

Nieuwsbrief EHRC Updates 2022-12

Nummer 12, 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:2022:0602JUD005940214 02-06-2022

Straume t. Letland, EHRM 2 juni 2022, nr. 59402/14

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0602JUD003996717 02-06-2022

H.M. e.a. t. Hongarije, EHRM 2 juni 2022, nr. 38967/17

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0531JUD007354817 31-05-2022

X e.a. t. Albanië, EHRM 31 mei 2022, nrs. 73548/17 en 45521/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0531JUD000020818 31-05-2022

Taner Kiliç (nr. 2) t. Turkije, EHRM 31 mei 2022, nr. 208/18

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0531JUD002307719 31-05-2022

Arnar Helgi Lárusson t. IJsland, EHRM 31 mei 2022, nr. 23077/19

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0524JUD007453610 24-05-2022

Sinan Çetinkaya en Ağyar Çetinkaya t. Turkije, EHRM 24 mei 2022, nrs. 74536/10 en 75462/10

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0524JUD007009812 24-05-2022

Alici e.a. t. Turkije, EHRM 24 mei 2022, nr. 70098/12

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2022:0524JUD004501416 24-05-2022

Pretorian t. Roemenië, EHRM 24 mei 2022, nr. 45014/16

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2022:423 02-06-2022

Skeyes, HvJ EU 2 juni 2022, zaak C-353/20

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2022:419 02-06-2022

HK/Danmark en HK/Privat, HvJ EU 2 juni 2022, zaak C-587/20

Annotatie

Y t. Polen (EHRM, 74131/14) – Een verwijzing naar het geboortegeslacht van transgender personen mag op de geboorteakte blijven staan

E.B. Yiannakas

Annotatie

Atristain Gorosabel t. Spanje (EHRM, 15508/15) – Onrechtmatig verkregen startinformatie: van Gäfgen naar Gorosabel

D.A.G. van Toor

RECHTSPRAAK

HK/Danmark en HK/Privat, HvJ EU 2 juni 2022, zaak C-587/20

Volgens de statuten van een Deense werknemersorganisatie komen alleen leden die op de dag van een voorzittersverkiezing nog geen 60 jaar zijn, in aanmerking voor de verkiezing tot voorzitter. Het HvJ besluit dat een dergelijke situatie binnen het toepassingsbereik van de kaderrichtlijn non-discriminatie bij de arbeid kan worden gebracht. Dat hierbij ook de door art. 12 Hv gewaarborgde vakverenigingsvrijheid wordt geraakt doet daaraan niet af, nu de beperking van de uitoefening van die vrijheid volgens het HvJ EU voldoende gerechtvaardigd is door de doelstellingen van non-discriminatie.

A is sinds 1978 actief bij werknemersorganisatie HK. In 1993 werd zij tot voorzitter van de vakfederatie HK/Privat gekozen. Zij werd om de vier jaar herkozen en bekleedde de functie tot 2011. Toen was zij 63 jaar oud en had zij de in de statuten vastgestelde leeftijdsgrens overschreden om zich kandidaat te kunnen stellen bij de voorzittersverkiezing: alleen leden die op de dag van de verkiezing de leeftijd van 60 jaar nog niet hebben bereikt komen in aanmerking voor de verkiezing tot voorzitter. A heeft hierover geprocedeerd omdat er volgens haar sprake is van discriminatie op grond van leeftijd. In het kader van deze procedure zijn prejudiciële vragen voorgelegd aan het HvJ EU, waarbij de nationale rechter in het bijzonder wil weten of een situatie als de onderhavige binnen het bereik van de kaderrichtlijn discriminatie bij de arbeid (2000/78) valt.

Het HvJ EU vergelijkt bij de beantwoording van deze vraag allereerst de verschillende taalversies van de richtlijn en kijkt naar de doelstellingen van de Uniewetgever, die de werkingssfeer van de richtlijn niet te zeer heeft willen beperken. Ook moet de richtlijn worden uitgelegd in het licht van de onderliggende beginselen, waaronder het in art. 21 Hv en in IAO-verdrag nr. 111 neergelegde algemene discriminatieverbod. Het HvJ merkt verder op dat

richtlijn 2000/78 de voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst of tot een beroep niet van haar werkingssfeer uitsluit wanneer de titularis van de functie in kwestie in die functie is verkozen. Evenmin volgt uit de richtlijn dat politieke functies van de werkingssfeer zijn uitgesloten.

Vervolgens wijst het Hof op het gegeven dat het recht van werknemersorganisaties om vrij hun vertegenwoordigers te kiezen deel uitmaakt van de in art. 12 Hv vastgelegde verenigingsvrijheid, waaraan richtlijn 2000/78 geen afbreuk doet. Tegelijkertijd blijkt uit art. 52 lid 1 Hv dat de verenigingsvrijheid geen absoluut recht is en dat het onder de in deze bepaling vastgelegde voorwaarden kan worden beperkt. In het onderhavige geval kan zo'n gerechtvaardigde beperking inderdaad worden aangenomen. De beperkingen vloeien rechtstreeks voort uit de richtlijn en eerbiedigen de wezenlijke inhoud van de verenigingsvrijheid, omdat ze alleen dienen om de doelstellingen van de richtlijn te verwezenlijken. Ook zijn de beperkingen in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel, nu de verboden discriminatiegronden uitdrukkelijk worden genoemd en de personele en materiële reikwijdte van de richtlijn beperkt is. Doordat alleen discriminerende statuten van een werknemersorganisatie verboden zijn, gaat de beperking van de verenigingsvrijheid ook niet verder dan noodzakelijk is om de doelstellingen van de richtlijn te beschermen. Hieruit volgt volgens het HvJ dat de verkiezing tot voorzitter van een werknemersorganisatie binnen de werkingssfeer van de richtlijn kan vallen.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 02-06-2022

ECLI: ECLI:EU:C:2022:419

Zaaknummer: C-587/20

Rechters: A. Prechal, J. Passer, F. Biltgen, N. Wahl en M.L. Arastey Sahún

Wetsartikelen: 3 lid 1 onder a en d Richtlijn 2000/78/EG, 12 Handvest grondrechten EU , 21 Handvest grondrechten EU , 52 Handvest grondrechten EU en VWEU art. 45

RECHTSPRAAK

Alici e.a. t. Turkije, EHRM 24 mei 2022, nr. 70098/12

Een aantal Turkse vakbondsleden wilde in 2012 deelnemen aan een demonstratie in Ankara, maar hun bus werd tegengehouden en zij werden voor identificatie aangehouden. Op het politiebureau werden ze zo lang vastgehouden dat ze niet aan de demonstratie konden deelnemen. Het Hof ziet geen gegronde reden voor de detentie, die het in strijd acht met art. 5 lid 1 EVRM. Nu de enige reden voor detentie was gelegen in het voorkomen van deelname aan de demonstratie, neemt het Hof ook een schending aan van art. 11 EVRM: deze maatregel was disproportioneel en onnodig.

Klagers, 22 Turkse vakbondsleden, zijn in 2012 per bus naar Ankara gereisd om daar deel te nemen aan een vakbondsdemonstratie tegen een wetsvoorstel om de regelgeving over vakbonden voor de publieke sector te wijzigen en om het algemene onderwijssysteem te hervormen. De bus werd nog voor Ankara gestopt door de politie, die meedeelde dat alle geplande demonstraties verboden waren en dat iedereen terug naar huis moest gaan. Klagers weigerden terug te keren en werden daarop aangehouden om hun identiteit te kunnen vaststellen. Zij werden daartoe in de nacht en de ochtend vastgehouden op een politiebureau en kregen later een boete opgelegd van zo'n 28 euro per persoon vanwege het weigeren van het prijsgeven van hun identiteit.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat art. 5 lid 1 EVRM is aangetast vanwege de tijd die zij op het politiebureau moesten doorbrengen. Het Hof stelt vast dat klagers pas tegen drie uur 's middags zijn vrijgelaten, terwijl de administratie en beboeting vanwege de weigering van het tonen van identiteitsbewijzen al tegen vijf uur 's ochtends was afgerond. Het Hof acht aantoonbaar dat klagers vooral langer zijn vastgehouden om hen te verhinderen om deel te nemen aan de demonstraties. In ieder geval was de langere detentie niet nodig om klagers te laten voldoen aan hun verplichting om zich te identificeren, zodat er geen grond meer voor bestond in de zin van art. 5 lid 1 (b) EVRM. Evenmin is gebleken dat er concrete aanleiding was om te denken dat klagers de veiligheid of openbare orde zouden verstoren als ze de

demonstraties zouden bijwonen. Naar nationaal recht was er dan ook geen grond om hen aan te houden op basis van de noodzaak om klagers te dwingen een wettelijke verplichting na te leven, ook al omdat niet is aangetoond dat dat niet met minder vergaande middelen dan detentie had kunnen gebeuren. De aanhouding en detentie waren dan ook in strijd met art. 5 EVRM.

In het licht van art. 11 EVRM overweegt het EHRM nogmaals dat het werkelijke motief voor de aanhouding en het vasthouden van klagers was gelegen in hun wens om hen ervan te weerhouden om aan de demonstraties in Ankara deel te nemen. Weliswaar bestond daarvoor een legitiem doel in de vorm van bescherming van de openbare orde, maar het Hof herhaalt zijn vaste rechtspraak dat enige ordeverstoring onvermijdelijk is bij demonstraties en dat de autoriteiten daarvoor enige tolerantie moeten tonen. Het is bovendien aan de staat om er zoveel mogelijk voor te zorgen dat demonstraties vreedzaam doorgang kunnen vinden. De enige maatregel die in het onderhavige geval is genomen is echter om klagers volledig te verhinderen om naar de demonstratie toe te gaan. Het Hof acht dat een disproportionele en onnodige maatregel, die in strijd is met art. 11 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 24-05-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0524JUD007009812

Zaaknummer: 70098/12

Wetsartikelen: EVRM art. 5 lid 1 en EVRM art. 11

RECHTSPRAAK

**Arnar Helgi Lárusson t. IJsland, EHRM 31 mei 2022, nr.
23077/19**

Een man die wegens verlamming in een rolstoel zit, heeft verzocht om de toegankelijkheid van een kunst- en cultuurcentrum in zijn gemeente te vergroten. Dit is niet gehonoreerd, onder meer omdat de gemeente beperkte middelen had en prioriteit gaf aan het vergroten van de toegankelijkheid van onderwijs- en sportvoorzieningen. Het EHRM overweegt dat art. 8 jo. 14 EVRM vanwege de bijzondere omstandigheden in de zaak van toepassing zijn op deze toegankelijkheidskwestie. Het aanbrengen van de gevraagde voorzieningen zou echter neerkomen op een disproportionele last voor de gemeente, die dus niet in strijd met het EVRM heeft gehandeld.

Klager zit in een rolstoel. In 2015 heeft hij – samen met een organisatie voor mensen met een soortgelijke handicap als klager – twee civiele procedures ingesteld vanwege het ontbreken van rolstoeltoegankelijkheid van twee gebouwen waarin kunst- en cultuurcentra zijn gevestigd, die door een gemeente worden beheerd. Klager verzocht daarin om het treffen van praktische maatregelen om de gebouwen rolstoeltoegankelijk te maken en om een schadevergoeding vanwege immateriële schade doordat hij de gebouwen niet kon betreden. Hij werd in het ongelijk gesteld, onder meer omdat de beide gebouwen waren gebouwd voordat de relevante bouwregelingen in werking waren getreden en er inmiddels wel inspanningen werden verricht om de toegankelijkheid van de gebouwen te verbeteren.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de toegankelijkheidsproblemen een schending opleverden van het door art. 8 jo. 14 EVRM beschermde verbod van discriminatie jegens personen met een handicap. Het Hof gaat allereerst in op de toepasselijkheid van deze bepalingen en benadrukt daarbij dat art. 8 EVRM een ruim toepassingsbereik heeft. In eerdere rechtspraak heeft het Hof bepaald dat art. 8 EVRM in uitzonderlijke gevallen van toepassing kan zijn bij beperkte toegankelijkheid van openbare gebouwen. Dat is het geval als die

beperkte toegankelijkheid zodanig is dat die het recht op persoonlijke ontwikkeling of het recht om relaties met de buitenwereld aan te gaan raakt. In veel eerdere zaken heeft het niet aangenomen dat van zo'n aantasting sprake is, maar de onderhavige zaak heeft een aantal bijzondere kenmerken. Allereerst gaat het hier om openbare gebouwen. Bovendien heeft klager duidelijk gemaakt op welke manieren zijn persoonlijk leven wordt geraakt door de beperkingen, waarbij ook duidelijk is dat er geen alternatieve mogelijkheden voor klager waren om in zijn woonplaats culturele activiteiten bij te wonen. Het Hof geeft aan zich bewust te zijn van het belang van volwaardige deelname aan het maatschappelijke leven van mensen met een beperking, waarvoor toegankelijkheid van gebouwen een voorwaarde kan zijn. Gelet daarop neemt het Hof aan dat de onderhavige situatie raakte aan het recht op persoonlijke ontwikkeling en het ontwikkelen van relaties met de buitenwereld, zodat het binnen de 'ambit' van art. 8 en daarmee ook binnen het bereik van art. 14 EVRM valt.

Ten aanzien van de vraag of de beperkte toegankelijkheid kan worden gerechtvaardigd wijst het Hof er allereerst op dat het EVRM mede in het licht van internationale instrumenten zoals het VN-Gehandicaptenverdrag moet worden uitgelegd. Ook vermeldt het Hof dat staten op het punt van de toegankelijkheid van publieke gebouwen een ruime *margin of appreciation* toekomt. De onderhavige situatie moet worden gezien in het licht van het concept van de redelijke aanpassingen ('reasonable accommodation'), zoals dat in art. 2 van het VN-Gehandicaptenverdrag is vastgelegd en zoals dat volgens het EHRM en volgens art. 30 VN-Gehandicaptenverdrag ook van toepassing is op deelname aan het culturele leven op gelijke voet met anderen. Het concept vergt daarbij dat het Hof onderzoekt of een staat noodzakelijke en passende aanpassingen heeft gemaakt om tegemoet te komen aan de behoeften van mensen met een beperking, waarbij tegelijkertijd geldt dat de staat geen disproportionele of ongepaste last opgelegd moet krijgen.

Het Hof merkt op dat de nationale rechters in hun beoordeling van de zaak van klagers niet expliciet rekening hebben gehouden met de belangen van klager, maar vooral rekening hebben gehouden met de beleidsvrijheid van de gemeente. Het Hof toont zich er tegelijkertijd niet van overtuigd dat het ontbreken van toegang tot de gebouwen neerkomt op een discriminerende nalatigheid van de gemeente om feitelijke ongelijkheden weg te nemen. Daarbij wijst het Hof erop dat er aanzienlijke inspanningen zijn verricht om de toegankelijkheid te vergroten, maar dat daarbij prioriteit is gegeven aan onderwijs- en sportfaciliteiten. Dat acht het Hof een niet-willekeurige en ook niet onredelijke prioriteitstelling. De benadering wijst tegelijkertijd op een bereidheid om gradueel bij te dragen aan de toegankelijkheid in het licht van internationale verplichtingen. Het nog verdergaand opleggen van verplichtingen zou volgens het Hof in dit geval hebben geleid tot een 'disproportionate or undue burden' en kon niet van de staat worden gevegd. De

handelwijze van de staat is dan ook niet in strijd met art. 8 en 14 EVRM (zes stemmen tegen één).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 31-05-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0531JUD002307719

Zaaknummer: 23077/19

Wetsartikelen: EVRM art. 8 en EVRM art. 14

RECHTSPRAAK

H.M. e.a. t. Hongarije, EHRM 2 juni 2022, nr. 38967/17

Een Irakees echtpaar met vier kinderen is in een transitzone bij de Hongaarse grens vier maanden vastgehouden. De man is – toen hij zijn hoogzwangere vrouw wilde vergezellen naar een ziekenhuiscontrole – geboeid en aan een lijn gebonden. Het EHRM ziet in dit laatste een vernederende behandeling waar bovendien geen concrete rechtvaardiging voor bestond. De omstandigheden van de kwetsbare moeder en kinderen waren ook zodanig dat art. 3 EVRM is geschonden. Voor de langdurige detentie ontbrak een wettelijke basis en er was geen rechterlijke toetsing mogelijk, in strijd met art. 5 lid 1 en lid 4 EVRM.

Klagers – een echtpaar met vier kinderen – zijn gevlucht uit Iran en zijn in 2017 aangekomen bij de transitzone bij Tompa, bij de grens tussen Hongarije en Servië. Zij zijn daar gehuisvest in een container in de gezinsafdeling, die zij niet mochten verlaten. De moeder was zwanger en moest af en toe een medische controle ondergaan. De vader mocht haar daarbij begeleiden, maar werd daarvoor wel ten overstaan van de kinderen geboeid en aan een lijn gebonden. De handboeien moest hij ook tijdens het ziekenhuisbezoek dragen. Nadat het kind was geboren is het gezin overgebracht van de transitzone naar een open ontvangstfaciliteit.

Voor het EHRM hebben klagers allereerst gesteld dat art. 3 EVRM is geschonden door de omstandigheden in de transitzone. Het EHRM oordeelt dat de moeder weliswaar de nodige medische zorg lijkt te hebben ontvangen, maar toch veel angst en mentale problemen zal hebben ondervonden in de latere stadia van haar zwangerschap. Die zijn ernstig genoeg om art. 3 EVRM te kunnen inroepen. Hetzelfde geldt voor de kinderen gelet op hun langdurige verblijf (vier maanden) in de transitzone. De vader was – anders dan de moeder en de kinderen – niet kwetsbaarder dan andere asielzoekers, maar hij is wel vernederend behandeld doordat hij geboeid en aan een lijn gebonden naar het ziekenhuis moest gaan. Het gebruik van die instrumenten was niet nodig geweest in verband met arrestatie of detentie; klager was een asielzoeker en wilde alleen maar zijn zwangere vrouw naar het ziekenhuis vergezellen. Er is

dan ook geen rechtvaardiging te vinden voor deze maatregel. Dit betekent dat ook in het geval van de vader art. 3 EVRM is geschonden.

Het Hof stelt daarnaast vast dat de langdurige ophouding in de transitzone neerkomt op vrijheidsbeneming. Daarvoor bestond geen wettelijke basis en er was ook geen mogelijkheid voor klagers om de rechtmatigheid ervan te laten toetsen door een rechter. Gelet daarop zijn ook art. 5 lid 1 en lid 4 EVRM geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 02-06-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0602JUD003996717

Zaaknummer: 38967/17

Wetsartikelen: EVRM art. 3 en EVRM art. 5 lid 1 en 4

RECHTSPRAAK

Pretorian t. Roemenië, EHRM 24 mei 2022, nr. 45014/16

In een regionaal nieuwsblad zijn tot twee keer toe zeer beledigende artikelen verschenen over oud-politicus H.B. Deze heeft daarom een smaadprocedure tegen de hoofdredacteur ingesteld, waarin hij in het gelijk is gesteld. Het EHRM overweegt dat de nationale rechter de kwestie zorgvuldig heeft beoordeeld aan de hand van de relevante EHRM-criteria. Deze zelf natoetsend concludeert het dat de nationale rechter op terechte gronden heeft geoordeeld dat in de artikelen de grenzen van het betamelijke zijn overschreden. De door art. 10 EVRM beschermde uitingsvrijheid is dan ook niet geschonden door de hoofdredacteur te verplichten tot betaling van een schadevergoeding.

Klager was hoofdredacteur van een wekelijks verschijnend nieuwsblad. In 2014 werd daarin een kritisch artikel gepubliceerd over H.B., voormalig lid van de lokale tak van de liberale partij en van 2004-2008 parlements lid. H.B. maakte in een volgende aflevering van het tijdschrift gebruik van zijn recht om te antwoorden, waarna klager een tweede artikel publiceerde onder de kop 'Sodemieter op, Uwe Majesteit B.!'. Daarop heeft H.B. een civiele smaadprocedure ingesteld, waarin hij in het gelijk is gesteld en waarin klager is veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding van zo'n 3200 euro.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat hierdoor zijn vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM) is aangetast. Het Hof acht de kritiek in de publicaties zodanig virulent dat daarbij kan worden gesproken van reputatieschade in de zin van art. 8 EVRM. Het Hof merkt verder op dat de nationale rechter de belangen in de zaak heeft afgewogen in overeenstemming met de rechtspraakcriteria van het EHRM. Het Hof merkt met de nationale rechter op dat de artikelen op zichzelf betrekking hadden op een onderwerp van algemeen belang. De nationale rechter heeft vastgesteld dat het ging om waardeoordelen zonder feitelijke basis en met een vulgaire toonzetting. Het Hof is het ermee eens dat het eerste artikel sterk satirisch van toon was, en ook dat het tweede artikel een aantal sterk beledigende en excessieve bewoordingen bevatte. Zo was onder meer de aantijging dat H.B. alcoholist zou zijn ernstig en stigmatiserend, zeker

nu die niet op feiten berustte. Het Hof stemt verder in met de bevinding van de nationale rechter dat H.B. de kritiek niet zelf heeft uitgelokt, maar dat het eerder klager was die provocerend was opgetreden. De sanctie acht het Hof ten slotte niet onredelijk hoog; die zou geen chilling effect kunnen hebben. Gelet op de zorgvuldige en volledige beoordeling van de nationale rechter ziet het Hof in de zaak geen schending van art. 10 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 24-05-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0524JUD004501416

Zaaknummer: 45014/16

Wetsartikelen: EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

Sinan Çetinkaya en Ağyar Çetinkaya t. Turkije, EHRM 24 mei 2022, nrs. 74536/10 en 75462/10

Een directeur en een directievoorzitter van een autobedrijf zijn strafrechtelijk vervolgd wegens betrokkenheid bij de frauduleuze verstrekking van bankleningen door een staatsbank. In 2005 werd de staatsbank een private bank; ook de wetgeving veranderde, waardoor specifieke bankmisdrijven als verduistering alleen nog direct door ambtenaren konden worden begaan (primaire strafrechtelijke aansprakelijkheid). Nu het in dit geval niet ging om ambtenaren, maar zij wel voor hun primaire aansprakelijkheid voor verduistering zijn veroordeeld, is deze veroordeling volgens het EHRM in strijd met het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel (art. 7 EVRM).

Klagers zijn de algemeen directeur en de voorzitter van de directieraad van een autobedrijf. In 1999 zijn zij strafrechtelijk vervolgd vanwege het beweerdelijk op frauduleuze wijze afsluiten van bankleningen bij de Ziraat Bank ten behoeve van 76 klanten, met behulp van valse papieren. In de tussentijd was de wetgeving veranderd, waardoor de Ziraat Bank niet langer meer een staatsbank was, maar een private bank werd. Daardoor waren de medewerkers van de bank niet langer ambtenaren. Klagers werden uiteindelijk veroordeeld wegens verduistering, hoewel verduistering op basis van de nieuwe wetgeving een misdrijf was dat uitsluitend door ambtenaren in overheidsdienst kon worden begaan.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat hun veroordeling in strijd is met het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel zoals beschermd door art. 7 EVRM. Het Hof stelt voorop dat onder de oude wetgeving ook personen die geen ambtenaar of bankmedewerker waren primair of secundair strafrechtelijk aansprakelijk konden zijn voor specifieke bankmisdrijven, zoals verduistering. Sinds de aanpassing van de wet is de reikwijdte van deze wet echter beperkt tot primaire strafrechtelijke aansprakelijkheid enkel voor ambtenaren, terwijl niet-ambtenaren alleen kunnen worden veroordeeld wegens secundaire aansprakelijkheid, bijvoorbeeld voor

uitlokking of medeplichtigheid. Het Hof stelt vast dat in dit geval klagers als primair aansprakelijken zijn veroordeeld. Daardoor is de nieuwe, mildere wetgeving niet correct op hun situatie toegepast en was er in feite geen wettelijke grondslag voor hun veroordeling. Schending art. 7 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 24-05-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0524JUD007453610

Zaaknummer: 74536/10 en 75462/10

Wetsartikelen: EVRM art. 7

RECHTSPRAAK

Skeyes, HvJ EU 2 juni 2022, zaak C-353/20

Skeyes – een organisatie die in België verantwoordelijk is voor veiligheid van het luchtruim – heeft in 2019 het luchtruim verschillende keren gesloten omdat er door een staking onvoldoende luchtverkeersleiders waren. Ryanair heeft geprobeerd via de rechter af te dwingen dat het luchtruim alsnog zou worden opengesteld. Het HvJ oordeelt dat luchtvaartmaatschappijen op basis van art. 16 en 47 Hv inderdaad het recht hebben om een besluit van een luchtverkeersdienst bij de rechter aan te vechten, maar dat de bedrijfsbelangen wel ondergeschikt zullen zijn aan die van de veiligheid in het luchtruim.

Skeyes is een organisatie die in België onder meer verantwoordelijk is voor het waarborgen van de veiligheid van het luchtruim. Bij de uitoefening van haar taken heeft zij onder meer de bevoegdheid om het luchtruim te sluiten. Die bevoegdheid heeft zij in de periode februari-mei 2019 verschillende keren gebruikt naar aanleiding van collectieve acties bij luchtverkeersleiders. Ryanair heeft daarop een procedure ingesteld om Skeyes te gelasten ervoor te zorgen dat het luchtverkeer normaal kon plaatsvinden. De rechter heeft deze vordering toegewezen, maar Skeyes heeft daartegen verzet aangetekend. In het kader van deze procedure zijn verschillende prejudiciële vragen voorgelegd aan het HvJ EU, waarbij met name aan de orde is of luchtvaartmaatschappijen wel een recht toekomt om in rechte de toetsing te vragen van een besluit van een verlener van luchtverkeersdiensten.

In het licht van de beantwoording van deze vragen wijst het HvJ EU er onder meer op dat luchtruimgebruikers het genot hebben van de in het Handvest vastgelegde grondrechten, waaronder de in art. 16 Hv gewaarborgde ondernemersvrijheid en het in art. 47 Hv vastgelegde recht op toegang tot een doeltreffende voorziening in rechte wanneer de door het Unierecht gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden. In het licht van onder meer deze rechten concludeert het HvJ EU dat luchtruimgebruikers, zoals luchtvaartmaatschappijen, inderdaad een recht toekomt om bij de nationale rechterlijke instanties tegen de verlener van

luchtverkeersdiensten een doeltreffende voorziening in rechte in te stellen, met als doel de gestelde niet-nakoming van de op hem rustende dienstverleningsplicht aan rechterlijk toezicht te onderwerpen. Het HvJ EU wijst verder wel op de in art. 52 lid 1 Hv neergelegde mogelijkheid om de uitoefening van grondrechten te beperken. Het is aan de nationale rechter om na te gaan of aan de in deze bepaling vastgelegde voorwaarden is voldaan, maar het wijst er wel op dat de uitoefening van het recht van luchtruimgebruikers om luchtdiensten te exploiteren onderschikt is aan de eisen op het terrein van veiligheid.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 02-06-2022

ECLI: ECLI:EU:C:2022:423

Zaaknummer: C-353/20

Wetsartikelen: Hv art. 16, Hv art. 47, Hv art. 52 lid 1, Vo 549/2004 en Vo 550/2004

RECHTSPRAAK

Straume t. Letland, EHRM 2 juni 2022, nr. 59402/14

Een luchtverkeersleider bij het Letse staatsbedrijf LSG is voorzitter van de luchtverkeersleidersvakbond. In die hoedanigheid heeft zij een brief aan de minister van transport geschreven waarin ze betoogde dat een nieuw werkrooster kon leiden tot veiligheidsproblemen. LSG heeft haar daarop op non-actief gesteld; vakbondsleden die haar ondersteunden werden geïntimideerd. Het EHRM oordeelt dat het gedrag van LSG een 'chilling effect' kan hebben op vakbondsleden en strijdig is met art. 11 EVRM. Daarnaast stelt het Hof schendingen vast van art. 6 EVRM vanwege het ontbreken van een rechtvaardiging voor de beslotenheid van de zitting en de niet-openbaarheid van de uitspraak.

Klager werkte als luchtverkeersleider voor een Lets staatsbedrijf, LSG. In 2011 verzocht de onderneming haar om een geactualiseerde functiebeschrijving te ondertekenen. Zij deed dit, maar wel met een aantekening waarin ze aangaf dat ze het niet eens was met een bepaling die mensen met moederschapsverlof benadeelde bij promoties. In 2011 werd klagster voorzitter van de vakbond van luchtverkeersleiders. Snel daarna nam de vakbond actie tegen een nieuw werkschema voor luchtverkeersleiders, dat beweerdelijk kon leiden tot veiligheidsproblemen en dat bovendien de rechten van de medewerkers aantastte. Klagster ondertekende een brief daarover aan de transportminister, waarop 19 andere verkeersleiders LSG lieten weten zich van de brief te willen distantieren. Daarop verzocht LSG alle vakbondsleden brieven te ondertekenen waarin stond vermeld dat de veiligheidsvoorschriften werden nageleefd en startte het bedrijf tegelijkertijd een intern onderzoek naar de rechtmatigheid van de uitspraken die in de brief werden gedaan over de luchtverkeersveiligheid. Veel andere luchtverkeersleiders schreven brieven waarin ze klagster ondersteunden. Volgens stafmedewerkers leidde dat vervolgens tot intimidatie van deze medewerkers. Klagster werd op non-actief gesteld en uiteindelijk werd besloten tot haar ontslag. Daarbij werd ook melding gemaakt van haar initiële weigering om volledig met haar nieuwe functiebeschrijving in te

stemmen. In de nationale procedure hierover oordeelde een rechter dat het niet gepast was om in deze zaak grondrechten in te roepen en werden de beroepen van klagster afgewezen. In 2013 werd klagster wel herverkozen als voorzitter van de vakbond.

Voor het EHRM heeft klagster een beroep gedaan op art. 10 en 11 EVRM. Nu in dit geval klagster vooral is benadeeld als gevolg van vakbondsgerelateerde activiteiten en de klacht vooral betrekking heeft op het negeren van dat aspect door de nationale rechters, besluit het Hof de klacht alleen op grond van art. 11 EVRM te behandelen. De zaak draait daarbij in de kern om de vraag of er een goede afweging is gemaakt tussen de belangen van klagster en die van LSG. Daarbij overweegt het Hof allereerst dat de nationale rechters niet hebben onderzocht of er een voldoende feitelijke basis was voor de stellingen in de brief. Dat is in die zin problematisch dat de brief nu juist bedoeld was als een professionele beoordeling van de potentiële impact van het nieuwe werkschema die wel degelijk een feitelijke basis had en niet kon worden gezien als gratuite kritiek op LSG. De gevolgen hiervan voor klagster waren onredelijk hard en kunnen bovendien gemakkelijk een ‘chilling effect’ voor vakbondsleden hebben. Het Hof wijst daarbij ook op de vele manieren waarop LSG geprobeerd heeft druk uit te oefenen op deze leden. Gelet hierop oordeelt het Hof dat art. 11 EVRM is geschonden.

Klagster heeft daarnaast een beroep gedaan op art. 6 EVRM in verband met het besloten karakter van de zitting in eerste aanleg in haar zaak. Het EHRM ziet niet in waarom die beslotenheid nodig was; in het bijzonder is het er niet van overtuigd dat het belang van het niet openbaren van gevoelige informatie over luchtverkeersveiligheid kon rechtvaardigen dat de zitting niet openbaar was. Daarnaast was geen van de uitspraken openbaar en zijn zij ook niet in openbaarheid uitgesproken. Art. 6 EVRM is dan ook geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 02-06-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0602JUD005940214

Zaaknummer: 59402/14

Wetsartikelen: EVRM art. 6 en EVRM art. 11

RECHTSPRAAK

Taner Kiliç (nr. 2) t. Turkije, EHRM 31 mei 2022, nr. 208/18

Een mensenrechtenactivist is in voorarrest genomen op verdenking van lidmaatschap van een verboden organisatie. Het EHRM oordeelt dat hieraan geen redelijke verdenking van strafbare feiten ten grondslag lag; de onderbouwing was ontoereikend en zag voornamelijk op vreedzame NGO-activiteiten. Er was dan ook geen redelijke basis voor voorarrest, in strijd met art. 5 lid 3 EVRM. Gelet daarop oordeelt het Hof dat ook de door het voorarrest veroorzaakte beperking van de uitingsvrijheid niet was voorzien bij wet, in strijd met art. 10 EVRM. Het Hof acht het niet nodig de klachten over misbruik van beperkingsmogelijkheden (art. 18 EVRM) te behandelen.

Klager – een mensenrechtenactivist – is op 5 juni 2017 opgepakt op verdenking van lidmaatschap van de verboden organisatie FETÖ/PDY. Hij werd daarop in voorarrest geplaatst. Het voorarrest is verschillende keren verlengd en op resp. 9 augustus en 4 oktober zijn verschillende strafprocedures tegen klager ingesteld, die later weer zijn samengevoegd. Op 15 augustus 2018 beval het Assisenhof van Istanboel klagers vrijlating. In juli 2020 werd hij veroordeeld tot zes jaar en drie maanden gevangenisstraf vanwege lidmaatschap van een terroristische organisatie.

Voor het EHRM heeft klager allereerst gesteld dat er geen redelijke verdenking van een strafbaar feit aan zijn voorarrest ten grondslag lag, in strijd met art. 5 lid 1 EVRM. Het Hof wijst erop dat klagers aanhouding primair was gebaseerd op indirect bewijsmateriaal dat geen redelijke verdenking kan opleveren. Klager heeft wel gebruik gemaakt van de versleutelde 'ByLock'-berichtendienst, maar het Hof heeft al eerder duidelijk gemaakt dat het enkele gebruik van een versleutelde berichtendienst of van enige andere manier van vertrouwelijke uitwisseling van berichten onvoldoende aanwijzing kan vormen dat iemand zich bezighoudt met onrechtmatige of criminele activiteiten. Het bewijsmateriaal dat in het dossier was opgenomen bevatte ook geen inhoudelijke analyse van de uitgewisselde berichten, en later bleek bovendien uit deskundigenrapporten dat klager de berichtendienst nooit had

gedownload of gebruikt. Hoe dan ook was het dossier uiterst mager en bevatte het geen goede basis waarop de verdenkingen waren gebaseerd. Art. 5 lid 1 EVRM is dan ook geschonden door het ontbreken van een redelijke basis voor het voorarrest.

De verlengingen van het voorarrest waren onder meer gebaseerd op nieuwe feiten. Die nieuwe feiten betroffen echter allemaal de gewone vreedzame en rechtmatige handelingen van een mensenrechtenactivist, zoals de organisatie van een workshop met andere NGO's en deelname aan een bewustwordingscampagne voor slachtoffers van politiegeweld. Het Hof ziet niet in hoe die handelingen de verdenkingen van het lidmaatschap van een terroristische organisatie kunnen ondersteunen, zodat er ook voor de verlengingen van het voorarrest geen voldoende basis bestond. Ook op dit punt is art. 5 lid 1 EVRM geschonden.

Het Hof stelt daarnaast schendingen vast van art. 5 lid 3 en 5 lid 5 EVRM. De autoriteiten hebben klager onvoldoende informatie gegeven over de gronden van verdenking en klager heeft geen mogelijkheid gehad om een compensatieverzoek in te dienen vanwege schendingen van art. 5 lid 1 en lid 3 EVRM. De klacht over art. 5 lid 4 EVRM wijst het Hof als niet-ontvankelijk van de hand omdat die niet voldoende is gesubstantieerd.

Onder art. 10 EVRM heeft klager gesteld dat de voorlopige hechtenis een schending opleverde van zijn uitingsvrijheid. In lijn met eerdere rechtspraak overweegt het Hof allereerst dat ook de enkele aanhouding en voorlopige hechtenis voor activiteiten die rechtstreeks betrekking hebben op de bescherming van mensenrechten een inbreuk op de uitingsvrijheid kunnen opleveren. Daarnaast wijst het Hof er opnieuw op dat er geen redelijke verdenking was van een strafbaar feit, terwijl het doel van art. 5 en 10 EVRM juist is om mensen te beschermen tegen willekeur. Een detentiemaatregel waarvoor geen gegronde basis bestaat kan in principe niet gelden als een bij nationaal recht voorziene beperking. Er is dan ook geen voldoende wettelijke basis voor de hiermee samenhangende beperking van de uitingsvrijheid, in strijd met art. 10 EVRM.

Tot slot overweegt het EHRM dat klager weliswaar een beroep heeft gedaan op art. 18 EVRM, maar dat zijn argumenten overeenkomen met de argumenten waarmee hij zijn beroep op art. 5 en 10 heeft ondersteund. Het Hof is van oordeel dat het bij de beoordeling van die klachten ook al voldoende aandacht heeft besteed aan de bijzondere positie van klager als mensenrechtenactivist. Gelet daarop acht het Hof het niet nodig om de klacht over art. 18 EVRM afzonderlijk te behandelen (5 stemmen tegen 2).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 31-05-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0531JUD000020818

Zaaknummer: 208/18

Wetsartikelen: EVRM art. 5 lid 1, 3, en 5 en EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

X e.a. t. Albanië, EHRM 31 mei 2022, nrs. 73548/17 en 45521/19

Op een basisschool in Albanië is 89-100% van de leerlingen van Roma- of Egyptische afkomst. In 2015 is op nationaal niveau al vastgesteld dat dit discriminatie en segregatie oplevert en is de staat verplicht om daartegen actie te ondernemen. Het EHRM stelt nu vast dat er onvoldoende is gedaan en dat voorgenomen acties pas veel te laat of helemaal niet zijn uitgevoerd. Daardoor heeft Albanië niet aan haar positieve verplichtingen onder art. 1 van Protocol 12 EVRM voldaan. Het EHRM moedigt Albanië op grond van art. 46 EVRM aan de benodigde maatregelen alsnog zo snel mogelijk te nemen.

Klagers wonen in een stad in Albanië met ongeveer 76.000 inwoners. Aan het verplichte onderwijs in de stad namen in 2018/19 zo'n 1200 Roma- en Egyptische leerlingen deel. Voor de Naim Frashëri basisschool gold echter dat zo'n 89%-100% van de leerlingen van Roma of Egyptische afkomst was. In 2014 deed een nationaal non-discriminatieorgaan – de Commissioner against Discrimination – de aanbeveling om tot een betere spreiding van kinderen over de scholen in de stad te komen. In 2015 diende het European Roma Rights Centre (ERRC) hierover ook een klacht in bij een soort ombudspersoon (de People's Advocate). In 2015 deed de Commissioner against Discrimination een bindende uitspraak waarin hij vaststelde dat sprake was van indirecte discriminatie jegens de kinderen van de Naim Frashëri basisschool. Hoewel het bevoegde ministerie toezegde maatregelen te treffen tegen de indirecte discriminatie en segregatie, was de situatie in 2017 en in 2019 onveranderd. In 2020 was het aandeel Roma- en Egyptische leerlingen beweerdelijk gedaald tot 60%, maar dit is betwist door klagers.

Klagers hebben op grond van art. 1 van Protocol 12 EVRM gesteld dat zij zijn gediscrimineerd in de uitoefening van hun recht op inclusief onderwijs als gevolg van de nalatigheid van de overheid om een einde te maken aan de segregatie en oververtegenwoordiging van Roma-/Egyptische leerlingen op de Naim Frashëri basisschool. Het Hof merkt allereerst op dat het

recht op inclusief onderwijs inderdaad in nationale wetgeving is vastgelegd. De regering heeft erkend dat sprake was van een situatie van *de facto* segregatie en dat maatregelen nodig waren om dat te bestrijden. Het EHRM gaat daarom vooral na of de regering heeft voldaan aan haar positieve verplichtingen om de feitelijke ongelijkheid jegens klagers tegen te gaan en het voortzetten van de discriminatie die het gevolg was van de overrepresentatie van de Roma- en Egyptische leerlingen te bestrijden. Daarbij stelt het Hof vast dat de regering in 2017 een maatregel heeft genomen waardoor niet langer alleen Roma- en Egyptische leerlingen op de school van een voedselprogramma gebruik kunnen maken en dit programma bovendien naar andere scholen zou worden uitgebreid. Voor de laattijdigheid van deze maatregel zijn geen redenen gegeven. Evenmin heeft de staat voldoende uitgelegd waarom pas in 2019 een andere maatregel is getroffen die de segregatie zou kunnen verminderen, namelijk het verbouwen van het schoolgebouw, en waarom de voorgenomen fusie van de Naim Frashëri basisschool met drie andere scholen nog geen doorgang heeft gevonden. Zeker nu de regering erop heeft gewezen dat de samenstelling van de school een afspiegeling was van de buurtsamenstelling, zou die fusie met de drie (niet in dezelfde buurt gelegen) scholen tot verbetering hebben kunnen leiden. Zeker nu het Hof in vergelijkbare situaties ook al schendingen van het discriminatieverbod heeft vastgesteld, acht het het ook in deze zaak gerechtvaardigd om aan te nemen dat art. 1 P12 EVRM is geschonden.

Op grond van art. 46 EVRM overweegt het Hof het aangewezen om Albanië aan te bevelen om zo snel mogelijk passende maatregelen te treffen om de discriminatie jegens de Roma- en Egyptische leerlingen op de Naim Frashëri basisschool te beëindigen in overeenstemming met de uitspraak van de nationale Commissioner of Discriminatie uit 2015.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 31-05-2022

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2022:0531JUD007354817

Zaaknummer: 73548/17 en 45521/19

Wetsartikelen: EVRM art. 1 P12 en EVRM art. 46

ANNOTATIE

**Y t. Polen (EHRM, 74131/14) – Een verwijzing naar het
geboortegeslacht van transgender personen mag op de
geboorteakte blijven staan****E.B. Yiannakas****Inleiding**

1. Door de jaren heen is het EHRM genderidentiteit meer gaan beschermen onder art. 8 EVRM. In *Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk* (2002) oordeelde het EHRM voor het eerst dat uit art. 8 EVRM een recht voortvloeit op juridische erkenning van de genderidentiteit van (postoperatieve) transgender personen.[1] Sindsdien hebben verdragsstaten een positieve verplichting om te voorzien in transparante, doeltreffende en toegankelijke procedures hiervoor.[2] In *A.P., Garçon en Nicot t. Frankrijk* (2017) oordeelde het EHRM dat deze juridische erkenning niet afhankelijk gesteld mag worden van het ondergaan van onomkeerbare operaties waarbij een hoge kans op onvruchtbaarheid bestaat.[3] In *X en Y t. Roemenië* (2021) trok het EHRM deze lijn door toen het oordeelde dat juridische erkenning niet afhankelijk mag zijn van het ondergaan van ingrijpende geslachtsbevestigende operaties, ongeacht of die operaties tot onvruchtbaarheid leiden. Daarmee lijkt het EHRM genderidentiteit definitief los te koppelen van lichamelijke (geslachts)kenmerken en het principe van zelfidentificatie te omarmen.

2. Dat er evenwel grenzen zitten aan de rechten die transgender personen kunnen ontleen aan art. 8 EVRM, blijkt uit de uitspraak in *Y. t. Polen* (2022).[4] In deze zaak draait het om de vraag of klager, een transgender man, recht heeft op een geboorteakte waarop geen enkele verwijzing staat naar zijn geboortegeslacht. Deze zaak vormt het onderwerp van deze annotatie. Hieronder wordt eerst ingegaan op de Poolse procedure voor het aanpassen van het juridische geslacht (nrs. 3-4), de relevante feiten van de zaak (nrs. 5-6), de standpunten van partijen (nrs. 7-8) en de beoordeling door het EHRM (nrs. 8-9). Daarna volgt een reflectie op de uitspraak, waarbij wordt stilgestaan bij de Nederlandse situatie, de historische (bewijs)functie van de geboorteakte en de (on)zin van geslachtsregistratie (nrs. 10-17).

Het Poolse systeem

3. Polen kent geen officiële wettelijke procedure om het juridische geslacht van transgender personen te laten aanpassen in het geboorteregister. In de Poolse rechtspraak is echter aanvaard dat transgender personen na het ondergaan van een geslachtsbevestigende operatie een aantekening op hun geboorteakte kunnen krijgen waarin staat dat zij van geslacht (en naam) veranderd zijn. Zodra deze aantekening door een rechter is toegewezen, kan de betrokkene een nieuw identiteitsnummer en nieuwe identiteitspapieren aanvragen, met daarop de aangepaste naam en geslachtsaanduiding.

4. De hierboven bedoelde aantekening op de geboorteakte heeft geen terugwerkende kracht. Het betreft dus geen *correctie* van de geboorteakte, maar slechts een *toevoeging* daaraan. Een (volledig afschrift van de) geboorteakte geeft zodoende prijs dat iemand zijn of haar juridische geslacht heeft laten aanpassen – en dus dat iemand transgender is. In veruit de meeste situaties waarin een geboorteakte overgelegd moet worden, volstaat echter een uittreksel daarvan. Op een uittreksel van de geboorteakte staan alleen de huidige naam- en geslachtsgegevens van de persoon in kwestie; de aantekening is daarop niet zichtbaar. Zo'n uittreksel volstaat bij onder meer bij het sluiten van een burgerlijk huwelijk, het verkrijgen van een overlijdensakte en het aanvragen van nieuwe identiteitspapieren. Een volledig afschrift van de geboorteakte, waarop de aantekening wel zichtbaar is, is alleen vereist in een zeer beperkt aantal situaties. Het gaat dan bijvoorbeeld om adoptieprocedures, het aanvragen van een andere nationaliteit, complexe erfeniszaken en strafrechtelijke procedures wanneer er twijfels bestaan over eerdere veroordelingen.

De relevante feiten

5. Klager is een transgender man. Na zijn transitie is op bevel van de rechtbank een aantekening toegevoegd aan zijn geboorteakte waaruit blijkt dat hij van geslacht en naam is veranderd. In augustus 2005 verzoekt hij de burgerlijke stand om deze aantekening op zijn geboorteakte te verwijderen. De burgerlijke stand weigert dit, een besluit dat tot in hoogste instantie in stand blijft. In september 2011 dient klager een verzoek om een nieuwe geboorteakte in bij de rechtbank. Daarbij baseert hij zich op wetgeving die het mogelijk maakt om een nieuwe geboorteakte op te maken in gevallen van (volledige) adoptie. Klager is van mening dat de rechtbank deze wetgeving analoog moet toepassen op transgender personen. Ook dat verzoek wordt tot in hoogste instantie afgewezen. Klager wendt zich tot het EHRM, waar hij klaagt over een schending van art. 8 en 14 EVRM.

Standpunten van partijen

6. Volgers klager vormt de aantekening op zijn geboorteakte, die verwijst naar het geslacht dat

hem bij de geboorte is toegewezen, een inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer en familielevens zoals beschermd door art. 8 EVRM. Door de aantekening is klager continu bang dat de informatie over zijn geboortegeslacht uitkomt, en dat hij hierdoor geconfronteerd zal worden met vijandige en transfobe reacties vanuit de samenleving. Dat weerhoudt hem ervan om bepaalde procedures in gang te zetten waarvoor hij een volledig afschrift van zijn geboorteakte moet overleggen. Volgens klager levert de onmogelijkheid om een nieuwe geboorteakte te krijgen zonder verwijzing naar zijn geboortegeslacht bovendien discriminatie op in de zin van art. 14 EVRM. Hij vergelijkt zijn situatie met de situatie van geadopteerde kinderen, die wel een nieuwe geboorteakte kunnen krijgen.

7. De Poolse autoriteiten wijzen erop dat binnen het Poolse rechtssysteem de mogelijkheid bestaat om een geslachtsverandering juridisch te erkennen en om de geboorteakte daarop te laten aanpassen (door middel van de aantekening). Zij stellen daarmee te voldoen aan de uit art. 8 EVRM voortvloeiende positieve verplichting om te voorzien in een effectieve en toegankelijke procedure om het geregistreerde geslacht in de burgerlijke stand te wijzigen. Zij benadrukken daarbij dat uit art. 8 EVRM géén positieve verplichting voortvloeit om alle gegevens die betrekking hebben op het geboortegeslacht te verwijderen. In dat verband wijzen zij erop dat het in de meeste Europese landen gebruikelijk is om bij een geslachts- en/of naamsverandering een aantekening op de geboorteakte te maken. Tot slot stellen zij dat het behouden van een verwijzing naar het geboortegeslacht ook van belang is voor de betrokkene zelf: daarmee blijft het mogelijk om bepaalde feiten te bewijzen die dateren van vóór de geslachtsverandering, bijvoorbeeld op het gebied van verwantschap, nalatenschap en bezitsverwerving.

Beoordeling door het EHRM

8. De vraag die in onderhavige zaak voorligt is, of uit art. 8 EVRM een positieve verplichting voortvloeit om te voorzien in een effectieve en toegankelijke procedure waarmee klager het geslacht op zijn geboorteakte kan laten wijzigen, zonder enige verwijzing naar het geslacht dat hem toegewezen is bij zijn geboorte. Het EHRM beantwoordt die vraag ontkennend. Daarbij stelt het Hof voorop dat klager als man leeft en geregistreerd staat. Hoewel zijn geboorteakte 'een marginale aantekening' bevat over zijn geslachtsverandering, staat op het uittreksel daarvan enkel zijn nieuwe naam en juiste geslacht. In bijna alle dagelijkse situaties kan klager zich identificeren met zijn identiteitspapieren of het uittreksel van zijn geboorteakte. Hij zal zelden verplicht zijn om een volledig afschrift van zijn geboorteakte over te leggen. Het geboorteregister is bovendien niet publiekelijk toegankelijk. Hoewel het Hof zich begripvol toont voor het feit dat klager de aantekening ervaart als vernederend en psychisch belastend, is volgens het Hof niet gebleken dat hij zich in zijn dagelijks leven in situaties bevindt waarin hij, als gevolg van de aantekening, gedwongen wordt om zijn transgenderstatus te onthullen.

Naar het oordeel van het Hof heeft klager dan ook niet aangetoond dat hij voldoende ernstige gevolgen ondervindt van de aantekening op zijn geboorteakte.

9. Tegelijkertijd wijst het EHRM op het historische karakter van het geboorteregister. Het accepteert dat het in bepaalde gevallen, met het oog op het algemeen belang, noodzakelijk kan zijn om bepaalde feiten te bewijzen die dateren van vóór de geslachtsverandering. Dit alles leidt het Hof tot de conclusie dat de Poolse autoriteiten in deze specifieke casus, en gelet op de wijde beoordelingsruimte die hen toekomt, een redelijk evenwicht hebben getroffen tussen de in het geding zijnde belangen. Er is daarom geen sprake van een schending van art. 8 EVRM. Ook art. 14 EVRM is niet geschonden, omdat de situaties van geadopteerde kinderen en transgender personen onvoldoende vergelijkbaar zijn.

Reflectie

10. De uitspraak van het EHRM is weinig verrassend. Een andere uitkomst zou verstrekkende gevolgen hebben gehad voor verschillende lidstaten van de Raad van Europa. Zoals opgemerkt door de Poolse autoriteiten en één van de interveniënten is het Poolse systeem namelijk niet uniek: verschillende Europese landen hanteren een systeem waarbij een geslachtsverandering op de geboorteakte wordt vermeld door middel van een aantekening. Dat geldt ook voor landen waarin de wettelijke voorwaarden en procedures voor juridische geslachtswijziging een stuk soepeler zijn dan in Polen, zoals Frankrijk, België en Luxemburg.

11. Ook Nederland kent een vergelijkbaar systeem. In Nederland kunnen alle transgender personen van 16 jaar en ouder met een deskundigenverklaring het geslacht in hun geboorteakte laten aanpassen.[5] Daarvoor moeten zij naar hun geboortegemeente, waar de ambtenaar van de burgerlijke stand een aantekening maakt op de geboorteakte.[6] Deze aantekening heeft geen terugwerkende kracht.[7] Er wordt dus geen nieuwe geboorteakte opgemaakt, maar slechts iets aan de bestaande akte toegevoegd. Net als in Polen is de aantekening zichtbaar op een volledig afschrift van de geboorteakte, maar niet op een uittreksel daarvan. Een volledig afschrift van de geboorteakte is in Nederland in een groter aantal situaties vereist dan in Polen, inclusief bij het aangaan van een huwelijk of een geregistreerd partnerschap.

12. Maar waarom wordt het bewaren van historische gegevens, inclusief over geslacht, nu zo belangrijk gevonden? In Nederland ligt daaraan ten grondslag dat alle akten van de burgerlijke stand, inclusief de geboorteakte, authentieke bewijskracht hebben ten aanzien van de daarin vermelde gegevens.[8] De geboorteakte levert aldus authentiek bewijs van het geslacht van het kind in kwestie.[9] De historische bewijskracht van de geboorteakte werd ook benadrukt in een arrest van de Hoge Raad uit 1973.[10] Daarin oordeelde de Hoge Raad dat de akte geldt als

bewijs dat op de in de akte vermelde plaats, dag en uur uit de daarin genoemde moeder een kind met het daarin vermelde geslacht is geboren.[11] Waarvoor dat bewijs dan relevant is of kan zijn, liet de Hoge Raad in het midden.[12]

13. Ook het EHRM benadrukt in *Y t. Polen* de historische bewijskracht van de geboorteakte, zonder te expliciteren in welke situaties dat bewijs dan relevant is. Aangenomen mag worden dat het Hof zich in ieder geval kan vinden in de situaties die door de Poolse regering zijn geïdentificeerd, te weten adoptieprocedures, het aanvragen van een andere nationaliteit, complexe erfeniszaken en strafrechtelijke procedures waarin de rechter twijfelt over eerdere veroordelingen. Vooral dat laatste voorbeeld doet vermoeden dat het bewaren van historische gegevens over naam en geslacht van belang wordt geacht om de vindbaarheid van personen te waarborgen. Dat is er wellicht in gelegen dat mensen in Polen na aanpassing van de geboorteakte niet alleen nieuwe identiteitspapieren krijgen, maar ook een nieuw identiteitsnummer. Dat maakt het moeilijker om eventuele strafrechtelijke veroordelingen uit het verleden te koppelen aan de huidige identiteitsgegevens. In Nederland speelt dit probleem minder: het is onwaarschijnlijk dat iemand uitsluitend door het wijzigen van naam en geslacht ‘onvindbaar’ wordt, omdat het Burgerservicenummer (BSN) niet verandert.[13]

14. Het feit dat het maken van een aantekening op de geboorteakte na een geslachtsverandering gebruikelijk is in verschillende Europese landen, speelt geen uitdrukkelijke rol in de beoordeling door het EHRM. Toch heeft dit ongetwijfeld meegespeeld in de beslissing om de Poolse autoriteiten in deze zaak een wijde beoordelingsruimte toe te kennen. Dat stelt het Hof in staat zich terughoudend op te stellen, en niet te veel te tornen aan de geslachtsregistratiesystemen in de verdragsstaten. Het Hof staat dan ook op geen enkel moment stil bij de oorzaak van veel van de (juridische en administratieve) problemen die transgender personen ondervinden in de strijd om erkenning van hun identiteit: gedwongen geslachtstoewijzing op het moment van geboorte.[14]

15. In Nederland werd het opmaken van een geboorteakte met daarin de geslachtsaanduiding verplicht in 1811, als direct gevolg van de inwerkingtreding van de *Code Napoleon*.^[15] Geslacht was dus vanaf het begin een van de persoonsgegevens die bij de geboorte werden geregistreerd.^[16] De reden daarvoor is niet geheel duidelijk, maar uit de wetsgeschiedenis en jurisprudentie kan worden afgeleid dat geslachtsregistratie ‘een kwestie is van maatschappelijke ordening, maar vooral van seksespecifieke rechtsgevolgen en rechtsbetrekkingen tussen individuen’.^[17] Dat impliceert dat geslachtsregistratie vooral belangrijk was voor zover de rechtspositie van individuen werd bepaald door hun geslacht.^[18] Sinds het meest directe onderscheid op basis van geslacht uit de Nederlandse wet is verdwenen, staat de vanzelfsprekendheid en noodzakelijkheid van geslachtsregistratie dan ook steeds nadrukkelijker ter discussie.^[19] Daar waar wetgeving en beleid nog wél

onderscheid maakt tussen mannen en vrouwen, zoals zwangerschapswetgeving of onderzoek naar baarmoederhalskanker, valt te verdedigen dat dit onderscheid beter gebaseerd kan worden op meer objectieve (en dus betrouwbaardere) kenmerken dan het bij de geboorte geregistreerde geslacht – zoals zwangerschap of het hebben van een baarmoeder. Daarmee wordt gelijk voorkomen dat transgender mannen en non-binaire personen met een baarmoeder over het hoofd worden gezien. En waar de wet of beleid (extra) bescherming biedt op basis van geslacht, zoals bij positieve actie voor vrouwen op de arbeidsmarkt of vrouwenemancipatiebeleid, is niet nodig dat het vrouw-zijn van personen daadwerkelijk ergens geregistreerd staat. Immers: positieve actie en emancipatiebeleid worden ook ingezet ten aanzien van andere doelgroepen die niet als zodanig geregistreerd staan, zoals mensen met een beperking of een migratieachtergrond. Hetzelfde geldt voor het discriminatieverbod: discriminatie op basis van etniciteit, geloof, handicap en seksuele gerichtheid is verboden, ook zonder dat de overheid deze kenmerken registreert.

16. De (on)zin van geslachtsregistratie stond in *Y t. Polen* niet ter discussie. Toch valt vanuit mensenrechtelijk perspectief te beargumenteren dat geslacht een gevoelig gegeven is, zeker voor transgender, intersekse en andere genderdiverse personen. Geslachtsregistratie door de overheid kan dus ook worden gezien als een inmenging in het privéleven. De overheid moet vanuit dat perspectief aantonen dat geslachtsregistratie een legitiem doel nastreeft en noodzakelijk is in een democratische samenleving. Vooral het ogenschijnlijke gebrek aan noodzakelijkheid is voor hoe langer hoe meer politieke partijen en belangenorganisaties van LHBTI+ personen reden om te pleiten voor het afschaffen van nodeloze geslachtsregistratie.[20]

17. In 2014 concludeerden onderzoekers van de Universiteit Utrecht al dat internationale afspraken ‘niet in de weg [staan] aan verandering van het [sekseregistratiesysteem]’.[21] Vooralsnog liggen er in de lidstaten van de Raad van Europa echter geen concrete plannen om geslachtsregistratie af te schaffen. Dat betekent dat het EHRM zich ongetwijfeld nog vaker zal moeten buigen over de juridische erkenning van de genderidentiteit van transgender personen, de voorwaarden die daaraan verbonden zijn en de wijze waarop staten daar uitvoering aan geven. Daarbij valt te bezien of het EHRM het recht op juridische erkenning van genderidentiteit onder art. 8 EVRM verder uitbouwt, zoals het in de jaren vóór *Y t. Polen* heeft gedaan, of dat de grens voorlopig is bereikt.

E.B. Yiannakas

Beleidsadviseur bij het College voor de Rechten van de Mens

[1] *Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 11 juli 2002, nr. 28957/95, ECLI:CE:ECHR:2002:0711JUD002895795, «EHRC» 2002/74 m.nt. J. van der Velde, *NTM* 2003, p. 330 m.nt. P. van Dijk.

[2] Vgl. *X t. Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië*, EHRM 17 januari 2019, nr. 29683/16, ECLI:CE:ECHR:2019:0117JUD002968316, «EHRC» 2019/79 m.nt. N.R. Koffeman.

[3] *A.P., Garçon en Nicot t. Frankrijk*, EHRM 6 april 2017, nrs. 79885/12, 52471/13 en 52596/13,

ECLI:CE:ECHR:2017:0406JUD007988512.

[4] *Y t. Polen*, EHRM 17 februari 2022, nr. 74131/14, ECLI:CE:ECHR:2022:0217JUD007413114, *EHRC Updates* 2022-0076.

[5] Art. 1:28, eerste lid, BW jo art. 1:28a BW. Naar verwachting bespreek de Tweede Kamer in juni 2022 de voorgestelde wijzigingen van de Transgenderwet die het aanpassen van het geslacht op de geboorteakte moeten vergemakkelijken. Eén van de voorgestelde wijzigingen is het schrappen van de eis dat personen een deskundigenverklaring moeten overleggen.

[6] Art. 1:20, eerste lid, BW jo art. 1:28b, eerste lid, BW.

[7] Art. 1:28c, eerste lid, BW.

[8] M. van den Brink en J. Tigchelaar, *M/V en verder: Sekseregistratie door de overheid en de juridische positie van transgenders*, 2014, p. 18.

[9] Art. 1:22, eerste lid, BW. Zie ook van den Brink en Tigchelaar 2014, p. 18.

[10] Hoge Raad 13 december 1973, NJ 1975, 130 m.nt. EAAL. Zie ook van den Brink en Tigchelaar 2014, p. 12.

[11] Van den Brink en Tigchelaar 2014, p. 12.

[12] *Ibid.*

[13] M. van den Brink, *Recht doen aan genderidentiteit: Evaluatie drie jaar Transgenderwet in Nederland (2014-2017)*, 5 december 2017, p. 24.

[14] P. Cannoot, 'Y. t. Poland: ECtHR case law on gender recognition remains embedded in cisnormativity', *www.strasbourgobservers.com*, 7 april 2022.

[15] J. Boog e.a., *Onderzoek geslachtsregistraties*, Panteia & Verdonck, Klooster & Associates, december 2019, p. 13. Zie ook van den Brink en Tigchelaar 2014, p. 11.

[16] Ibid.

[17] Van den Brink en Tigchelaar 2014, p. 17.

[18] Van den Brink en Tigchelaar 2014, p. 11-12.

[19] Van den Brink en Tigchelaar 2014, p. 17.

[20] Zie bijvoorbeeld het Verkiezingsprogramma GroenLinks 2021: *Tijd voor nieuw realisme*, p. 69 en Verkiezingsprogramma D66 2021: *Een nieuw begin*, p. 145.

[21] Van den Brink en Tigchelaar 2014, p. 85.

ANNOTATIE

**Atristain Gorosabel t. Spanje (EHRM, 15508/15) –
Onrechtmatig verkregen startinformatie: van Gäfgen naar
Gorosabel*****D.A.G. van Toor***

1. Het leerstuk van de onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen is de laatste decennia flink in beweging.[1] Sinds de inwerkingtreding in 1996 van art. 359a Sv – het wettelijk kader voor het sanctioneren van vormverzuimen in het voorbereidend onderzoek – wees de Hoge Raad enkele richtinggevende arresten. Daarin wordt zowel de beperkte reikwijdte van art. 359a Sv duidelijk[2] als de terughoudendheid om de zwaarste sancties – niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie en de bewijsuitsluiting – toe te passen[3]. Buruma beschrijft de rechtspraak waarin de reikwijdte van art. 359a Sv wordt beperkt als salamitechniek:[4] vormverzuimen die niet tijdens het voorbereidend onderzoek naar het *ten laste gelegde feit* of niet tegen de *verdachte* zelf zijn begaan, komen in beginsel niet in aanmerking voor sanctionering. Verder komen de twee zwaarste sancties vooral pas om de hoek kijken als art. 6 EVRM is geschonden.[5] Het onderwerp van onrechtmatige opsporing geniet ook wetenschappelijke aandacht. In 2003, 2014 en 2020 verschenen proefschriften over de sanctionering van vormverzuimen.[6] Daarnaast werd in talloze artikelen aandacht besteed aan dit onderwerp.[7] In deze annotatie staat een specifiek onderdeel van de onrechtmatige opsporing centraal dat tot op heden weinig aandacht genoot, namelijk of onrechtmatig verkregen bewijzen (indien zij moeten worden uitgesloten) wel als startinformatie mogen worden gebruikt.

2. Uit de bovengenoemde publicaties en arresten blijkt namelijk dat het voor bewijsuitsluiting noodzakelijk is, dat het bewijs tegen de verdachte (waartegen het vormverzuim is begaan) als zodanig wordt gebruikt.[8] Met andere woorden, het bewijs moet daadwerkelijk gebruikt worden voor de bewezenverklaring. Dat laat – ten minste in eerste instantie – de deur openstaan om het onrechtmatig verkregen bewijs wel als *startinformatie* te gebruiken en op basis van die (onrechtmatig verkregen) informatie nieuwe opsporingshandelingen te baseren. Instrumenteel is deze gedachte niet vreemd: als het onrechtmatig verkregen bewijsmiddel waarheidsgetrouw is en nog onbekend was, maar niet voor een bewezenverklaring mag

worden gebruikt, dan is het gebruiken als startinformatie een interessant alternatief. Dan geeft de beschikbaar gekomen informatie aanleiding om nieuwe opsporingshandelingen tegen de verdachte in te zetten, waardoor het bewijsmiddel op een andere waardevolle manier wordt ingezet.

3. In een aantal eerdere zaken en in de onderhavige zaak stond de rechtsvraag centraal in hoeverre het gebruik van in strijd met art. 6 EVRM verkregen bewijs als startinformatie mag worden ingezet in het licht van de eerlijkheid van gehele proces.[9] In *Gäfgen*[10] wordt klager veroordeeld voor het ontvoeren en vermoorden van een 11-jarige jongen. Gäfgen heeft de jongen direct na de ontvoering omgebracht, maar eist desondanks losgeld van de ouders. Kort na de overhandiging van het losgeld wordt klager gearresteerd. De politie denkt, mede door het feit dat losgeld is geëist, dat de jongen nog leeft. Vrezend voor het leven van de jongen, wordt Gäfgen met allerlei verschillende gewelddadige handelingen bedreigd door de verhoorders. Na 10 minuten bekent Gäfgen dat hij de jongen al om het leven heeft gebracht en vertelt waar hij hem begraven heeft. Analyse van de plaats-delict maakt duidelijk dat de verklaring van klager waarheidsgetrouw is en op daderkennis berust. Bij nader onderzoek blijkt namelijk dat de gevonden bandensporen op deze plek overeenkomen met de sporen van Gäfgens auto en ook de autopsie wijst uit dat de jongen is overleden op de manier die Gäfgen beschrijft. Voor de veroordeling voor moord en ontvoering wordt de verklaring uit het vooronderzoek echter niet gebruikt, maar de bandensporen en de autopsie worden als ondersteunend bewijs gebruikt. In deze zaak is de in strijd met artikel 3 EVRM verkregen verklaring dus als startinformatie gebruikt. Hierdoor is volgens het EHRM art. 6 EVRM niet geschonden: 'The impugned real evidence was not necessary, and was not used to prove him guilty or to determine his sentence. It can thus be said that there was a break in the causal chain leading from the prohibited methods of investigation to the applicant's conviction and sentence in respect of the impugned real evidence.'[11]

4. In *Dubois t. Frankrijk*[12] oordeelt het EHRM ook dat de procedure als geheel voldoende eerlijk is verlopen, omdat de veroordeling primair is gebaseerd op overtuigend bewijsmateriaal dat niet tijdens het onrechtmatige verhoor was verkregen. Op dezelfde dag oordeelt het EHRM in *Wang t. Frankrijk*,[13] dat in die zaak juist wel een schending van art. 6 EVRM plaatsvindt, onder meer omdat het onrechtmatig verkregen bewijs een beslissende rol in de strafzaak tegen haar speelt. In beide zaken ging het om personen die werden vervolgd en veroordeeld wegens het onrechtmatig beoefenen van de geneeskunde. Zij klaagden over de omstandigheden waaronder hun op *vrijwillige* basis afgenomen politieverhoren plaatsvonden. Omdat de nog niet als zodanig bestempelde verdachten vrijwillig op het politiebureau verschenen, hadden zij destijds geen recht op allerlei verdedigingsrechten, waaronder een tolk (in het geval van Wang) en rechtsbijstand. Omdat de door Dubois afgelegde verklaring niet

tegen hem wordt gebruikt voor de veroordeling oordeelt het EHRM dus dat art. 6 EVRM niet is geschonden. Uit de zaken die in dit randnummer zijn besproken, alsmede uit *Gäfgen* lijkt doorslaggevend voor de eerlijkheid van het gehele proces, op welke wijze het onrechtmatig verkregen bewijs is gebruikt. Pas als het bewijs aan de *conviction or sentence* (*Gäfgen*, par. 180) (in beslissende mate) bijdraagt, kan er sprake zijn van een schending van art. 6 EVRM.

5. In de onderhavige zaak gaat het om een vergelijkbare rechtspositie als in *Dubois*: de klager kan geen gebruikmaken van verdedigingsrechten tijdens het verhoor. Hij wordt echter niet op vrijwillige basis gehoord, maar wordt *incommunicado* vastgehouden op verdenking van deelname aan de ETA (een terroristische organisatie die bomaanslagen pleegde voor de Baskische onafhankelijkheidstrijd). Tijdens een verhoor verklaart hij dat hij thuis meerdere vuurwapens, gegevensdragers met informatie over de organisatie van ETA en valse nummerplaten heeft verstopt (par. 13). In een ander verhoor openbaart hij een opslagplaats voor explosieven (par. 12). Klager wordt veroordeeld voor deelname aan een terroristische organisatie op basis van de tijdens de onderzoeken gevonden materiaal (par. 16). Zijn verklaringen die zijn afgelegd zonder dat klager het recht op rechtsbijstand effectief kan uitoefenen, worden niet als bewijs gebezigd, maar enkel als startinformatie.

6. In zulke zaken moet een belangenafweging worden gemaakt: het onrechtmatig verkregen directe en indirecte bewijs is vaak waarheidsgetrouw, maar mag de overheid van een (door hen zelf begane) onrechtmatigheid profiteren? Het EHRM geeft in de onderhavige zaak aan, dat enerzijds het uitoefenen van verdedigingsrechten (op een later moment in het proces) moet worden afgewogen tegen de hoeveelheid en de kwaliteit van het bewijs (par. 53). Als de onderhavige zaak dan wordt vergeleken met *Dubois* en *Wang*,^[14] dan zou de conclusie moeten zijn dat, wanneer klager de rechtmatig verkregen bewijsmiddelen tijdens een onderzoek ter terechtzitting kan betwisten en op latere momenten in het proces wel volledig gebruik kan maken van verdedigingsrechten en met deze bewijsmiddelen de waarheid in voldoende mate kan worden vastgesteld, het proces in zijn geheel voldoende eerlijk is geweest. Immers, de onrechtmatigheid is “gecorrigeerd” door de door de onrechtmatigheid verkregen bewijsmiddelen niet te gebruiken, terwijl daardoor wel andere overtuigende bewijsmiddelen zijn verkregen.

7. Wanneer de onderhavige zaak met *Gäfgen* wordt vergeleken, dan zou naar de causale link tussen de onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen en andere bewijsmiddelen moeten worden gekeken. In *Gäfgen* oordeelt het EHRM namelijk dat wanneer de causale link tussen de onrechtmatigheid – in het geval van Gorosabel zijn dat de verhoren – en de veroordeling wordt verbroken het proces in voldoende mate eerlijk is, omdat het besmette bewijs niet is gebruikt om de schuld of straf vast te stellen.

8. In de twee hierboven besproken vergelijkingen komt heel duidelijk naar voren dat wanneer sprake is van bewijs dat van voldoende kwaliteit is en niet direct “besmet” is een “enkele” onrechtmatigheid in de bewijsgaring niet *ipso facto* leidt tot de vaststelling dat het gehele proces oneerlijk is. *Truth trumps legality*.

9. In een andere zaak, *Cwik t. Polen*,^[15] wordt de integriteit van het proces boven de waarheidsvinding geplaatst. In deze zaak wordt een ondervraging van een gemartelde concurrente drugsdealer door criminelen opgenomen op cassettape. Deze tapes komen in handen van de politie en worden gebruikt om klager – een kompaan van de gemartelde drugsdealer – te veroordelen. In *Cwik* is het EHRM stellig: door bewijs te verkrijgen door te martelen wordt de *rule of law* vervangen door de *rule of force*. De *rule of force* tast de integriteit van het proces aan en de Staat hoort hiervan nooit – ook niet als de onrechtmatigheid is begaan door burgers – te profiteren. Dus: *integrity trumps truth trumps legality*.

10. Om het nog gecompliceerder te maken, wordt in de onderhavige zaak niet op de eerder voorgestelde wijzen beargumenteerd: het gebruik van het bewijs, de causale link tussen onrechtmatigheid en veroordeling of de integriteit van het proces worden niet gebruikt om de eerlijkheid van het proces te beoordelen. Het onderhavige arrest sluit dus niet aan bij *Dubois* – waarin niet besmet bewijs doorslaggevend is en dat levert geen schending van art. 6 EVRM op – en *Gäfgen* – als de causale link tussen onrechtmatigheid en veroordeling wordt doorbroken, levert dat geen schending van art. 6 EVRM op. In *Gorosabel* oordeelt het EHRM dat art. 6 EVRM wel is geschonden ondanks dat het onrechtmatig verkregen bewijs niet is gebruikt. Tevens benadrukt het Hof niet dat een causale link tussen het onrechtmatig verkregen bewijs en de andere bewijsmiddelen bestaat. Dat is des te verrassender omdat het EHRM wel overweegt dat de verklaringen *essentieel* waren voor de ontdekking van het andere bewijs (par. 66). Het EHRM gooit het over een andere boeg: de onrechtmatig afgelegde verklaring heeft een significante bevooroordeelende impact op de rest van het proces zodat niet van een eerlijk proces kan worden gesproken (par. 67). Dit is een redenering die vaker te vinden is bij de afwezigheid van rechtsbijstand tijdens het voorbereidend onderzoek (par. 68 met verwijzing naar o.a. *Salduz*).

11. Blijkbaar zijn er dus twee grootheden binnen het concept eerlijkheid die van hoger belang zijn dan de waarheidsvinding: uit de onderhavige zaak blijkt dat een bevooroordeelende impact (*irretrievably prejudice*) van onrechtmatigheden kan leiden tot een oneerlijk proces ondanks dat de bewijzen waarheidsgetrouw zijn. Uit *Cwik* blijkt dat *mutadis mutandis* voor handelingen waarvoor de Staat verantwoordelijkheid draagt en die de integriteit van het proces aantasten. De onderhavige zaak maakt echter eens te meer duidelijk dat het Hof geen coherente argumentatie gebruikt om onrechtmatigheden in het licht van het concept eerlijkheid te analyseren.^[16]

D.A.G. van Toor

- [1] G.J.M. Corstens, bewerkt door M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlandse Strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2021, p. 796.
- [2] HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376, m.nt. YB (*Afvoerpijp*).
- [3] HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5322 (*Onbevoegde hulpofficier*); HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889.
- [4] HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376, m.nt. YB (*Afvoerpijp*), rn. 2.
- [5] J.S. Nan & D. Bektsevic, 'Structurele vormverzuimen: een structureel probleem?', *DD* 2017, 3, p. 197-213, par. 2.
- [6] M.C.D. Embregts, *Uitsluitel over bewijsuitsluiting* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003; R. Kuiper, *Vormfouten* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014; M. Samadi, *Normering en toezicht in de opsporing* (diss. Leiden), Den Haag: Boom 2020.
- [7] F.C.W. de Graaf & L. Kesteloo, 'Welke mogelijkheden bestaan er om op grond van artikel 359a Sv rechtsgevolgen te verbinden aan fouten in het strafdossier?', *DD* 2016/21, p. 254-270; M. Samadi, 'Policing the police: het toezicht op de opsporing', *DD* 2016/37, p. 406-418; J.S. Nan & D. Bektsevic, 'Structurele vormverzuimen: een structureel probleem?', *DD* 2017/22, p. 197-213.
- [8] HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, r.o. 2.4.1.
- [9] Ik laat hier bewust de problematiek van de doorwerking van artikel 8 EVRM-schendingen naar de (on)eerlijkheid van het proces rusten. Zie daarover mijn annotatie bij: *Dragoş Ioan Rusu t. Roemenië*, EHRM 31 oktober 2017, nr. 22767/08, «EHRC» 2018/13.
- [10] *Gäfgen t. Duitsland*, EHRM 1 juni 2010, nr. 22978/05, «EHRC» 2008/99, m.nt. Van der Velde.
- [11] *Gäfgen* (reeds aangehaald), par. 180.
- [12] *Dubois t. Frankrijk*, EHRM 28 april 2022, nr. 52833/19, ECLI:CE:ECHR:2022:0428JUD005283319.
- [13] *Wang t. Frankrijk*, EHRM 28 april 2022, nr. 83700/17, ECLI:CE:ECHR:2022:0428JUD008370017.

[14] Maar ook met zaken waarin wordt geklaagd over het gebruik van in strijd met artikel 8 EVRM verkregen bewijzen; zie mijn annotatie bij *Rusu* (reeds aangehaald).

[15] *Cwik t. Polen*, EHRM 5 november 2020, nr. 31454/10, ECLI:CE:ECHR:2020:1105JUD003145410, 'Bewijsuitsluiting na schending van artikel 3 EVRM, in het bijzonder als de onrechtmatigheid is begaan door andere burgers', *EHRC Updates* december 2020, m.nt. Van Toor.

[16] Zie daarover uitgebreid mijn annotatie bij *Cwik* (reeds aangehaald).