak *Lings t. Denemarken* een recent overzicht inzake de regulering van euthanasie en hulp bij zelfdoding in verschillende Europese landen (par. 27 e.v.). Uit dit overzicht blijkt dat euthanasie slechts in vier Europese landen onder omstandigheden niet is verboden: Nederland (Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, 2002), België (Wet betreffende de euthanasie, 2002), Luxemburg (Loi sur l'euthanasie et l'assistance au suicide, 2009) en Spanje (Ley de regulación de la eutanasia, 2021). Anders is dat bij hulp bij zelfdoding – waarvan sprake was in de zaak *Lings*. Dit is in minstens 11 Europese landen niet verboden. Echter niet in Denemarken. Uit dit overzicht volgt dat er geen Europese consensus bestaat aangaande de regulering van euthanasie en hulp bij zelfdoding.

9. Het Hof erkent dat er in de zaak *Lings t. Denemarken* sprake was van een inbreuk op de overtuiging van klager als gevolg van de toepassing van art. 240 Deens Wetboek van Strafrecht. Tegelijkertijd stelt het Hof vast, dat niet enkel sprake was van het uiten van een mening door het geven van informatie, maar dat klager ook specifieke handelingen had verricht gericht op het beëindigen van de levens van enkele patiënten. Het Hof betwijfelt daarom of, als gevolg van deze handelingen, wel sprake was van een inbreuk op klagers vrijheid van meningsuiting. Gelet op het doel van art. 240 Deens Wetboek van Strafrecht ter waarborging van het verbod op hulp bij zelfdoding, de wijze waarop dit verbod is neergelegd in de wet en de afwezigheid van een recht op hulp bij zelfdoding op nationaal en in het EVRM oordeelt het Hof uiteindelijk dat de Deens autoriteiten niet het recht op vrijheid van meningsuiting van *Lings* hebben geschonden. De handelingen van *Lings* vielen buiten de reikwijdte van dit recht.

10. De redenering van het Hof sluit aan bij de uitzonderingen op het verbod van euthanasie en hulp bij zelfdoding in Nederland. De Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding (Wtl) bepaalt dat artsen in situaties waarin aan alle zorgvuldigheidseisen is voldaan niet strafrechtelijk worden vervolgd. Daartoe is onder meer een mondelinge of schriftelijke wilsverklaring van de betrokken patiënt vereist, die op dat moment daartoe wilsbekwaam in staat is, en de consultatie van een tweede arts. Aan deze voorwaarden zou in de zaak *Lings* niet zijn voldaan. Daar komt bij dat het niet is toegestaan om 'aan te zetten' tot zelfdoding. Het opzettelijk aanzetten tot zelfdoding is op grond van art. 294 lid 1 Sr verboden en kan resulteren in een gevangenisstraf van maximaal drie jaar of een geldboete van de

vierde categorie. Dit geldt overigens alleen indien de zelfdoding daadwerkelijk volgt.

11. De Belgische wetgeving bevat soortgelijke waarborgen voor de zorgvuldige uitvoering van euthanasie en hulp bij zelfdoding. Anders dan in Nederland bevat de Belgische wetgeving geen verbod tot aanzetten van zelfdoding. Dat is de afgelopen jaren wel diverse manieren getracht toe te voegen aan het Strafwetboek. Die pogingen zijn om verschillende redenen iedere keer gestrand. Niettemin meen ik dat de redenering van het Hof in de zaak *Lings* aansluit bij de gedachte achter de Wet betreffende de euthanasie, op grond waarvan slechts bepaalde handelingen in aanmerking komen voor strafuitsluiting.

12. Terug naar het oordeel van het Hof in de zaak *Lings t. Denemarken*. De uitkomst van de overwegingen van het Hof is juridisch juist. Niet iedere op een bepaalde mening gebaseerde uiting kan worden gelijkgesteld met een grondrechtelijk beschermde meningsuiting. Belangrijkst leerpunt van deze uitspraak in dit verband is, dat verdragsstaten een ruime *margin of appreciation* toekomt om uiting van een mening toe te staan dan wel te beperken.

13. Ten overvloedige merk ik op dat het gebruik van het Hof van termen als euthanasie en hulp bij zelfdoding niet consistent is. Zoals opgemerkt, in de zaak *Lings* was sprake van hulp bij zelfdoding met betrokkenheid van Lings en niet van euthanasie. Door deze termen te verwarren wordt de situatie er niet duidelijker op. Maar mogelijk heeft deze verwarring te maken met de uiteenlopende uitleg van deze termen in verschillende landen.

A.C. Hendriks

Hoogleraar gezondheidsrecht, Universiteit Leiden

[1] Zie bijv. *R. t. Verenigd Koninkrijk*, ECieRM (ont.besl.) 3 juli 1983, nr. 10083/82, ECLI:CE:ECHR:1983:0704DEC001008382; *Sampedro Camean t. Spanje*, ECieRM (ontv.besl.) 17 mei 1995, nr. 25949/94, ECLI:CE:ECHR:1995:0517DEC002594994) en *Sanles Sanles t. Spanje*, EHRM (ontv.besl.) 26 oktober 2000, nr. 48335/99, ECLI:CE:ECHR:2000:1026DEC004833599.

[2] *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, ECLI:CE:ECHR:2002:0429JUD000234602, «EHRC» 2002/47, m.nt. Gerards en Janssen, par. 40.

[3] *Idem*, par. 39.

[4] *Haas t. Zwitserland*, EHRM 20 januari 2011, nr. 31322/07, ECLI:CE:ECHR:2011:0120JUD003132207, «EHRC» 2011/53, m.nt. Den Hartogh en Gross t. Zwitserland, EHRM 14 mei 2013, nr. 67810/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0514JUD006781010, «EHRC» 2013/152, m.nt. Hendriks.

ANNOTATIE

Kikabidze t. Georgië (EHRM, 57642/12) – Beoordeling van verzoeken tot het horen van getuigen bij overschrijden van een procedurele termijn***D.A.G. van Toor en I.N. de Wit***

1. Een opsporingsonderzoek dat werd gesloten omdat sprake zou zijn van zelfmoord (2004) – een gedetineerde zou zich in detentie van zijn leven hebben beroofd – wordt toch nog als moord onderzocht vanaf het moment dat een celgenoot van klager met nieuwe informatie tegen hem komt (maart 2011; inmiddels zijn dus zeven jaar verstreken). Daarna gaat het snel: klager wordt in oktober 2011 – zo’n zeven maanden na de melding – gearresteerd voor betrokkenheid bij de moord; een maand later, in november 2011 vinden regiezittingen plaats; en, nog eens een maand later, in december 2011 wordt klager veroordeeld voor de moord op een medegedetineerde. Een uitzonderlijk procesverloop: tussen aanhouding en veroordeling liggen zo’n twee maanden, terwijl in de zeven jaren daarvoor geen onderzoek is verricht.

2. Natuurlijk kan het zo zijn dat een strafbaar feit snel wordt opgelost nadat de juiste informatie ter beschikking van de autoriteiten is gekomen en/of dat een zelfmoord toch een moord blijkt te zijn. Toch is het procesverloop zoals plaatsvond in de onderhavige zaak bijzonder gezien de ernst van het feit en door de doorslaggevendheid voor de veroordeling van een getuigenverklaring zoveel jaar na dato. Kikabidze dient dan ook verschillende procedurele bezwaren tegen het procesverloop in, al treft hemzelf ook enige blaam. Zo krijgt hij na zijn arrestatie een raadsman toegewezen, maar al snel neemt hij zelf een (gekozen) raadsman in de arm. Hierover communiceert hij niet duidelijk: op een raadkamerzitting over de voorlopige hechtenis laat hij na expliciet aan de officier van justitie en de rechter te vermelden dat de gekozen raadsman hem vanaf nu vertegenwoordigt (en dat alle communicatie, inclusief het dossier, naar de nieuwe raadsman moet worden gestuurd). En juist op dat laatste punt gaat het mis: de gekozen raadsman krijgt heel laat het dossier, namelijk negen dagen voor de regiezitting, terwijl de termijn voor het indienen van onderzoekswensen vijf dagen voor de regiezitting is. Dat betekent dat de verdediging vier dagen de tijd heeft om het dossier te doorgronden en tijdig onderzoekswensen in te dienen. Dat blijkt in deze zaak kort dag te zijn.

3. De zaak wordt vooral benaderd vanuit het *equality of arms*-principe en de verdedigingstijd. Dat is ook logisch gezien de bovenstaande feiten. Door de ietwat onhandige “strategie” van de klager heeft zijn gekozen raadsman weinig tijd het dossier door te nemen en onderzoekswensen te presenteren. Het Hof legt daarbij ook de gedeeltelijke verantwoordelijkheid bij de klager, maar dat ontslaat de Staat niet van zijn verplichting om tijdig te reageren op veranderde omstandigheden. Het is daarom zonneklaar dat de verdedigingsrechten zijn geschonden, en het Hof wijst daarbij subtiel op het feit dat de omstandigheden van het onderzoek (een decennia oude “moord”) voldoende aanleiding geven om de verdedigingsrechten serieus te nemen.

4. Voor Nederland is de bovenstaande casuspositie niet zo van belang: daar bestaat een vangnetconstructie voor de situatie wanneer de verdediging te laat kennis kan nemen van de processtukken om tijdig onderzoekswensen in te dienen. Normaalgesproken is van tijdige beschikking over het relevante materiaal sprake en kunnen verzoeken tot het horen van getuigen onder art. 263 Sv worden ingediend, die dan worden beoordeeld onder het regime van het verdedigingsbelang. Als verzoeken toch niet tijdig worden ingediend, dan vallen de verzoeken onder het strengere noodzakelijkheids criterium. Dit criterium wordt echter in zijn strengheid genuanceerd wanneer het niet-tijdige indienen van een verzoek niet aan de verdediging te wijten is. Dit is volgens de Hoge Raad het geval wanneer de verdediging niet tijdig de beschikking had over het dossier.[1] Met andere woorden, in Nederland geldt voor de situatie die in *Kikabidze* is ontstaan een uitzonderingsregel.

5. Wat wel interessant is voor de Nederlandse rechtspraak is de afwijzing van het *materiële* verzoek op *formele* gronden. Dit gebeurde namelijk ook in de inmiddels veel becommentarieerde *Keskin*-zaak[2], [3] In de onderhavige zaak zijn onderzoekswensen om (naar de categorisatie van het Hof) ontlastende getuigen[4] te horen te laat ingediend. Toch lijken er algemenere conclusies te kunnen worden verbonden aan *Kikabidze*, in de zin van dat de redenering die het Hof toepast, geldt (of zou moeten gelden) voor zowel belastende getuigen als ontlastende getuigen.

6. De rechtspraak over het oproepen en horen van getuigen *à décharge* lijkt gericht te zijn op de volledigheid van het onderzoek en de noodzaak van de bijdrage van de getuige aan de waarheidsvinding, terwijl bij het oproepen en horen van getuigen *à charge* het door de verdediging kunnen toetsen van de betrouwbaarheid centraal staat.[5] Dit maakt enerzijds duidelijk dat, gezien de verschillende doelstellingen, een *materieel* verschillende (drie-staps)toets gerechtvaardigd is. Maar er lijken geen gronden te bestaan om verschillend te denken over de invloed van *formalisme* met betrekking tot de afwijzing van verzoeken enkel op basis van termijnen. In die zin past het onderhavige arrest, ondanks dat het een verzoek tot het van een getuige *à décharge* betreft, in dezelfde lijn als ingezet met *Keskin* (reeds

aangehaald). Daarin ging het namelijk ook om een *materieel* verzoek dat enkel op *formele* gronden werd afgewezen. Met het horen van de getuigen in de onderhavige zaak had de klager een inhoudelijke verdediging kunnen voeren – in een zaak waarin alleen getuigenbewijs beschikbaar is. De verzoeken zijn dus voor de inhoud van de zaak belangrijk, maar worden door de Georgische rechter puur op een formalistische en procedurele aard afgedaan: te laat is te laat. Dit gaat er bij het Hof, mede gezien de omstandigheden van de zaak, niet in.

7. Zowel in *Keskin* als in *Kikabidze* maakt het Hof dus korte metten met (puur) formalisme. Dat is ook niet verwonderlijk, want wanneer de afwijzing van verzoeken enkel op formele gronden plaatsvindt, kan ernstig worden getwijfeld aan het feit of de verdedigingsrechten wel *practical and effective* zijn. In *Keskin* ging het daarbij om het afwijzen van het verzoek tot het horen van getuigen op basis van de afwezigheid van een toereikende onderbouwing van het verzoek, waarbij het verzoek niet in materiële zin is beoordeeld. In de onderhavige zaak is de afwijzing van het verzoek enkel gebaseerd op het te laat indienen van het verzoek. Het Hof overweegt dan ook dat: ‘the above decision of the judge was the result of an excessively formalistic and restrictive application of the terms of domestic law’ (par. 56), en dat is voldoende om een schending van art. 6 EVRM vast te stellen. (Waarbij het opvalt dat het Hof zelf op puur formalistische gronden de schending vaststelt, zonder ook naar de door het Hof opgestelde materiële criteria te kijken.)

8. Het lijkt er aldus op dat de rigide en restrictieve benadering van verdedigingsrechten op grond van formalisme snel niet door de beugel kunnen. Het Hof acht in ieder geval het belang van de verdediging om getuigen te kunnen horen zwaarwegender dan inachtneming van de procedurele termijn (par. 57), waarbij moet worden opgemerkt dat dit mede zal afhangen van hoeveel blaam de verdediging treft. Ook speelt mee dat het bewijs in deze zaak uitsluitend op getuigenverklaringen berust, waardoor een rechter verder moet kijken dan de procedurele vereisten (par. 59).

D.A.G. (Dave) van Toor

Universitair docent straf(proces)recht, Willem Pompe Instituut voor
Strafrechtswetenschappen, Universiteit Utrecht

I.N. (Iris) de Wit

Junior docente straf(proces)recht, Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen,
Universiteit Utrecht

- [1] HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1496, *NJ* 2014, 441, r.o. 2.59, m.nt. Borgers.
- [2] *Keskin t. Nederland*, EHRM 19 januari 2021, zaaknr. 2205/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000220516, *EHRC Updates februari 2021*, m.nt. Van Toor.
- [3] O.a. Redactie NTS, 'Keskin en het onderbouwen van verzoeken tot het horen van getuigen: een presumptie van verdedigingsbelang', *NTS* 2021/2; P.A.M. Mevis, 'Kan de Hoge Raad links en rechts worden gepasseerd? Enkele overdenkingen naar aanleiding van de zaak Keskin tegen Nederland', *DD* 2021/29; M.J. Dubelaar en K.M. Pitcher, 'Post-Keskin: enkele reflecties op de nieuwe lijn van de Hoge Raad inzake de uitoefening van het ondervragingsrecht', *BSb* 2021, 4, p. 139-147; F.C.W. de Graaf, 'Belastende en ontlastende getuigen in de rechtspraak van het EHRM', *DD* 2022/3.
- [4] F.C.W. de Graaf, 'Belastende en ontlastende getuigen in de rechtspraak van het EHRM', *DD* 2022/3.
- [5] *Murtazaliyeva t. Rusland*, EHRM 18 december 2018, zaaknr. 36658/05, ECLI:CE:ECHR:2018:1218JUD003665805, «EHRC» 2019/70, m.nt. Van Toor; F.C.W. de Graaf, 'Belastende en ontlastende getuigen in de rechtspraak van het EHRM', *DD* 2022/3, p. 44.

ANNOTATIE

Johansen t. Denemarken (EHRM, 27801/19) – Marginale toetsing willekeur bij ontneming van nationaliteit bij terrorismeveroordeelden

F. Wassenaar

1. In deze annotatie zal ik eerst de feiten bespreken van deze zaak die betrekking heeft op het intrekken van nationaliteit door lidstaten van het EVRM wegens het plegen van delicten met een terroristisch oogmerk in dit geval in Denemarken. Vervolgens zal ik de uitleg van het EHRM als het gaat om art. 8 EVRM en de wijze van toetsen door het EHRM in nationaliteitsaangelegenheden zoals geformuleerd in deze uitspraak aan de orde stellen. Tenslotte zal ik enkele opmerkingen maken over de mogelijke betekenis van deze uitspraak in Nederland.

2. Adam Johansen werd in 1990 op de Faeröer eilanden geboren uit een Deense moeder en een Tunesische vader. Hij was Deens staatsburger vanaf zijn geboorte. Zijn hele leven woonde hij in Denemarken. Toen hij nog jong was verhuisde hij met zijn vader en moeder naar het vasteland van Denemarken naar de stad Aarhus waar hij nog steeds woont. In september 2013 reisde hij naar Syrië en hij werd daar gerekruteerd door IS en ontving daar een militaire training. Op 19 februari 2014 keerde hij weer terug naar Denemarken. Op 26 oktober 2017 werd hij tot een gevangenisstraf van 4 jaren veroordeeld voor deelname aan een terroristische organisatie. Het verzoek van het Deense Openbaar ministerie tot het ontnemen van de Deense nationaliteit en een levenslang inreisverbod werd door de Arrondissementsrechtbank van Frederiksberg afgewezen. Het gerechtshof van Oost-Denemarken liet deze beslissing in stand. Echter de Deense Hoge Raad oordeelde anders en willigde de door het openbaar ministerie gevorderde bijkomende maatregel wel in.

Na het uitzitten van zijn gevangenisstraf werd Johansen op 16 Maart 2020 aansluitend in vreemdelingenbewaring gesteld. Op 5 november van datzelfde jaar werd de bewaring opgeheven omdat de Deense bewaringsrechter de bewaring niet langer proportioneel achtte. Op 13 april 2021 verzocht Johansen om herziening van zijn veroordeling voor zover het betrof de maatregel tot ontneming van zijn Deense nationaliteit. Johansen stelde niet in het bezit te

zijn van de Tunesische nationaliteit, anders dan steeds werd aangenomen door de Deense autoriteiten en rechters. Echter op 14 september 2021 bevestigden de Tunesische autoriteiten aan de Deense immigratiedienst dat Johansen de Tunesische nationaliteit bezat. Het herzieningsverzoek werd afgewezen op 20 december 2021.

3. Johansen stelde in zijn 8 EVRM-klacht bij het EHRM dat er sprake zou zijn van een arbitraire ontneming van zijn Deense nationaliteit. Ook het levenslange inreisverbod werd met hetzelfde argument betwist. Er was sprake van willekeur volgens Johansen omdat er onvoldoende rekening mee was gehouden dat hij van geboorte af aan in Denemarken woonde en ook van geboorte af Deen was. Hij wees daarbij op de uitspraak *Ghoumid e.a. t. Frankrijk*[1] waarin het EHRM waarde leek te hechten aan de duur van het bezit van de te ontnemen (Franse) nationaliteit van Ghoumid c.s. als ook aan de aard van de verwervingsgrond waarop de nationaliteit was verleend danwel *ex lege* was verworven. Verder betwistte Johansen dat hij de Tunesische nationaliteit bezat.

Met het laatste was het EHRM snel klaar gelet op de latere bevestiging in 2021 van de Tunesische autoriteiten dat Johansen een Tunesisch onderdaan was. Overigens is het zo dat de vraag of iemand staatloos wordt door het ontnemen van diens nationaliteit in de ogen van het EHRM wel een relevant onderdeel is van de beoordeling of er sprake is van een schending van privéleven. Uit de *Ghoumid*-uitspraak blijkt dat ook in geval van staatloosheid door intrekking van de nationaliteit, art. 8 EVRM daar niet per se aan in de weg staat en zeker niet als er sprake is van het plegen van een terroristisch misdrijf. Overigens is staatloosheid ten gevolge van een veroordeling voor delicten met terroristisch oogmerk uitgesloten in de Deense nationaliteitswetgeving.[2]

Als het gaat om de beoordeling van de vraag of er sprake is van willekeur geeft het EHRM een drietal criteria die de lidstaten bij ontneming van de nationaliteit van hun eigen onderdanen in acht moeten nemen. Het gaat dan ten eerste om de vraag of er recht is op een procedure op tegenspraak waarin de justitiabele effectief kan opkomen tegen het besluit en waarbij alle relevante aspecten zijn meegewogen en beoordeeld. Verder moet er sprake zijn van een snelle (*swiftly*) overheidsreactie op het laakbare handelen en tenslotte moet alles in het licht worden beschouwd van de ernst van het delict (par. 48 tot en met 51). Het EHRM lijkt hier een beperkte toets uit te voeren die sterk marginale trekken heeft. Het EHRM gaat na welke aspecten door de Deense rechters zijn meegenomen en het EHRM geeft daarbij en passant te kennen dat er niet zoiets bestaat als een lijst met aspecten die de nationale rechter moet toetsen wil een nationale toetsing van een nationaliteitsintrekking door een lidstaat EVRM-bestand zijn. Vervolgens worden uit de zaken die het EHRM al eerder wees in vergelijkbare zaken toch een aantal elementen benoemd.[3]

Het eerste relevante onderdeel wat de nationale rechter moet wegen is de omstandigheid of iemand staatloos wordt als gevolg van de intrekkingbeslissing. Het tweede element is de vraag of ten gevolge van het ontnemen van de nationaliteit de persoon in kwestie ook het land moet verlaten of dat hij of zij recht kan doen gelden op een recht op verblijf. Verder moet de ernst van het delict worden beschouwd, het gevaar dat van hem of haar uitgaat en ook of de persoon in kwestie het land vrijwillig heeft verlaten voordat hij zijn daden pleegde in het buitenland. Verder moet vaststaan dat intrekking van de nationaliteit een voorzienbaar gevolg is van het strafbare handelen wat in feite een legaliteitstoets betreft. Tenslotte moet in acht worden genomen wat de persoonlijke consequenties zijn voor de persoon in kwestie en ook moet er naar de gevolgen worden gekeken voor zijn gezinsleden (par. 52 t/m 56).

Het EHRM gaat bij de beoordeling van de intrekking van de Deense nationaliteit van Johansen niet uitgebreid in op de beoordeling van de Deense rechters. Het EHRM gaat enkel na of de hierboven benoemde elementen zorgvuldig en volledig geadresseerd zijn door de Deense rechter. Dat er inderdaad sprake is van een marginale toetsing door het EHRM blijkt uit de overweging in par. 60 waarbij het EHRM overweegt dat er niet zoals bij toetsing van verblijfsbeëindiging sprake is van een belangenweging (Het EHRM gebruikt de term *balancing-test*). Bij het ontnemen van nationaliteit onderzoekt het EHRM alleen of de nationale rechter kenbaar heeft getoetst of er sprake is van willekeur en of de consequenties van het verlies van de ingetrokken nationaliteit zijn beoordeeld door de lidstaat. De daadwerkelijke evenredigheidsbeoordeling of *balancing-test* bij intrekking van nationaliteit ligt bij nationale rechters en het EHRM lijkt zich hierin dus terughoudend te tonen. Deze willekeurs-beoordeling lijkt sterk op de bestuursrechtelijke praktijk die wij in Nederland kennen, althans die van voor de toeslagenaffaire. Deze marginale toetsing is mogelijk terug te voeren op het principe van de soevereiniteit van lidstaten en de daaruit voortvloeiende autonomie die lidstaten van het EVRM moet worden gegund als het gaat om het bepalen van het eigen nationaliteitsrecht.

4. Dit brengt mij op de betekenis van deze uitspraak voor de Nederlandse rechtspraak. Ten eerste is het goed dat onze nationale evenredigheidstoetsing op de schop is gegaan naar aanleiding van de toeslagenaffaire, immers het EHRM verwacht meer van de nationale rechter al toetst het EHRM dat marginaal. In een aantal uitspraken heeft de Afdeling een nieuwe, meer indringende evenredigheidstoetsing geïntroduceerd^[4] en die geldt ook in nationaliteitszaken. Zonder al te ver in te gaan op de betekenis van dit afscheid van de oude willekeurstoetsing in bestuursrechtzaken, lijkt de Nederlandse praktijk, als het gaat om het intrekken van de Nederlandse nationaliteit op grond van art. 14 lid 2 Rijkswet op het Nederlanderschap (hierna: RWN) ingeval van veroordeling voor een delict met terroristisch oogmerk, in strijd te zijn met de indringende toetsing die het EHRM aan lidstaten voorschrijft

in de uitspraak van *Johansen t. Denemarken*.

Bij intrekkingen op grond van art. 14 lid 2 RWN wordt alleen van ontneming van de Nederlandse nationaliteit afgezien op grond van toepasselijkheid van art. 68a Besluit Verkrijging en Verlies Nederlanderschap (hierna: BVVN). Dat is het geval als er sprake is van ontoerekeningsvatbaarheid of veroordeling zonder oplegging van straf. Deze omstandigheden komen niet overeen met de door het EHRM benoemde omstandigheden waaraan de nationale rechter zorgvuldig moet toetsen. Zo wordt er in de staande rechtspraak niet gekeken naar het daadwerkelijke gevaar dat van een terrorismeveroordeelde uitgaat. In Nederland geldt het uitgangspunt dat iemand die voor een terroristisch misdrijf is veroordeeld over het algemeen geacht moet worden een dusdanig gevaar te vormen voor de nationale veiligheid dat ontneming van de nationaliteit gerechtvaardigd is. De veroordeelde heeft met zijn daad de band met Nederland voor altijd opgezegd, zo is het dogma. De Groot heeft in zijn noot bij de enige uitspraak tot op heden van de Afdeling over 14 lid 2 RWN forse kritiek geuit op deze dogmatiek.[5]

Nu is het uiteraard buitengewoon moeilijk om vast te stellen of iemand na een veroordeling met een bewezenverklaard terroristisch oogmerk geen gevaar meer vormt voor de nationale veiligheid en het kan ook niet verbazen dat als iemand een dergelijke veroordeling heeft gekregen dit bij de lidstaat gerechtvaardigd zware vermoedens van gevaarstelling laat opkomen. Echter de huidige praktijk kan niet door de beugel omdat deze beoordeling naast de twee genoemde elementen van art. 68a BVVN, *de facto* geen ruimte laat voor tegenbewijs, bijvoorbeeld in de vorm van een geslaagde reclassering. De beoordeling van 14 lid 2 RWN-gevallen zal anders moeten en dat volgde al uit de nieuwe evenredigheidsbeoordeling die de Afdeling introduceerde op 2 februari 2022. De uitspraak in de zaak *Johansen t. Denemarken* onderstreept dat.

Als het gaat om de beoordeling van recidivekansen mag de studie van B. de Graaf niet onbenoemd blijven.[6] Zij heeft een grote groep Nederlandse terrorismeveroordeelden gesproken en vergeleken met dezelfde dadergroepen in andere landen en omstandigheden. Al doet De Graaf geen uitspraken over het gevaar dat uitgaat van de door haar onderzochte individuen, deze studie biedt handvaten voor onderzoek naar recidivegevaar bij deze dadergroep omdat De Graaf wel de achtergronden, motieven en reflecties van deze delinquenten onderzoekt en blootlegt. Van een lidstaat die de nationaliteit van onderdanen intrekt mag op zijn minst worden verwacht dat een dergelijk indringend onderzoek naar recidivekansen wordt uitgevoerd en het EHRM verlangt dat dus ook.

Het EHRM toetste het inreisverbod dat Johansen is opgelegd overigens wel volgens het stramen van de bekende art. 8 EVRM *balancing-test*. Deze toetsing staat los van de

beoordeling van de intrekking van de nationaliteit en mijns inziens kan die *balancing-test* de indringende toets die de lidstaat zelf moet maken, niet vervangen. Het intrekken van de nationaliteit is namelijk iets anders dan het intrekken van een verblijfsvergunning of het opleggen van een inreisverbod voor het leven aan een vreemdeling.

5. Als slotopmerking wil ik nog iets zeggen over non-discriminatie; een kwestie waar deze uitspraak niet over gaat, maar misschien juist wel over had moeten gaan. De non-discriminatiebepaling van art. 14 EVRM is niet ingeroepen. Dat vindt zijn verklaring in de stelling van Johansen dat hij geen Tunesiër was, immers anders had hij kunnen stellen dat hij als bipatride Deen ongelijk werd behandeld ten opzichte van monopatride Denen. Die worden immers niet geconfronteerd met intrekking van hun Deense nationaliteit. Dat is een gemiste kans omdat het non-discriminatieargument nog nooit door het EHRM in dit soort zaken is beoordeeld. Overigens meent de Afdeling dat dit wel door de beugel kan zoals uitgemaakt bij de hierboven al eerder aangehaalde uitspraak van de Afdeling.

Johansen had het onheil kunnen voorkomen door tijdig afstand te doen van de Tunesische nationaliteit. Want een Tunesiër kan relatief gemakkelijk afstand doen van zijn nationaliteit en dat zou de zaak eenvoudig hebben opgelost. Immers voor monopatride Denen geldt, net als voor monopatride Nederlanders, dat die niet worden geconfronteerd met afnemen van de nationaliteit bij de veroordeling voor een terroristisch misdrijf. Johansen moet ervan overtuigd zijn geweest dat hij, wellicht mede doordat hij de achternaam had van zijn moeder en zijn levenslange verblijf, integratie en persoonlijke vereenzelviging met Denemarken, niet de Tunesische nationaliteit bezat. Dat is tragisch te noemen en het is ook daarom dat een beroep op art. 14 EVRM wellicht soelaas zou hebben kunnen bieden, zeker ook bij bipatriden die een andere nationaliteit hebben waarvan men geen afstand kan doen zoals dat bij Marokkanen het geval is.

Dat klemmt temeer nu er in art. 17 van het Europees Verdrag inzake Nationaliteit een non-discriminatiegebod is opgenomen voor bipatriden die zich bevinden op het grondgebied van de lidstaat. Zowel Denemarken als Nederland zijn aangesloten bij het EVVN en er is geen voorbehoud gemaakt bij dit artikel. Nu Johansen zich in Denemarken bevond had hij zich op dit artikel kunnen beroepen en dat geldt uiteraard ook voor vele Nederlandse terrorismeveroordeelden met een dubbele nationaliteit. De Afdeling heeft niet expliciet aan dit artikel getoetst in diens uitspraak over art. 14 lid 2 RWN. Zoals aangegeven, vond de Afdeling dat er geen schending van art. 8 EVRM in samenhang met art. 14 EVRM was in de enige zaak die tot nu toe is voorgelegd. Wat open blijft is de vraag of art. 17 EVN niet veel strenger is. Deze kwestie lijkt niet aan de orde te kunnen worden gesteld bij het EHRM want die toetst niet aan het EVN zo blijkt uit deze uitspraak (par. 47). Er blijft dus nog het nodige te beslissen over voor de nationale rechters van staten die aangesloten zijn bij het EVN.

Florimond Wassenaar, Inigo Advocaten

[1] *Ghoumid e.a. t. Frankrijk*, EHRM nr. 52273/16 e.v., 25 juni 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0625JUD005227316, «JV» 2020/164 m.nt. L. van der Baaren en G.R. de Groot.

[2] Meer in het bijzonder art 8 b lid 2 van de Deense nationaliteitswet, zie ook par. 20 van de uitspraak

[3] Verwezen wordt o.a. naar *Usmanov t. Rusland*, nr. 43936/18, 22 december 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:1222JUD004393618 en *K2 t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 42387/13, 7 februari 2020, ECLI:CE:ECHR:2017:0207DEC004238713, «JV» 2017/189 m. nt. G.R. de Groot).

[4] 202002668/1/A3, ABRVS (GK) 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, «JV» 2022/50 m. nt. W.K. Hutten.

[5] 201907849/1/V6, ABRVS, 30 december 2021, ECLI:NL:RVS:2020:3045, «JV» 2021/38 m. nt. G.R. de Groot.

[6] B. De Graaf, *Radicale Verlossing, wat terroristen geloven*, 2021, Prometheus Amsterdam.

ANNOTATIE

De Kok t. Nederland, (EHRM, 1443/19) – Fundamentele bezwaren tegen verplichte zorgverzekering verworpen***prof. mr. A.C. Hendriks***

1. De Nederlandse Zorgverzekeringswet (Zvw) bepaalt dat alle ingezetenen van Nederland verplicht zijn een privaatrechtelijke verzekering af te sluiten voor geneeskundige zorg ('zorgverzekering'). Vanuit deze verzekering wordt de meest essentiële vorm van zorg ('basispakket') vergoed (art. 10 Zvw). Daartoe moet overigens soms eerst het 'eigen risico' van 385 euro door de verzekerde aan zorg worden betaald (art. 19 lid 1 Zvw). Verzekerden zijn verplicht de gecontracteerde zorgverzekeraar premie te betalen, thans doorgaans tussen de 110 euro tot 160 euro per maand. Daarnaast mag een verzekerde een aanvullende verzekering afsluiten.

De kosten van de zorgverzekering worden vergoed uit de door verzekerden te betalen premies, maar ook door werkgevers en de overheid bij te dragen zorgkosten. Maar is een verdragsstaat gerechtigd haar burgers een dergelijke verplichting tot een zorgverzekering op te leggen? Het Hof buigt zich in de zaak *De Kok t. Nederland* over de vraag of deze via de wet opgelegde privaatrechtelijke verplichting in overeenstemming is met de rechten van personen die deze verzekering niet wensen af te sluiten, in het bijzonder vanwege principiële bezwaren tegen de collectieve zorgverzekering en de via deze verzekering te vergoeden vormen van zorg. In het verlengde daarvan maakte klager bezwaar tegen de boetes die hem door het Zorginstituut Nederland (ZIN) waren opgelegd vanwege het nalaten een verzekering af te sluiten. Hoewel het Hof alle klachten van klager niet-ontvankelijk verklaart roept de beslissing diverse interessante vragen op, waaronder over het belang van het begrip solidariteit om dergelijke verplichtingen op te leggen.

2. Ieder land bepaalt zelf of, en zo ja, op welke wijze, het ervoor zorgt dat zijn burgers gebruik kunnen maken van de gezondheidszorg. Noch het EVRM, noch het EU-recht bepaalt hoe de toegankelijkheid en betaalbaarheid van de zorg moeten worden gewaarborgd. Deze voorwaarden voor de zorg waren in Nederland jarenlang op versnipperde wijze geregeld, met een verplichte verzekering voor werknemers met inkomen onder een bepaald bedrag op grond

van de Ziekenfondswet, een aparte regeling voor ambtenaren en een grotendeels vrijwillig systeem voor het overige deel van de bevolking. Het gevolg was, dat sommigen sneller dan anderen toegang hadden tot zorg en dat daarvoor verschillende bedragen en premies moesten worden betaald. Per 2006 zijn al deze verschillen beëindigd en geldt voor alle ingezetenen de plicht een zorgverzekering af te sluiten op grond van de Zorgverzekeringswet. Zorgverzekeraars zijn gehouden hen te accepteren zonder dat het hun is toegestaan de hoogte van de premie te differentiëren naar factoren als gezondheidsrisico's, leeftijd, geslacht of andere persoonlijke of groepsfactoren. De enige twee categorieën die zijn uitgesloten van de verzekeringsplicht zijn militaire ambtenaren (die op grond van hun aanstelling een andere – en ruimere – ziektekostenverzekering hebben) en gewetensbezwaarden (die dan een bedrag gelijk aan de zorgverzekeringspremie in de vorm van belasting moeten afdragen, waarna zorgkosten alsnog voor vergoeding in aanmerking komen).

3. Klager is het oneens met de verplichting een zorgverzekering af te sluiten. Zijn bezwaren zijn driedelig. Klager verzet zich tegen een collectief systeem van verzekeringen; hij wil zijn eigen ziektekosten dragen. Hij verzet zich voorts tegen de vormen van zorg die zijn opgenomen in het basispakket; klager wenst alleen gebruik te maken van homeopathische zorg. In de derde plaats, maar dat is het gevolg van het niet afsluiten van de zorgverzekering, meent hij dat het onterecht is dat hij twee bestuurlijke boetes opgelegd heeft gekregen door het ZIN wegens het nalaten een verzekering af te sluiten en dat hij nu verplicht premie moet betalen aan een niet door hem gekozen zorgverzekeraar.

4. Het is bepaald niet voor het eerst dat soortgelijke klachten, via een beroepsprocedure, aan de bestuursrechter of, in hoger beroep, aan de Centrale Raad van Beroep zijn voorgelegd. Volgens de gepubliceerde rechtspraak moet daarbij onderscheid worden gemaakt tussen twee typen van gronden van beroep: er zijn personen die een besluit aanvechten inzake het opleggen van een verzekeringsplicht en er zijn mensen die zich verzetten tegen een besluit inzake een bestuurlijke boete wegens het niet verzekerd zijn of niet betalen van premies.

5. Met betrekking tot de verzekeringsplicht zijn rechterlijke colleges onverbiddelijk. Volgens hoofdstuk 2 van de Zvw zijn ingezetenen verplicht dit te doen, behoudens militaire ambtenaren en (bepaalde) gewetensbezwaarden. Het weigeren deze plicht na te komen is in strijd met de Zvw. Dit vormt volgens de nationale rechter geen schending van het internationaal recht.[1] Bij het opleggen van een bestuurlijke boete (paragraaf 3:2 Zvw) zijn de rechterlijke colleges meer bereid de omstandigheden waaronder een boete – of premieverplichting – is opgelegd in de uitspraak mee te nemen.[2] Rechterlijke colleges verplichten ZIN te kijken naar de aangevoerde bezwaren van een verzekeringsplichtige en de omstandigheden waaronder de zorgverzekering niet is aangegaan en de boete is opgelegd en de mate waarin iemand minvermogend is (lees: niet in staat is om de premie te betalen). Hier

is dus, volgens het huidige bestuursrechtelijke jargon, meer ruimte voor de ‘menselijke maat’.

6. In de zaak *De Kok t. Nederland* heeft klager bovenal gesteld dat de verzekeringsplicht principieel onjuist was en dat hij, daarnaast, bezwaar heeft tegen de inhoud van het pakket. De bestuurlijke boete en verplichte premieafdracht vormden aldus als het ware het pendant van het niet naleven van de Zvw. Klager beriep zich hierbij op art. 8 (recht op privéleven), art. 9 (recht op vrijheid van godsdienst en levensovertuiging) en art. 1 Eerste Protocol (recht op eigendom) EVRM.

7. Het Hof oordeelt betrekkelijk kort over de bezwaren van klager en verwerpt die in het bijzonder vanwege het beginsel van solidariteit waarop de Zvw is gebaseerd. Het Hof neemt het verweer van de Nederlandse overheid feitelijk integraal over. Het doel van de Zvw is om een goed functionerend gezondheidsstelsel te waarborgen, waarbij alle ingezetenen in Nederland worden aangemoedigd om gepast gebruik te maken van het zorgstelsel en om te voorkomen dat mensen onverzekerd zijn. Deze doelen zijn er ter bescherming van de gezondheid en ter bescherming van de rechten van anderen, aldus het Hof in par. 12. Deze doelen zijn erkend onder art. 8 lid 2 EVRM om het recht op privéleven te beperken. Voorts neemt het Hof als ‘pressing social need’ voor het Nederlandse zorgverzekeringsstelsel over dat het stelsel beoogt een financieel toegankelijk en bereikbaar stelsel van zorg te bieden aan alle ingezetenen. Het Hof acht dit, in par. 13, een vorm van ‘social or collective solidarity’ waarvan de Grote Kamer van het Hof in de zaak *Vavříčka e.a. t. Tsjechië* op het terrein van de volksgezondheid eerder het belang onderkende.[3]

8. Het Hof verwerpt daarnaast het beroep van klager op art. 9 EVRM. Klager staat volgens het Hof kritisch ten opzichte van de ‘efficacy of conventional medical treatment covered by the basic insurance’ en wilde daar financieel niet aan bijdragen. Zelf lees ik de inhoudelijke bezwaren van klager iets anders: klager accepteert alleen homeopathische zorg en heeft bezwaar tegen het uitsluitend op wetenschappelijk bewijs gebaseerde pakket van zorg dat onderdeel uitmaakt van het basispakket. Omdat homeopathische zorg niet *evidence based* is, is dit niet opgenomen in het basispakket. Wel kunnen verzekeringsplichtigen voor sommige vormen van homeopathische zorg een aanvullende verzekering aanschaffen.

9. Hoe het ook zij, het Hof meent dat de kritische houding van klager geen godsdienst of levensovertuiging is in de zin van art. 9 EVRM is. De overtuigingen van klager zijn daartoe onvoldoende consistent, serieus, samenhangend en belangrijk om aangemerkt te worden als een godsdienst of levensovertuiging. Ook deze, in par. 17 verwoorde, overweging baseert het Hof op zijn oordeel in de zaak *Vavříčka*.³

10. Tot slot oordeelt het Hof dat de premieplicht die samenhangt met de wijze waarop de Zvw

is ingegeven geen ongerechtvaardigde inbreuk maakt op het recht op eigendom (par. 18). De op art. 8 EVRM gebaseerde rechtvaardigheid en noodzaak van een verzekeringsstelsel had het Hof reeds erkend. Een plicht om daaraan financieel bij te dragen acht het Hof toelaatbaar op grond van art. 1 Eerste Protocol gelet op eerdere uitspraken van het Hof.[4]

11. Hoe moet de beoordeling van het Hof van de klachten van klager nu worden beoordeeld? Het Hof volgt – als gezegd – het verweer van de Nederlandse overheid in alle opzichten. Daarbij valt op, dat het Hof niet kritisch kijkt naar de omvang van het basispakket (te beperkt of te ruim?), de gevolgen van de eigen bijdrage op het beroep op de zorg (een eigen bijdrage die niet geldt voor zorg van de huisarts, maar wel voor bijvoorbeeld zorg door een medisch specialist), de omschrijving van de Zvw van gewetensbezwaarden en de keuze van de wetgever om alleen vormen van *evidence based*-zorg in het basispakket op te nemen. Het Hof had het niet beantwoorden van deze vragen kunnen onderbouwen door te wijzen op de ruime ‘margin of appreciation’ van verdragsstaten inzake de gezondheidszorg. Maar hoe dan ook: door deze vragen onbeantwoord te laten, laat het Hof in de zaak *De Kok t. Nederland* een aantal ook in Nederland spelende vragen onbeantwoord.

12. De rechtvaardiging van het Hof van het zorgstelsel volgens de Zvw op grond van art. 8 lid 2 EVRM, die het Hof vervolgens baseert op het beginsel van solidariteit, blijft ook na de zaak *Vavříčka* lastig verenigbaar met de systematiek van het EVRM. Het EVRM beschermt vooral individuele rechten en vrijheden, waaronder opvattingen en keuzes van mensen die niet door iedereen worden gedeeld. Solidariteit is zonder meer een van de fundamenteën van de rechten van de mens, maar blijft te concretiseren binnen het systeem van het EVRM. Solidariteit is een vorm van algemeen belang dat in acht moet worden genomen bij het genot van individuele rechten en vrijheden. Solidariteit impliceert het rekening houden met een ander en met anderen. Anders gezegd, rechten en vrijheden eindigen waar die botsen met de rechten en vrijheden van anderen. Maar solidariteit is geen expliciete beperkingsgrond volgens bijv. art. 8 en art. 9 EVRM. Moeten we dit dan impliciet erkennen als grondslag – bijvoorbeeld als vorm van rechten en vrijheden van anderen? Of impliceert het erkennen van solidariteit als beperkingsgrond, vanuit de gedachte dat het EVRM ‘a living instrument’ is dat ‘must be interpreted in the light of present-day conditions’? Ik kom daar niet goed uit, al heeft de COVID-19-pandemie zonder meer laten zien dat inperkingen op individuele rechten en vrijheden soms nodig zijn vanwege het belang van de volksgezondheid, een meer abstracte vorm van rechten en vrijheden van anderen. Vanuit dit perspectief begrijp ik de opvatting van het Hof om solidariteit in ieder geval te betrekken bij volksgezondheidsvraagstukken. Maar geldt het dan ook bij een beroep op andere rechten van het EVRM, zoals de demonstratievrijheid, meningsuitingen of antidiscriminatiemaatregelen? Het komt mij voor dat ‘solidariteit’ dan vaak een uiting is van de beginselen van de rechtsstaat en dat we om die

reden bepaalde zaken moeten doen of laten. Kortom, een nadere verdieping van het begrip solidariteit blijft wenselijk.

13. Tussen de zaak *Vavříčka* en de zaak *De Kok* bestaan overigens forse verschillen, ook al hebben beide betrekking op de volksgezondheid. De zaak *Vavříčka*, waarin het Hof uitsluitend sprak over 'sociale solidariteit', had betrekking op preventie. De klacht van klagers had betrekking op de vaccinatiedrang bij kinderen. (Ouders van) kinderen die zich niet lieten vaccineren krijgen een (beperkte) boete en deze kinderen kunnen gedurende bepaalde tijd niet naar de preschoolse opvang. De zaak *De Kok* had betrekking op curatieve zorg. Het moeten afsluiten van een verzekering heeft gevolgen voor het hele leven van degene die dit niet wenst. En de jaarlijkse premiekosten zijn aanzienlijk hoger dan de eenmalige boete wegens het niet laten vaccineren van kinderen in Tsjechië. Dit toch wel essentiële verschil tussen beide zaken laat het Hof verder in het midden.

14. Dit laat onverlet dat het Hof terecht voorbij gaat aan het bezwaar van klager in zaak *De Kok* over het collectieve stelsel van zorg en de keuze om alleen *evidence based*-vormen van zorg op te nemen in het basispakket. Klager kan wel stellen dat hij alleen homeopathische zorg wenst te ontvangen, maar als klager wordt aangereden wordt hij met een ambulance naar het ziekenhuis gebracht en op *evidence based*-basis geholpen. Zonder zorgverzekering is klager wellicht niet in staat om die zorg te vergoeden. Bovendien is het stelsel van solidariteit waarop de Nederlandse zorgverzekering is gebaseerd een groot goed; feitelijk is het het mooist om premies af te dragen voor een stelsel van zorg maar het geluk te hebben zelf van die zorg geen gebruik te hoeven maken.

15. Alles bij elkaar heeft het Hof dus een duidelijke en mijns inziens goede en overtuigende beslissing gegeven. Gezondheidszorg is een zaak die bevolkingsgroepen aangaat, waarbij beperkte ruimte is voor individuen of groepen om daaraan niet mee te willen betalen. Gezondheidszorg is, in ieder geval in Nederland, gebaseerd op een vorm van solidariteit; zo krijgen mensen met veel vermogen geen betere zorg dan minder vermogenden ook al zijn meer vermogenden bereid om meer te betalen. Het zou jammer zijn als bezwaren van enkelingen het hele systeem zouden bedreigen. Een punt blijft evenwel dat solidariteit niet helder onderdeel maakt van het systeem van het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM. Dat mag duidelijker worden uitgewerkt.

A.C. Hendriks

Hoogleraar gezondheidsrecht, Universiteit Leiden

[1] Zie bijv. CRvB 25 september 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3135; CRvB 23 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:1021; Hof Den Bosch 5 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3877 en CRvB 20 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1857.

[2] Zie bijv. CRvB 24 augustus 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3186; CRvB 25 september 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3134; CRvB 30 september 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3583 en CRvB 24 augustus 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:3013.

[3] *Vavříčka e.a. t. Tsjechië*, EHRM (GK) 8 april 2021, nr. 47621/13, ECLI:CE:ECHR:2021:0408JUD004762113, «EHRC»2021/109, m.nt. Hendriks en Van Sasse van Ysse.

[4] *Geotech Kancev GmbH t. Duitsland*, EHRM 2 juni 2016, nr. 23646/09, ECLI:CE:ECHR:2016:0602JUD002364609,

ANNOTATIE

**Tonkov t. Belgie (EHRM, 41115/14) –
(Mede)verdachtenverklaringen als bewijs in de
Salduz/Beuze-beoordeling van art. 6 EVRM*****P. Tersago***

1. In 2008 zorgde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens met het *Salduz*-arrest voor een schokgolf in het (Belgische) strafprocesrecht. In dat arrest verklaarde het Hof voor het eerst dat een verdachte reeds tijdens een strafrechtelijk vooronderzoek recht heeft op bijstand van een advocaat vanaf zijn vrijheidsberoving en voor zijn eerste verhoor. Wanneer er zonder dwingende redenen verklaringen worden afgelegd zonder bijstand van een advocaat, is het recht op een eerlijk proces in beginsel onherstelbaar geschonden indien deze verklaringen als bewijs worden gebruikt.[1] Deze rechtspraak gaf aanleiding tot een wettelijke verankering van het recht op bijstand van een advocaat bij een verdachtenverhoor in het Belgisch strafprocesrecht (art. 47bis Sv. en art. 2bis Wet Voorlopige Hechtenis) in 2011;[2] wat na de EU-richtlijn 2013/48/EU nog aanzienlijk werd uitgebreid in 2016.[3] De laatste jaren neemt het EHRM evenwel afstand van zijn principieel uitgangspunt. Het Hof blijft weliswaar het fundamenteel belang van het recht op bijstand van een advocaat naar voren schuiven, maar bepaalt in zijn recentere rechtspraak dat zelfs een systematische wettelijke uitsluiting zonder concrete dwingende reden niet wil zeggen dat het recht op een eerlijk proces geschonden is. Het bijstandsrecht is geen doel op zich, maar slechts een middel om het eerlijk proces te verwezenlijken.[4] Er moet evenwel “zeer zorgvuldig” worden geanalyseerd door de strafrechter of het recht op een eerlijk proces in zijn geheel bekeken, wordt gewaarborgd ondanks het gebrek aan (een wettelijk recht op) bijstand van een advocaat voorafgaandelijk aan[5] en tijdens het verhoor.[6]

2. Het geannoteerde arrest gaat op dit elan verder en plaatst zich in het rijtje van andere recente arresten, waarin de Belgische *pre-Salduz* regeling strijdig met art. 6 EVRM wordt bevonden.[7] *In casu* werd klager eerst als *source* (bron) verhoord, terwijl er al redenen waren om hem te verdenken. Pas bij zijn derde verhoor werd hij formeel als verdachte benoemd. Vervolgens werd hij evenwel meer dan tien keer zonder bijstand van een advocaat verhoord en onderworpen aan een polygraaftest, opnieuw zonder bijstand. Het enkele feit dat hij bij

zijn voorlaatste verhoor telefonisch kon overleggen en dat hij bij zijn samenvattende ondervraging voor de onderzoeksrechter bijstand van een advocaat had (toen al wettelijk toegelaten), volstaat voor het EHRM niet om die eerder ongerechtvaardigde beperkingen op het bijstandsrecht te compenseren. Of het recht op een eerlijk proces dan in zijn geheel bekeken daardoor geschonden is, gaat het Hof vervolgens uitgebreid na, rekening houdend met de criteria die het voor het eerst in het arrest-*Ibrahim* naar voren schoof.

3. Als dusdanig is het geannoteerde arrest niet schokkend voor het Belgische strafprocesrecht. Zoals we eerder betoogden,[8] zal deze rechtspraak voornamelijk relevant zijn voor strafdossiers waarin er nog verklaringen werden afgelegd voor de inwerkingtreding van de Salduz (*bis*)-wet. Sederdien hebben verdachten wel een wettelijk recht op bijstand van een advocaat (art. 47*bis* Sv. en art. 2*bis* Wet Voorlopige Hechtenis), ook tijdens een polygraaftest (art. 112*duodecies* §6 Sv.[9]). Verklaringen die nu worden afgelegd zonder bijstand van een advocaat, vallen onder de sanctieregeling van art. 47*bis* §6, 9° Sv. en mogen niet als bewijs à charge worden gebruikt, wat een sterke waarborg voor het recht op een eerlijk proces vormt.[10] Voor verklaringen afgelegd voor de inwerkingtreding van de wet, neemt de cassatierechtspraak aan dat deze bewijsuitsluitingsregel geen toepassing vindt.[11] In die dossiers moet dan aan de hand van de criteria die het EHRM in de arresten-*Ibrahim* en – *Beuze* naar voren schoof, worden beoordeeld of het recht op een eerlijk proces nog overeind blijft. Dat was in het geannoteerde arrest inderdaad het geval. Tonkov legde verklaringen af zonder bijstand van een advocaat voor de inwerkingtreding van de wet en deze werden als bewijs aangewend in een procedure ten gronde na de inwerkingtreding van de Salduz-wet.

Wel het bespreken waard, is de plaats die de verklaringen afgelegd zonder bijstand van een advocaat, innemen in de bewijsconstructie van de strafgerichten en in welke mate dit doorweegt in de beoordeling van het Hof. Zeker nu het Hof in een recent arrest uitdrukkelijk bepaalde dat het gebruik van de litigieuze verklaringen als belangrijk onderdeel in de bewijsconstructie, alsook de bewijswaarde van de andere bewijsmiddelen de cruciale criteria zijn in de beoordeling.[12] Ook de beoordeling van het Hof van de verklaringen van medebeschuldigen afgelegd zonder bijstand van een advocaat, biedt interessante inzichten.

4. Over de eigen verklaringen herhaalt het Hof zijn eerdere rechtspraak dat niet alleen bekentenissen onder het non-incriminatiebeginsel vallen. Ook ontkenningen kunnen immers informatie bevatten die tegen de verdachte kan worden gebruikt.[13] Het feit dat hij bijvoorbeeld toegeeft op de plaats delict te zijn geweest of bepaalde handelingen te hebben gesteld (zonder de centrale tenlastelegging te bekennen), kunnen zijn verdediging ten gronde en de beoordeling van zijn verklaringen beïnvloeden.[14] Ook wanneer er wordt gewezen op de tegenstrijdigheden in de verklaringen om de ongeloofwaardigheid te belichten, kunnen de verklaringen afgelegd zonder bijstand, zijn positie als verdachte substantieel beïnvloeden,

zodat zijn recht zichzelf niet te hoeven beschuldigen al in gedrang kan komen.[15] *In casu* legde Tonkov omstandige verklaringen af over zijn relatie met het slachtoffer, hun ontmoetingen vlak voor de moord en zijn financiële problemen. En die aspecten hadden volgens het Hof wel degelijk een determinerende invloed op het verdere verloop van de strafprocedure.

Het is daarbij niet van belang dat die verklaringen niet het enige bewijselement waren. Ook al waren de verklaringen van de medebeschuldigde in de ogen van het Hof zwaarwegender in de bewijsconstructie, dat wil nog niet zeggen dat verklaringen afgelegd zonder bijstand niet hebben bijgedragen aan schuldbeslissing. Niet alleen werden zijn verklaringen expliciet meegenomen in de akte van beschuldiging door het openbaar ministerie (net als de leugenachtige polygraaftest), maar bovendien werden die financiële problemen door het Hof van assisen als motief beschouwd in de motivering van de schuldbeslissing. Dat het hof van assisen toch verzuumde de rechtmatigheid van de verklaringen (na het *Salduz*-verweer van Tonkov) te beoordelen, weegt zwaar door in de beoordeling van het Hof. Slechts wanneer verklaringen niet worden aangehaald in de bewijsmotivering[16] of wanneer duidelijk blijkt dat de veroordeling hoofdzakelijk gegrond is op elementen met een sterke bewijswaarde zonder enige link met het verhoor en de litigieuze verklaringen maar een *rôle accessoire* speelden in de veroordeling, leidt het verhoren zonder bijstand van een advocaat en zonder de verdachte te informeren over zijn zwijgrecht, nog niet tot een schending van het recht op een eerlijk proces, de procedure in zijn geheel bekeken.[17]

5. De verklaringen van de medebeschuldigde bleken in dit dossier het meest zwaarwegende bewijselement te zijn. Ook deze verklaringen werden evenwel afgelegd zonder bijstand van een advocaat, wat de vraag doet rijzen in hoeverre de *Salduz*-rechtspraak “derdenwerking” heeft en door medebeschuldigten kan worden ingeroepen. Het Hof haast zich om te stellen dat het enkele feit dat het andere bewijs wordt verkregen in strijd met art. 6 EVRM, nog niet wil zeggen dat het recht op een eerlijk proces automatisch geschonden is wanneer dat bewijs effectief wordt aangewend in de bewijsvoering[18]. Wanneer verklaringen door medebeschuldigten afgelegd zonder bijstand van een advocaat, als bewijs worden gebruikt, dient de strafrechter zich evenwel een *prudence toute particulière* aan te meten. Hierbij is het niet alleen van belang dat de beschuldigde die verklaringen kan betwisten, maar er dient ook rekening te worden gehouden met de kwaliteit van die verklaringen, meer bepaald of de wijze waarop ze zijn verkregen invloed heeft op de betrouwbaarheid of accuraatheid van die verklaringen. *In casu* had Tonkov tijdens de terechtzitting uiteengezet dat er tijdens de verhoren van de medebeschuldigde ongeoorloofde druk werd gehanteerd en dat die medebeschuldigde een motief zou hebben om tegen hem te getuigen. Aangezien die verklaringen zwaar doorwogen maar het hof van assisen verzuumde te antwoorden op de

argumenten van Tonkov over de bewijswaarde, nam het Hof dit gegeven mee in de slotsom dat het recht op een eerlijk proces was geschonden.

Het Hof bevestigt dus de eerdere rechtspraak dat het recht op bijstand van een advocaat derdenwerking kan hebben wanneer verklaringen van een medebeschuldigde als doorslaggevend bewijs tegen een beschuldigde worden aangewend^[19] en wanneer de beschuldigde aannemelijk maakt dat verhoorders tijdens het verhoor zonder bijstand van een advocaat ongeoorloofde druk zouden hebben uitgeoefend. Ook wanneer er andere redenen zijn om te twijfelen aan de geloofwaardigheid van die verklaringen en de strafrechter deze argumenten niet naar behoren beantwoordt, kan art. 6 EVRM geschonden zijn^[20].

6. In het arrest-*Tonkov* trekt het EHRM de lijn door van de recente rechtspraak dat schendingen van het recht op bijstand van een advocaat tijdens het verhoor niet automatisch aanleiding geeft tot een schending van het recht op een eerlijk proces, in zijn geheel bekeken. Wordt er evenwel zonder dwingende reden afgeweken van het bijstandsrecht, dient de strafrechter zeer zorgvuldig om te gaan met deze beoordeling. De recente arresten van het Hof maken duidelijk dat de plaats van de verklaringen in de bewijsvoering en de bewijsvoering zelf hierbij de centrale toetssteen zijn, ongeacht of het gaat over bekentenissen of ontkenningen die een determinerende invloed hebben op de procespositie van die beschuldigde. Een algemene bewijsuitsluitingsregel lijkt dan ook de beste oplossing te blijven om het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM te garanderen.

Dr. Pieter Tersago

Jurist – praktijkassistent KU Leuven, Leuvens Instituut voor Criminologie

[1] *Salduz t. België*, EHRM 27 november 2008, nr.36391/02, ECLI:NL:XX:2008:BHO402.

[2] De wet van 13 augustus 2011 tot wijziging van het Wetboek van strafvordering en van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis, om aan elkeen die wordt verhoord en aan elkeen wiens vrijheid wordt benomen rechten te verlenen, waaronder het recht om een advocaat te raadplegen en door hem te worden bijgestaan, BS 5 september 2011. Zie uitgebreid over deze wet: J. Meese en P. Tersago, 'De Salduz-wet van 13 augustus 2011', *Rechtskundig Weekblad* 2011-12, p. 934-352.

[3] Richtlijn 2013/48/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2013 betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel en het recht om een derde op de hoogte te laten brengen vanaf de vrijheidsbeneming en om derden en consulaire autoriteiten te

communiceren tijdens de vrijheidsbeneming, *Pb* 2013/L 294 (verder: *Salduz-richtlijn*). Omgezet door de wet van 21 november 2016 betreffende bepaalde rechten van personen die worden verhoord, *BS* 24 november 2016. Zie hierover in extenso: Y. Liegeois, 'De 'Salduz+' wet van 21 november 2016: een nieuw hoogtepunt in het recht van toegang tot een advocaat onder dictaat van Europa', *Nullum Crimen* 2017, p.105-129.

[4] *Ibrahim et al. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 13 september 2016, nr. 50541/08, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108. Zie ook *Simeonovi t. Bulgarije*, EHRM (GK) 12 mei 2017, nr. 21980/04, ECLI:CE:ECHR:2017:0512JUD002198004; *Sadkov t. Oekraïne*, EHRM 6 juli 2017, nr. 21987/05, ECLI:CE:ECHR:2017:0706JUD002198705; *Beuze t. België*, EHRM (GK) 9 november 2018, nr. 71409/10, ECLI:CE:ECHR:2018:1109JUD007140910. Zie ook recent nog *Brus t. België*, EHRM 14 september 2021, nr. 18779/15, ECLI:CE:ECHR:2021:0914JUD001877915; *Hasalikova t. Slowakije*, EHRM 22 november 2021, nr. 39654/15, ECLI:CE:ECHR:2021:0624JUD003965415; *Atristain Gorosabel t. Spanje*, EHRM 18 januari 2022, nr. 15508/15, ECLI:CE:ECHR:2022:0118JUD001550815; *Dubois t. Frankrijk*, EHRM 28 april 2022, nr. 52833/19, ECLI:CE:ECHR:2022:0428JUD005283319; *Wang t. Frankrijk*, EHRM 28 april 2022, nr. 83700/17, ECLI:CE:ECHR:2022:0428JUD008370017.

[5] In een ander recent arrest benadrukt het Hof het belang van het voorafgaandelijk overleg ("If a lawyer were unable to confer with his client and receive confidential instructions from him without such surveillance, his assistance would lose much of its usefulness"). Ook al had de verdachte bijstand van een advocaat tijdens het verhoor, dan nog moet de *Beuze*-toets worden gecontroleerd wanneer hij zonder concrete en geïndividualiseerde reden een voorafgaandelijk overleg met een zelfgekozen advocaat wordt ontzegd (*Atristain Gorosabel t. Spanje*, EHRM 18 januari 2022, nr. 15508/15, ECLI:CE:ECHR:2022:0118JUD001550815).

[6] Zie uitgebreid over de *Beuze*-rechtspraak: P. TERSAGO, 'Beuze's unfortunate legacy? De nieuwe wending in de Salduz-rechtspraak kritisch besproken vanuit juridisch en empirisch perspectief', *Nullum Crimen* 2020, p.103-132.

[7] *Beuze t. België*, EHRM (GK) 9 november 2018, nr. 71409/10, ECLI:CE:ECHR:2018:1109JUD007140910; *Brus t. België*, EHRM 14 september 2021, nr. 18779/15, ECLI:CE:ECHR:2021:0914JUD001877915.

[8] P. Tersago, *Verklaringen van verdachten in het strafproces*, Morsel, Intersentia, 2020, p. 179-181.

[9] Ingevoerd door de wet van 4 februari 2020 tot wijziging van het Wetboek van strafvordering wat het gebruik van de polygraaf betreft, *BS* 21 februari 2020.

[10] *Harun Gürbüz t. Turkije*, EHRM 30 juli 2019, nr. 68556/10, ECLI:CE:ECHR:2019:0730JUD006855610. Zie ook J. Huysmans, ‘Ius est vigilantibus, ook voor minderjarigen. De nieuwe Ibrahim-criteria van het EHRM voor de sanctionering van een miskenning van de Salduz-waarborgen, toegepast op minderjarigen’, noot onder EHRM 27 april 2017, Zherdev t/ Oekraïne, nr. 34015/07, *Tijdschrift voor Jeugd- en Kinderrecht*, 2018/1, p. 107.

[11] Cass. 31 oktober 2017, P.17.0255.N. Zie bijvoorbeeld ook Cass. 21 mei 2019, P.19.0045.N; Cass. 27 november 2018, P.18.007.N.

[12] *Dubois t. Frankrijk*, EHRM 28 april 2022, nr. 52833/19, ECLI:CE:ECHR:2022:0428JUD005283319.

[13] Zie recent ook *Bjarki H. Diego t. IJsland*, EHRM 15 maart 2022, nr. 30965/17, ECLI:CE:ECHR:2022:0315JUD003096517.

[14] *Mehmet Ali Eser t. Turkije*, EHRM 15 oktober 2019, nr. 1399/07, ECLI:CE:ECHR:2007:0510JUD007560601; *Olivieri t. Frankrijk*, EHRM 11 juli 2019, nr. 62313/12, ECLI:CE:ECHR:2019:0711JUD006231312; *Farrugia t. Malta*, EHRM 4 juni 2019, nr. 63041/13, ECLI:CE:ECHR:2019:0604JUD006304113.

[15] *Beuze t. België*, EHRM (GK) 9 november 2018, nr. 71409/10, ECLI:CE:ECHR:2018:1109JUD007140910; *Orsini t. Frankrijk*, EHRM 5 december 2019, nr. 63208/12.

[16] *Mehmet Ali Eser t. Turkije*, EHRM 15 oktober 2019, nr. 1399/07, ECLI:CE:ECHR:2007:0510JUD007560601.

[17] J. Huysmans, “Ius est vigilantibus, ook voor minderjarigen. De nieuwe Ibrahim-criteria van het EHRM voor de sanctionering van een miskenning van de Salduz-waarborgen, toegepast op minderjarigen”, noot onder EHRM 27 april 2017, Zherdev t/ Oekraïne, 34015/07, *Tijdschrift voor Jeugd- en Kinderrecht*, 2018/1, p. 107. Cass. 31 oktober 2017, P.17.0255.N. Zie bijvoorbeeld ook Cass. 21 mei 2019, P.19.0045.N; Cass. 27 november 2018, P.18.007.N. *Dubois t. Frankrijk*, EHRM 28 april 2022, nr. 52833/19, ECLI:CE:ECHR:2022:0428JUD005283319.

[18] Zie ook inzake verklaringen van medeverdachten: *Stephens t. Malta*, EHRM 14 januari 2020, 35989/14, ECLI:CE:ECHR:2009:0421JUD001195607.

[19] Zie eerder ook *Siray t. Turkije*, EHRM 11 februari 2014, nr. 29724/08, ECLI:CE:ECHR:2014:0211JUD002972408.

[20] Zie ook *Desde t. Turkije*, EHRM 1 februari 2011, nr. 23909/03, ECLI:CE:ECHR:2011:0201JUD002390903; *Ömer Güner t. Turkije*, EHRM 4 september 2018, weergegeven in Nieuw Juridisch Weekblad 2019, afl. 397, 154, met noot J. Huysmans, 'Salduz en derdenwerking na het Ibrahimarrest'; *Erkapic t. Kroatië*, EHRM 25 april 2013, nr. 51198/08, ECLI:CE:ECHR:2013:0425JUD005119808.

ANNOTATIE

Tonkov t. België (EHRM, 41115/14) – Straatsburgse duidelijkheid over de derdenwerking van Salduz-rechtspraak**M. Lochs**

1. Sinds de uitspraak *Salduz t. Turkije* is de wetgeving en rechtspraak over het recht op bijstand van een advocaat voorafgaand en tijdens het politieverhoor volop in ontwikkeling geweest, zowel in Nederland als in andere Europese lidstaten.[1] Ook Richtlijn 2013/48/EU betreffende het recht op toegang tot een advocaat heeft daarbij een belangrijke rol gespeeld.[2] Maar ook in de Straatsburgse rechtspraak zelf is een ontwikkeling te zien in de wijze waarop het recht op bijstand van een advocaat wordt ingekleurd. Zo heeft het EHRM geëxpliciteerd dat het recht op bijstand zich ook uitstrekt tot bijstand tijdens het politieverhoor, een vraag die in de Nederlandse strafrechtspraktijk lange tijd onderwerp van discussie is geweest.[3] Bovendien dient de bijstand tijdens het verhoor effectief te zijn, hetgeen meebrengt dat de advocaat actief moet kunnen optreden.[4] Het is overigens maar zeer de vraag of daaraan in de Nederlandse situatie met het thans geldende Besluit inrichting en orde politieverhoor wordt voldaan.[5] Tegelijkertijd weten we sinds *Ibrahim e.a. t. Verenigd Koninkrijk* dat een schending van het recht op bijstand niet automatisch tot een schending van het recht op een eerlijk proces leidt en dat er zwaarwegende redenen zijn die een inbreuk op het recht op bijstand voorafgaand en tijdens een politieverhoor kunnen rechtvaardigen.[6]

2. Uit de hier te bespreken uitspraak *Tonkov t. België* volgt weer een nadere verduidelijking van de reikwijdte van het recht op bijstand.[7] Daarbij gaat het in deze noot enkel over de vraag hoe vanuit het perspectief van art. 6 EVRM moet worden omgegaan met de situatie dat voor het bewijs gebruik is gemaakt van verklaringen van medeverdachten die zijn afgelegd zonder adequate juridische bijstand voorafgaand aan en/of tijdens het verhoor: hierna kortweg de derdenwerking van Salduz-regels genoemd.

3. Wat betreft de feiten is in dat verband relevant dat Tonkov door het Belgische Hof van Assisen is veroordeeld wegens het medeplegen van moord. De bewezenverklaring is gebaseerd op de verklaringen die door Tonkov en zijn medeverdachte zijn afgelegd in het

vooronderzoek, zonder dat zij (voorafgaand en tijdens het verhoor) bijstand hadden van een advocaat. De namens Tonkov geuite bezwaren tegen het gebruik van de verklaringen van de medeverdachte waren door het Hof van Assisen gepasseerd met de motivering dat het recht op rechtsbijstand een persoonlijk recht betreft en dat de medeverdachte op dit gebrek geen beroep had gedaan, noch zijn verklaringen had ingetrokken.[8] In relatie tot deze klacht overweegt het EHRM – onder verwijzing naar eerdere rechtspraak – dat het feit dat het bewijs is verkregen in strijd met een van de deelrechten van art. 6 EVRM, nog niet automatisch leidt tot een schending van het recht op een eerlijk proces.[9] Dat geldt dus ook bij een schending van het recht op bijstand door een advocaat bij verhoren van medeverdachten. Het EHRM verwijst in dat verband naar zijn uitspraak in de zaak *Stephens t. Malta*, waarin het zich reeds uitliet over de kwestie van de bruikbaarheid van door medeverdachten zonder juridische bijstand afgelegde (belastende) verklaringen.[10] Het door het Hof in die zaak gehanteerde – en in *Tonkov* herhaalde – toetsingskader is als volgt.

4. Het Hof stelt voorop, dat uit het recht op een eerlijk proces voortvloeit dat de verdachte in de eerste plaats een effectieve mogelijkheid moet hebben (het gebruik van) het tegen hem vergaarde bewijsmateriaal te betwisten.[11] Daarbij lijkt ten minste vereist dat de gelegenheid heeft bestaan de medeverdachte als getuige te ondervragen.[12] Vervolgens moet worden beoordeeld of er redenen zijn te twijfelen aan de betrouwbaarheid van de betreffende verklaringen. Daarbij moet aandacht worden besteed aan de vraag of de manier waarop het bewijs is verkregen afbreuk doet aan de juistheid en betrouwbaarheid van het bewijs.[13]

5. In de zaak *Stephens* stelde het Hof vast dat het de klager aan mogelijkheden om de bruikbaarheid van de belastende verklaringen te betwisten niet had ontbroken, mede nu hij de medeverdachte ter zitting had kunnen ondervragen. Bij gelegenheid van dat verhoor trok de medeverdachte zijn eerdere belastende verklaringen (deels) in. Voor wat betreft de beoordeling van de betrouwbaarheid van de verklaringen stelde het Hof voorop dat in een eerlijk en adversair proces in beginsel meer gewicht moet worden toegekend aan verklaringen die zijn afgelegd op een zitting, dan aan verklaringen die in het vooronderzoek zijn afgelegd.[14] Daarbij geldt ook dat verklaringen die zijn afgelegd door medeverdachten, vanwege hun bijzondere positie en belangen in het strafproces, met grotere behoedzaamheid moeten worden benaderd.[15] Dat betekent echter niet dat de rechter (of de jury), na een zorgvuldige weging van het voorhanden bewijsmateriaal, niet tot de conclusie kan komen dat aan in het vooronderzoek, zonder juridische bijstand afgelegde verklaringen, niettemin meer gewicht wordt toegekend dan aan later afgelegde verklaringen. Daarbij komt onder meer gewicht toe aan de vraag in hoeverre deze verklaringen worden ondersteund door ander bewijsmateriaal.[16] In de zaak *Stephens* leidde dit uiteindelijk tot het oordeel dat geen sprake was van een schending van art. 6 EVRM. Belangrijk daarbij was, dat niet was gebleken dat

tijdens de verhoren sprake was geweest van uitgeoefende druk.[17]

In de zaak *Tonkov* pakt deze toets anders uit. Het Hof herhaalt het toetsingskader maar besteedt geen expliciete aandacht aan de gelegenheid die Tonkov heeft gehad om het gebruik van de verklaringen van de medeverdachte te betwisten.[18] Voor wat betreft de betrouwbaarheidstoets verwijst het Hof onder meer naar zijn uitspraak in de zaak *Erkapić t. Kroatië*. Uit die uitspraak volgt onder meer, dat gebreken in de wijze van verhoren van medeverdachten, waaronder de afwezigheid van juridische bijstand, de rechter kunnen nopen tot nader onderzoek naar de totstandkoming en betrouwbaarheid van die verklaringen.[19] In dat verband stelt het Hof vast dat Tonkov zich niet heeft beperkt tot een formeel verweer over het ontbreken van juridische bijstand aan de medeverdachte, maar ook heeft aangevoerd dat dit gebrek en de manier waarop diens verklaringen tot stand zijn gekomen risico's opleveren voor de betrouwbaarheid van die verklaringen. Het Belgische Hof van Assisen heeft die argumenten niet adequaat beoordeeld, terwijl de veroordeling van Tonkov wel in beslissende mate was gebaseerd op de verklaringen van deze medeverdachte. Het Hof benadrukt vervolgens dat het recht op een eerlijk proces niet meebrengt, dat de zonder juridische bijstand afgelegde (belastende) verklaringen van een derde automatisch van het bewijs moeten worden uitgesloten. Wel moeten dergelijke verklaringen met bijzondere behoedzaamheid worden beoordeeld. Daarbij dient de nationale rechter zich ervan te verzekeren dat deze verklaringen niet zijn verkregen door druk of een onmenselijke behandeling in de zin van art. 3 EVRM.[20] Het feit dat het Hof van Assisen op dit punt geen kenbare afweging heeft gemaakt, draagt dan ook bij aan de schending van art. 6 EVRM (met dien verstande dat het Hof in deze zaak ook een schending aanneemt van de *Salduz*-rechten van Tonkov zelf).

6. Voor Nederland is de relevantie van deze uitspraak met name gelegen in de duidelijkheid die het Hof geeft over de derdenwerking van de *Salduz*-rechtspraak. In nationale context is vooral in de eerste jaren na de *Salduz*-uitspraak met regelmaat een beroep gedaan op deze derdenwerking, in die zin dat gebreken in de waarborging van het recht op consultatie- en/of verhoorbijstand bij medeverdachten, min of meer automatisch zouden moeten leiden tot bewijsuitsluiting van de onder die omstandigheden afgelegde verklaringen. Dergelijke verweren werden stevast met een verwijzing naar de *Schutznorm* verworpen.[21] Deze benadering werd door de Hoge Raad bevestigd in zijn uitspraak van 7 juni 2011.[22] Wel overwoog de Hoge Raad in die uitspraak dat er reden kan zijn de verklaring van een medeverdachte van het bewijs uit te sluiten wanneer door vormverzuimen bij de totstandkoming van die verklaring de betrouwbaarheid daarvan 'wezenlijk is beïnvloed'.[23] Deze lijn in de jurisprudentie werd sindsdien meermaals, maar tevergeefs, ter discussie gesteld, soms met een beroep op (op dit punt voor meerderlei uitleg vatbare) nieuwe

uitspraken van het EHRM.[24]

7. De uitspraak in de zaak *Tonkov* maakt duidelijk dat ook in de visie van het EHRM een gebrek in de naleving van *Salduz*-regels bij de totstandkoming van belastende verklaringen van medeverdachten, niet automatisch betekenis heeft voor de eerlijkheid van het proces van de verdachte jegens wie deze verklaringen voor het bewijs worden gebruikt.[25] Dat is verklaarbaar nu het EHRM zich niet uitlaat over de (on)toelaatbaarheid van bewijs, maar een *overall fairness*-toets toepast. Sinds de uitspraken in de zaken *Ibrahim* en *Beuze* weten we bovendien dat ook gebreken in de naleving van *Salduz*-regels in de zaak van de verdachte zelf, niet in alle gevallen gevolgen hoeven te hebben voor de bruikbaarheid van de verklaringen van de verdachte voor het bewijs.[26] In zoverre is het oordeel over derdenwerking in de zaak *Tonkov* niet verrassend en lijkt het door de Hoge Raad geformuleerde beoordelingskader daarmee op hoofdlijnen in overeenstemming.

8. Tegelijkertijd blijkt uit *Tonkov* dat daarbij wel het nodige van de rechter wordt verwacht. Want als er sprake is van (*Salduz*-gerelateerde) gebreken in de totstandkoming van de verklaringen van medeverdachten, dan moet de verdediging in de eerste plaats een effectieve mogelijkheid krijgen de bruikbaarheid van die verklaringen voor het bewijs te betwisten. Daarvoor is tenminste vereist dat er gelegenheid bestaat de medeverdachte te ondervragen. Nader onderzoek naar de omstandigheden waaronder het politieverhoor heeft plaatsgevonden kan eveneens noodzakelijk zijn. Bovendien rust op de rechter de verplichting om de betrouwbaarheid van de verklaringen zorgvuldig te beoordelen. Daarbij is ook het gewicht van de betwiste verklaring in de bewijsvoering van belang.[27]

9. Zeker sinds de aanpassing in de Nederlandse jurisprudentie na *Keskin* mag worden aangenomen dat de gelegenheid tot het horen van een belastende medeverdachte in de regel steeds zal worden geboden.[28] Van onderzoek naar de omstandigheden waaronder een dergelijk verhoor is afgenomen lijkt in de Nederlandse zaken waarin deze kwestie de afgelopen jaren heeft gespeeld, echter betrekkelijk weinig werk te worden gemaakt.[29] Tegelijkertijd bestaat daar in zaken waarin slechts wordt geklaagd over formele gebreken in de juridische bijstand, ook na *Tonkov*, ook geen aanleiding toe. De verdediging zal dus steeds (gemotiveerd) moeten aanvoeren waarom de gebreken de eerlijkheid van het proces tegen de verdachte aantasten.

10. In het licht van de Straatsburgse verplichting de betrouwbaarheid van de verklaringen zorgvuldig te beoordelen, valt wel het nodige te zeggen over het door de Hoge Raad geformuleerde criterium dat de betrouwbaarheid van de verklaring door het *Salduz*-gebrek 'wezenlijk is beïnvloed'. Allereerst valt op dat dit criterium de feitenrechter weinig houvast biedt. Wanneer is sprake van 'wezenlijke beïnvloeding', hoe rechtstreeks moet het verband

zijn tussen het *Salduz*-gebrek en de beïnvloeding van de betrouwbaarheid, en wat mag op dit punt qua onderbouwing van de verdediging worden verwacht? Bovenal rijst echter de vraag of het vereiste van *wezenlijke* beïnvloeding van de betrouwbaarheid niet een te stringent criterium is. Het EHRM schrijft in *Tonkov* voor, dat de rechter in het kader van de betrouwbaarheidstoets in ieder geval moet nagaan of de verklaring tot stand is gekomen onder druk of door een onmenselijke behandeling in de zin van art. 3 EVRM. Een afzonderlijke toets van de invloed van dergelijke omstandigheden op de betrouwbaarheid lijkt dan niet vereist, laat staan dat die invloed 'wezenlijk' moet zijn. Ook de in de formulering van de Hoge Raad besloten liggende eis van een causaal verband tussen het vormverzuim en de wezenlijke beïnvloeding valt in de Straatsburgse uitspraken niet (expliciet) terug te zien. Eerder lijkt sprake van een meer algehele beoordeling van de betrouwbaarheid, waarbij de positie als medeverdachte en het al dan niet later intrekken van de eerdere belastende verklaring een rol kunnen spelen.

Mr. dr. M. Lochs

universitair docent straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden

[1] *Salduz t. Turkije*, EHRM (GK) 27 november 2008, nr. 36391/02, ECLI:CE:ECHR:2008:1127JUD003639102, NJ 2009/214.

[2] Richtlijn 2013/48/EU betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel en het recht om een derde op de hoogte te laten brengen vanaf de vrijheidsbeneming en om met derden en consulaire autoriteiten te communiceren tijdens de vrijheidsbeneming, *PbEU* L 294. Deze richtlijn heeft o.a. geleid tot de wettelijke invoering van het recht op verhoorbijstand in art. 28d Sv, zie ook Besluit inrichting en orde politieverhoor, *Stb.* 2017, 29.

[3] Dit recht kan o.a. worden afgeleid uit *Navone e.a. t. Monaco*, EHRM 24 oktober 2013, nrs. 62880/11, 62892/11 en 62899/11, ECLI:CE:ECHR:2013:1024JUD006288011. Zie daarover ook de conclusie van AG Spronken (ECLI:NL:PHR:2013:1424) voor HR 1 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:770, NJ 2014/268 m.nt. Schalken. De Hoge Raad nam het recht op verhoorbijstand evenwel pas aan in HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3608, NJ 2016/52 m.nt. Klip.

[4] *Soytemiz t. Turkije*, EHRM 27 november 2018, nr. 57837/09, ECLI:CE:ECHR:2018:1127JUD005783709.

[5] Zie daarover o.a. J.H.J. Verbaan en L.E. Hollander, 'De rechtspositie van de raadsman

tijdens

het politieverhoor', *NTS* 2020/4 en M. Lochs, 'Geen coulance maar recht. De actieve raadsman bij het politieverhoor', *Boom Strafbblad* 2021, 4, p. 129-135.

[6] *Ibrahim e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 13 september 2016, nrs. 50541/08, 50571/08, 50573/08 en 40351/09, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108.

[7] *Tonkov t. België*, EHRM 8 maart 2022, nr. 41115/14, ECLI:CE:ECHR:2022:0308JUD004111514.

[8] *Tonkov t. België*, par. 64.

[9] *Tonkov t. België*, par. 65.

[10] *Stephens t. Malta* (no. 3), EHRM 14 januari 2020, nr. 35989/14, ECLI:CE:ECHR:2020:0114JUD003598914.

[11] *Tonkov t. België*, par. 65; *Erkapić t. Kroatië*, EHRM 25 april 2013, nr. 51198/08, ECLI:CE:ECHR:2013:0425JUD005119808, par. 72.

[12] *Stephens t. Malta* (no. 3), par. 75.

[13] *Erkapić t. Kroatië*, par. 72.

[14] *Stephens t. Malta*, par. 76; zie ook *Huseyn e.a. t. Azerbeidjan*, EHRM 26 juli 2011, nr. 35485/05, ECLI:CE:ECHR:2011:0726JUD003548505, par. 211.

[15] *Stephens t. Malta*, par. 77, met verwijzing naar *Pichugin t. Rusland*, EHRM 23 oktober 2012, nr. 38623/03, ECLI:CE:ECHR:2012:1023JUD003862303, par. 199.

[16] *Stephens t. Malta*, par 77.

[17] *Stephens t. Malta*, par. 69 en 76.

[18] Ook uit de rest van het arrest wordt niet erg duidelijk welke mogelijkheden Tonkov in dat kader heeft gehad. Over bijvoorbeeld een verhoor van de medeverdachte als getuige valt niets te lezen.

[19] *Erkapić t. Kroatië*, par. 76-89.

[20] *Tonkov t. België*, par. 68.

[21] Bijv. in Rb Maastricht, 16 oktober 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BKo478; Hof Leeuwarden 10 november 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BK2773, *NJ* 2010, 616 m.nt. Borgers; Hof

Leeuwarden, 23 september 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BN8175, Rb Zutphen, 1 maart 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BP6262.

[22] HR 7 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2740, *NJ* 2011/375 m.nt. Schalken.

[23] HR 7 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2740, *NJ* 2011/375 m.nt. Schalken, r.o. 3.3.

[24] Bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden, 14 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2961 waarin een beroep wordt gedaan op *Şiray t. Turkije*, EHRM 11 maart 2014, nr. 29724/08, ECLI:CE:ECHR:2014:0211JUD002972408; Hof Amsterdam, 14 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:479; HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:741 (afgedaan met toepassing van art. 81 lid 1 RO); HR 28 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:330 waarin een beroep wordt gedaan op *Borg t. Malta*, EHRM 12 januari 2016, nr. 37537/13, ECLI:CE:ECHR:2016:0112JUD003753713 (afgedaan met toepassing van art. 81 lid 1 RO, zie daarom uitgebreider ECLI:NL:PHR:2017:96, onder 16-19); en idem HR 19 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:389; HR 20 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1026; Rb Amsterdam, 6 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3847; Hof 's-Hertogenbosch, 12 juli 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2233; Hof 's-Hertogenbosch, 22 november 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3547.

[25] Zoals in feite ook al uit de uitspraak *Stephens t. Malta (no. 3)* kon worden afgeleid.

[26] *Ibrahim e.a. t. Verenigd Koninkrijk; Beuze t. België*, EHRM (GK) 9 november 2018, nr. 71409/10, ECLI:CE:ECHR:2018:1109JUD007140910.

[27] Zie *Tonkov t. België*, par. 67, zie ook *Erkapić t. Kroatië*, par. 85 en *Stephens t. Malta*, par. 77.

[28] *Keskin t. Nederland*, EHRM 19 januari 2021, nr. 2205/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD00220516, *NJ* 2021/93 m.nt. Vellinga.

[29] Zie bijv. de conclusie van AG Aben, ECLI:NL:PHR:2020:253, onder 17. In die zaak waren de medeverdachten in hun verhoren bij de RC deels teruggekomen op hun zonder juridische bijstand afgelegde belastende politieverklaringen. Het hof had overwogen dat 'niet is gebleken van ontoelaatbare druk van de kant van de politie of van concrete aanwijzingen dat de verklaringen van de marktmeesters niet in vrijheid zijn afgelegd' (CAG onder 24). AG Aben kwalificeert de overweging van het hof als 'weliswaar kort maar desondanks expliciet' (CAG onder 17).