

Nieuwsbrief - EHRC Updates 2023-16

Nummer 16, 2023

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

Annotatie

T.H. t. Bulgarije (EHRM, 46519/20) – Inclusief onderwijs en redelijke aanpassingen voor kinderen met beperking: Hof blijft slechte leerling

M. Vrancken

Annotatie

Semenya t. Zwitserland (EHRM, nr. 10934/21) – Onvoldoende rechtsbescherming tegen ongelijke behandeling van intersekse hardlooper

prof. mr. A.C. Hendriks

Annotatie

Oekraïne en Nederland t. Rusland (EHRM, 8019/16, 43800/14 en 28525/20) – Rusland oefende rechtsmacht uit over neerhalen vlucht MH17

A. Pijnenburg

Annotatie

Mortier t. België (EHRM, 78017/17) – De Euthanasiewet doorstaat (grotendeels) de toets van het EHRM

C. Lemmens en E. Vandevelde

Annotatie

McCann & Healy t. Portugal (EHRM, 59175/17) – True crime berichtgeving: double-edged sword: berichtgeving bij waargebeurde strafbare feiten

D.A.G. van Toor

Annotatie

HYA e.a. (HvJ EU, C-349/21) – Het gebruiken van modelteksten in rechterlijke machtigingsbeschikkingen tijdens de opsporingsfase

D.A.G. van Toor

Annotatie

[HYA e.a. \(HvJ EU, C-348/21\) – Rechter hoort getuige in vooronderzoek als compensatie voor niet uit kunnen oefenen van ondervragingsrecht](#)

D.A.G. van Toor

Annotatie

[Horion t. België \(EHRM, 37928/20\) – Impasse bij invrijheidsstelling van levenslang gestraften is onmenselijke behandeling](#)

T. Vander Beken

Annotatie

[Calvi en C.G. t. Italië \(EHRM, nr. 46412/21\) – Verplichte sociale isolatie van oudere man door curator is strijdig met art. 8 EVRM](#)

prof. mr. A.C. Hendriks

ANNOTATIE

T.H. t. Bulgarije (EHRM, 46519/20) – Inclusief onderwijs en redelijke aanpassingen voor kinderen met beperking: Hof blijft slechte leerling***M. Vrancken***

1. In de zaak *T.H. t. Bulgarije* oordeelt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) dat een school in voldoende redelijke aanpassingen heeft voorzien om tegemoet te komen aan de noden van een leerling met een handicap en er geen sprake was van discriminatie of intimidatie. Dit arrest volgt op een aantal andere arresten inzake inclusie in het gewoon onderwijs van leerlingen met een beperking en de vraag naar redelijke aanpassingen. Er zijn echter een paar merkbare verschillen tussen dit arrest en de vorige uitspraken van het Hof, met name op het vlak van interactie met de internationaalrechtelijke context en het beginsel van inclusief onderwijs. Naast dit aspect bespreekt deze noot het opmerkelijke onderscheid dat het Hof in zijn beoordeling maakt tussen directe discriminatie en redelijke aanpassingen, en de redenering van het Hof inzake redelijke aanpassingen, die bestaande principes kan verduidelijken en aanvullen.

De feiten en uitspraak van het EHRM

2. Uit een test aan het begin van het eerste schooljaar blijkt dat klager gedrags- en cognitieve problemen heeft die het schoolgaan kunnen bemoeilijken. Dit was ook al zichtbaar in de kleuterklas. Bijgevolg neemt de school reeds aan het begin van zijn eerste schooljaar maatregelen om de speciale situatie waarin klager zich bevindt te ondervangen. Doorheen het eerste schooljaar verergeren de problemen echter. Klager onderbreekt en verstoort de lessen en zou pestgedrag vertonen. Dit leidt tot een bijeenkomst van de pedagogische raad, die het gedrag van klager bespreekt en een disciplinaire sanctie oplegt in de vorm van een waarschuwing. Aan het begin van het tweede schooljaar wordt klager gediagnostiseerd met een hyperkinetische stoornis en een ontwikkelingsstoornis en worden er bijzondere onderwijsbehoeften vastgesteld. Hierop neemt de school extra maatregelen om klager te accommoderen, in overleg met zijn ouders. Er blijven zich echter incidenten voordoen in de klas en met de medeleerlingen. Naar aanleiding van een reeks incidenten leggen ouders van

medeleerlingen klacht neer bij de schooldirecteur over klagers gedrag. Halverwege het tweede schooljaar onderbreekt klager zijn onderwijs op aanraden van een kinderpsychiater. Gedurende de volgende schooljaren verandert klager meermaals van school, tot hij in een school kan aarden met een individueel onderwijsplan. De ouders klagen de aanpak van de school aan bij verschillende instanties, waaronder de ombudsman en de Commissie voor Bescherming tegen Discriminatie. Hoewel de eerste van oordeel is dat de school onvoldoende geacommodeerd heeft, is de conclusie van de Commissie dat er geen discriminatie heeft plaatsgevonden.

3. Het EHRM begint zijn oordeel met een samenvatting van de algemene principes. Het herhaalt dat art. 14 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) discriminatie op basis van handicap verbiedt, dat een gebrek aan redelijke aanpassingen voor personen met een handicap ook discriminatie uitmaakt en dat het begrip redelijke aanpassingen geïnterpreteerd moet worden in overeenstemming met de betekenis uit art. 2 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van Personen met een Handicap (IVRPH). Bij de beoordeling maakt het een onderscheid tussen twee aspecten van de klacht. Enerzijds gaat het na of de leerkrachten klager hebben geïntimideerd en benadeeld omwille van zijn handicap, wat directe discriminatie zou uitmaken. Anderzijds onderzoekt het of de school voldoende redelijke aanpassingen heeft voorzien voor de leerling.

Wat betreft de mogelijke directe discriminatie, aanvaardt het Hof dat klager zich in een gelijkaardige situatie bevindt als andere kinderen zonder handicap en hij verschillend behandeld is op basis van zijn handicap. De wijze waarop de schooldirecteur steeds is omgegaan met incidenten die klager aanhaalt, is echter redelijk verantwoord. Ook de klacht van intimidatie kan niet overtuigen, aangezien de klasleerkracht en schooldirecteur steeds op een gerechtvaardigde en proportionele manier gereageerd hebben op het gedrag van klager.

Wat betreft de redelijke aanpassingen merkt het Hof op dat er zowel voor als na het stellen van een officiële diagnose maatregelen genomen zijn om klager effectief onderwijs te geven. De school heeft verschillende overlegmomenten met de ouders opgezet en de pedagogische adviseur ingeschakeld. Nadat de diagnose gesteld was, is er een geïndividualiseerd onderwijsplan opgezet in overleg met de ouders, die aanpassingen konden aanbrengen. De school heeft dus een aantal maatregelen genomen om klager te accommoderen. De genomen maatregelen hadden echter niet tot gevolg dat de gedragsproblemen verminderden, waarop de ouders na medisch advies besloten om klager uit de school te halen. Het Hof wijst er in dit verband echter op dat de moeilijkheden van klager in zekere mate veroorzaakt waren door zijn ouders, die zich verzetten tegen een aantal voorgestelde maatregelen door de school en vasthielden aan het idee dat alle problemen uitsluitend het gevolg waren van het gedrag van de schooldirecteur, de klasleerkracht, het schoolpersoneel en de andere leerlingen. Door deze

houding aan te nemen brachten zij de relatie tussen de partijen in het gedrang. Het Hof is van oordeel dat de school wel degelijk redelijke aanpassingen heeft doorgevoerd om tegemoet te komen aan de beperking van klager. Aangezien het gedrag van klager ook een rechtstreekse negatieve impact had op de veiligheid en het welzijn van de andere leerlingen en hun mogelijkheid tot effectief onderwijs, moesten de directeur en de leerkracht een moeilijke evenwichtsoefening maken tussen de verschillende belangen. In dit opzicht herhaalt het Hof dat art. 14 EVRM *redelijke* aanpassingen vereist. Dit houdt niet in dat alle mogelijke aanpassingen om verschillen die het gevolg zijn van een handicap weg te werken, doorgevoerd moeten worden, los van de mogelijke kost of moeite die ermee gepaard zou gaan. Er is bijgevolg geen sprake van een schending van art. 14 jo. Art. 2 van het Eerste Aanvullende Protocol (EP) bij het EVRM.

Redelijke aanpassingen zonder inclusief onderwijs?

4. In deze zaak beoordeelt het Hof of er sprake is van discriminatie, ofwel direct ofwel als gevolg van een gebrek aan redelijke aanpassingen, bij het organiseren van het onderwijs van een jongen met een beperking. De vraag die voorligt bij het Hof is in dat opzicht zeer gelijkaardig aan die uit eerdere zaken over onderwijs voor leerlingen met een beperking, met name *Çam t. Turkije* (2016),^[1] *Enver Sahin t. Turkije* (2018),^[2] *Stoian t. Roemenië* (2019)^[3] en *G.L. t. Italië* (2020).^[4] Het Hof beoordeelt deze vraag in het licht van het discriminatieverbod uit art. 14 EVRM, in samenhang gelezen met het recht op onderwijs uit art. 2 EP EVRM. Door het verbod van discriminatie een centrale plaats te geven in deze zaak, toont het Hof dat het de aantijgingen van een (gebrek aan) verschil in behandeling op basis van handicap serieus neemt. Bovendien verwijst het Hof, net als in voorgaande zaken, uitdrukkelijk naar art. 2 IVRPH voor de interpretatie van de term ‘redelijke aanpassingen’. Er zijn echter ook een aantal opmerkelijke verschillen met de eerdere zaken.

5. Een eerste opvallend verschil is het gebrek aan verwijzing naar andere relevante verdragen en instrumenten van internationale organisaties. Met uitzondering van een verwijzing naar het IVRPH voor de interpretatie van het concept ‘redelijke aanpassingen’, is het Hof muisstil over het wettelijk kader dat geboden wordt door een arsenaal aan mensenrechtelijke instrumenten die relevant zijn voor het onderwerp. In eerdere rechtspraak verwijst het Hof uitdrukkelijk en uitvoerig naar verdragen als het IVRPH, het Europees Sociaal Handvest^[5] en andere bindende en niet-bindende instrumenten.^[6] Het uiteenzetten van het internationaalrechtelijk kader heeft als voordeel dat de verplichtingen onder het EVRM in hun context worden geplaatst, zoals het Hof ook illustreert in het vooruitstrevende arrest *G.L. t. Italië*.^[7] Het belang hiervan kan geduid worden door te verwijzen naar het tweede verschil.

Het tweede verschil betreft het gebrek aan vermelding van inclusief onderwijs in deze zaak.

Hoewel *in casu* deze leerling in het gewoon onderwijs onderricht kreeg en hierbij recht had op redelijke aanpassingen omwille van zijn bijzondere noden, wordt in het arrest nergens melding gemaakt van het principe van inclusief onderwijs dat hierbij toegepast wordt. Uit de feiten valt af te leiden dat Bulgarije een poging doet om in inclusief onderwijs voor personen met een handicap te voorzien, door als uitgangspunt te nemen dat leerlingen met een handicap onderwezen worden in het gewoon onderwijs, daarbij individuele onderwijsplannen op te stellen en te voorzien in ondersteunende maatregelen. De vraag naar redelijke aanpassingen kadert dus in deze omslag naar inclusief onderwijs, maar dat laatste wordt, in tegenstelling tot in eerdere zaken,[8] nergens expliciet vermeld.

6. Een analyse van de mate waarin het onderwijs effectief inclusief wordt georganiseerd, zou nochtans de verplichtingen inzake redelijke aanpassingen duidelijker kaderen. Inclusief onderwijs, in de betekenis die het onder het IVRPH krijgt, is immers gericht op het verwijderen van algemene, structurele barrières voor leerlingen met een handicap in het gewoon onderwijs. Redelijke aanpassingen, daarentegen, zijn individuele maatregelen voor een leerling wanneer de structurele wijzigingen voor diens individuele situatie onvoldoende blijken.[9] Door dit kader toe te passen in de huidige zaak, zou het Hof duidelijker kunnen aangeven wat Bulgarije daadwerkelijk al heeft verwezenlijkt inzake het garanderen van effectief onderwijs aan leerlingen met een handicap en waarom de redelijke aanpassingen in dit specifieke geval afdoende waren. Uit de uitspraak blijkt niet duidelijk in welke mate Bulgarije reeds tegemoet gekomen is aan zijn verplichtingen inzake inclusief onderwijs. Het is dus niet mogelijk om met zekerheid te zeggen of een analyse inzake inclusief onderwijs geleid zou hebben tot dezelfde inhoudelijke uitkomst, namelijk dat er geen schending was van het discriminatieverbod in samenhang gelezen met het recht op onderwijs. Ook in eerdere zaken in verband met onderwijs van leerlingen met een *handicap* stond het Hof reeds weigerachtig tegenover het erkennen van een recht op inclusief onderwijs onder het EVRM, zoals dat wel wordt gegarandeerd in het IVRPH.[10] Net als in de huidige zaak, past het steeds exclusief de verplichting tot redelijke aanpassingen toe. Deze houding kan echter gecontrasteerd worden met recente uitspraken inzake de segregatie van *Romakinderen* in het onderwijs, waar het Hof herhaaldelijk gewezen heeft op het belang van inclusief onderwijs als ‘de meest passende manier om de fundamentele beginselen van universaliteit en non-discriminatie te garanderen in de uitoefening van het recht op onderwijs’.[11] Het Hof lijkt dus een verschillende houding te hebben tegenover een recht op inclusief onderwijs naargelang het inclusief onderwijs van *Roma* of van leerlingen met een *handicap* betreft.

Directe discriminatie vs. redelijke aanpassingen

7. Een volgend opvallend aspect aan deze uitspraak is dat het Hof de zaak opdeelt in een vraag naar directe discriminatie en een vraag naar redelijke aanpassingen. Enerzijds geeft het Hof

zelf aan dat de twee zaken in grote mate samenhangen. Anderzijds creëert dit onderscheid een schijnbare tegenstelling. Bij een beoordeling van directe discriminatie is de centrale vraag of een persoon met een handicap die zich in een gelijkaardige situatie bevindt als een persoon zonder handicap, ongelijk behandeld is op basis van die handicap en zonder dat hiervoor een objectieve en redelijke rechtvaardiging voorhanden is. Bij de vraag naar redelijke aanpassingen is de logica echter tegengesteld: aangezien een leerling met een beperking zich in een wezenlijk verschillende situatie bevindt dan diens medeleerlingen zonder beperking, heeft deze leerling recht op redelijke aanpassingen, d.w.z. een verschillende behandeling. Als we de logica van het Straatsburgse Hof volgen, bevindt klager zich dus tegelijkertijd in een gelijkaardige situatie als zijn medeleerlingen zonder handicap en in een wezenlijk verschillende situatie ten opzichte van diezelfde medeleerlingen. Hij heeft tegelijkertijd recht op dezelfde behandeling en op een verschillende behandeling.

Het onderscheid dat het Hof maakt kan als volgt verklaard worden: bij de beoordeling van directe discriminatie kijkt het naar incidenten die een negatieve weerslag hebben op klager, en klager dus benadelen. Bij de analyse inzake redelijke aanpassingen focust het echter op positieve maatregelen, namelijk maatregelen die genomen zijn om klager te helpen. Dat dit onderscheid moeilijkheden met zich meebrengt, wordt ook duidelijk wanneer we naar één specifiek incident kijken: de bijeenkomst van de pedagogische raad en de disciplinaire sanctie die door deze raad is opgelegd. Het Hof aanvaardt dat deze is genomen om klager te bevoordelen, namelijk om zijn gedrag in een positieve richting te sturen.[12] Deze kan dus als een redelijke aanpassing gezien worden. Tegelijkertijd oordeelt het Hof deze maatregel bij zijn onderzoek naar directe discriminatie, en beschouwt het dit dus als een maatregel met negatieve impact.[13] De conflicterende gevolgen die deze opsplitsing tussen directe discriminatie en redelijke aanpassingen teweeg brengt, wijzen erop dat het Hof niet de best mogelijke aanpak heeft gekozen om de aantijgingen van verschillende vormen van discriminatie in deze zaak te beoordelen. De gemaakte opsplitsing is, op zijn zachtst gezegd, verwarrend.

8. Een laatste onderdeel dat een analyse verdient is de inhoudelijke beoordeling van de vraag of er voldaan is aan de verplichting om redelijke aanpassingen te voorzien. Twee aspecten vallen hier op: enerzijds dat de school reeds redelijke aanpassingen in voege had vooraleer de diagnose werd gesteld en anderzijds dat het voorzien in redelijke aanpassingen geen resultaatsverbintenis inhoudt. Inzake dit laatste aspect blijkt duidelijk uit het arrest dat, hoewel de school wel degelijk maatregelen moet nemen om de leerling te accommoderen binnen de grenzen van het redelijke, het niet vereist is dat deze maatregelen ook effectief het gewenste resultaat opleveren. Inzake het eerste aspect kan worden opgemerkt dat uit de begeleidende documenten bij het IVRPH blijkt dat redelijke aanpassingen niet pas vereist zijn

na het stellen van een medische diagnose.[14] Reeds voor er een diagnose is dient de school, indien er moeilijkheden zijn met de leerling, maatregelen te nemen ter accommodatie. Hoewel het Hof dit niet expliciet opmerkt, zijn de feiten uit deze zaak een mooie illustratie van de toepassing van dit principe. Aangezien er reeds aan het begin van het eerste schooljaar leermoeilijkheden zijn, worden er op dat moment al maatregelen genomen ter accommodatie van klager. Na vaststelling van de diagnose worden de maatregelen die reeds in voege zijn, bijgesteld en worden er extra maatregelen genomen. Dit kan omwille van het extra inzicht in de problematiek die de diagnose aan de school biedt. Hoewel een diagnose dus in geen geval bepalend kan en mag zijn voor het aanbieden van redelijke aanpassingen, kan deze wel van belang zijn voor het passend maken van deze aanpassingen. Door hier geen expliciet oordeel over te formuleren, blijft het onduidelijk in welke mate het EHRM deze interpretatie volgt, of net van oordeel is dat redelijke aanpassingen zonder medische diagnose facultatief zijn.

Conclusie: redelijke aanpassingen bevinden zich (niet) in een vacuüm

9. In eenzelfde arrest verduidelijkt het Hof dus aspecten van de inhoud van het verbod op redelijke aanpassingen en creëert het verwarring over het onderscheid tussen directe discriminatie en redelijke aanpassingen. Daarnaast blijft de rol die het beginsel van inclusief onderwijs speelt in de garanties die het EVRM biedt, vooralsnog onduidelijk. Dit is in tegenstelling tot de duidelijke principes die voortvloeien uit het IVRPH, en het feit dat het Hof zich voor de interpretatie van het concept redelijke aanpassingen wél uitdrukkelijk beroept op dit verdrag. Het concept redelijke aanpassingen kan in het onderwijs echter niet apart beschouwd worden van het principe van inclusief onderwijs. Hoewel het goed is dat het concept redelijke aanpassingen een centrale plaats heeft gekregen in de rechtspraak over onderwijs van personen met een handicap, laat de rechtspraak van het EHRM te wensen over wat betreft de relatie tussen inclusief onderwijs en redelijke aanpassingen enerzijds, en redelijke aanpassingen en andere vormen van discriminatie anderzijds. Op dit vlak blijft het Hof een slechte leerling.

Merel Vrancken

Assistent en doctoraatsonderzoeker staatsrecht aan de UHasselt

[1] *Çam t. Turkije*, EHRM 23 februari 2016, nr. 51500/08, ECLI:CE:ECHR:2016:0223JUD005150008, «EHRC» 2016/84 m.nt. Hendriks.

[2] *Enver Şahin t. Turkije*, EHRM 30 januari 2018, nr. 23065/12, ECLI:CE:ECHR:2018:0130JUD002306512, «EHRC» 2018/106 m.nt. Broderick

- [3] *Stoian t. Roemenië*, EHRM 25 juni 2019, nr. 289/14, ECLI:CE:ECHR:2019:0625JUD000028914, «EHRC» 2019/188 m.nt. Broderick.
- [4] *G.L. t. Italië*, EHRM 10 september 2020, nr. 59751/15, ECLI:CE:ECHR:2020:0910JUD005975115, *EHRC Updates* 2020/227 m.nt. Hendriks.
- [5] *Çam t. Turkije*, par. 37-38; *Enver Şahin t. Turkije*, par. 19-20; *Stoian t. Roemenië*, par. 71.
- [6] Zie *G.L. t. Italië*, par. 20-31.
- [7] *G.L. t. Italië*, par. 62-69.
- [8] Vgl. *Çam t. Turkije*, par. 64; *Enver Şahin t. Turkije*, par. 62; *Stoian t. Roemenië*, par. 101 en *G.L. t. Italië*, par. 53.
- [9] Art. 24 Internationaal Verdrag voor de Rechten van Personen met een Handicap; General Comment CRPD/C/GC/4 of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities (25 november 2016), *On the right to inclusive education*, par. 11-12, 28-30; M. Spinoy en K. Willems, 'G.L. v. Italy: The ambiguous role of article 14 European court of human rights in inclusive education cases', *International Journal of Discrimination and the Law* 2022, p. 194.
- [10] Zie M. Vrancken, 'Substantive equality as the driving force behind reasonable accommodations for pupils with disabilities: the case of G.L. v. Italy', 1 oktober 2020, <https://strasbourgobservers.com/2020/10/01/substantive-equality-as-the-driving-force-behind-reasonable-accommodations-for-pupils-with-disabilities-the-case-of-g-l-v-italy/>; M. Spinoy en K. Willems, 'G.L. v. Italy: The ambiguous role of article 14 European court of human rights in inclusive education cases', *International Journal of Discrimination and the Law* 2022, p. 195-196.
- [11] *Elmazova e.a. t. Noord-Macedonië*, EHRM 13 december 2022, nr. 11811/20, ECLI:CE:ECHR:2022:1213JUD001181120, *EHRC Updates* 3/2023, m.nt. Huisman en Philipsen, par. 89; *Szolcsán t. Hongarije*, EHRM 30 maart 2023, nr. 24408/16, ECLI:CE:ECHR:2023:0330JUD002440816, *EHRC Updates* 109/2023, m.nt. Huisman en Philipsen, par. 69, eigen vertaling.
- [12] *T.H. t. Bulgarije*, par. 119.
- [13] *T.H. t. Bulgarije*, par. 113.
- [14] General Comment CRPD/C/GC/4 of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities (25 november 2016), *On the right to inclusive education*, par. 30.

ANNOTATIE

**Semenya t. Zwitserland (EHRM, nr. 10934/21) –
Onvoldoende rechtsbescherming tegen ongelijke
behandeling van intersekse hardlooperster*****prof. mr. A.C. Hendriks***

1. Het Hof oordeelt in de zaak *Semenya t. Zwitserland* over de uitsluiting van een intersekse hardlooperster van internationale sportwedstrijden voor vrouwen. Deze uitsluiting was het gevolg van klagers weigering om een hormoonbehandeling te ondergaan. Aan deze uitspraak gingen diverse procedures vooraf, in laatste instantie bij het Zwitserse Federale Hof. Het EHRM had veel woorden nodig om de klachten te beoordelen om uiteindelijk te concluderen dat de uitsluiting van klagerster, die door het Federale Hof in stand waren gehouden, strijdig was met de normen van het EVRM. In deze noot beperk ik me tot de overwegingen van het Hof bij deze materiële beoordeling van de klachten. Doel is om na te gaan wat deze uitspraak betekent voor het onderscheid tussen mannen en vrouwen bij de sport en wat de gevolgen van de uitspraak zijn voor personen die niet duidelijk vallen in een van deze gendercategoriën.

2. Klagerster in deze zaak is de Zuid-Afrikaanse hardlooperster Mokgadi Caster Semenya. Zij heeft diverse internationale, olympische en nationale hardlooptitels op haar naam staan. Al jarenlang bestaat er daarbij discussie over het gender van Semenya. Semenya is geboren als vrouw en doet ook als vrouw mee aan hardlooperwedstrijden. Haar fysieke kenmerken stemmen echter niet in alle opzichten overeen met die van een vrouw. Diverse personen buiten Zuid-Afrika meenden dat Semenya vanwege haar afwijkende fysieke kenmerken, ook aangeduid als gender, een voordeel heeft boven 'echte' vrouwelijke hardlopers. De International Association of Athletics Federations (IAAF, thans World Athletics) had Semenya daarom verzocht mee te werken aan een geslachtsonderzoek. Daaruit kwam naar voren dat Semenya drie keer zoveel lichaamseigen testosteron heeft als een gemiddelde vrouw. Als gevolg daarvan besloot de IAAF op grond van de 'Eligibility Regulations for the Female Classification (Athletes with Differences of Sex Development (DSD Regulations))' om Semenya te verzoeken een hormoonbehandeling te starten om op die manier haar testosteronniveau te verlagen. Semenya had dit geweigerd. Daarom was het Semenya niet

langer toegestaan deel te nemen aan internationale hardloophwedstrijden voor vrouwen.

3. Semenya vocht de uitsluiting aan. Klaagster beschouwt de toepassing van de DSD Regulations in haar situatie als discriminatie jegens een intersekse persoon, de wijze waarmee Semenya zich kennelijk identificeert. In een poging via arbitrage het geschil op te lossen werd de klacht in eerste instantie voorgelegd aan het Hof voor Sportarbitrage (CAS). Deze vorm van geschilbeslechting is verplicht volgens de internationale sportregels. Semenya werd in deze procedure ondersteund door de Zuid-Afrikaanse Atletiekbond (ASA). Een meerderheid van het CAS kwam tot de conclusie dat de DSD Regulations een ongelijke behandeling opleverden, maar wel noodzakelijk, redelijk en proportioneel waren om de doelen van de IAAF te bewerkstelligen. In beroep werd de zaak beoordeeld door een lagere Zwitserse rechter en uiteindelijk door het Zwitserse Federale Hof, zoals eveneens verplicht volgens de internationale sportregels. Ook het Federale Hof oordeelde dat de DSD Regulations een geschikte, noodzakelijke en proportionele maatregel waren om de legitieme doelen van sport op basis van gelijkwaardigheid te dienen en om de 'beschermde klasse' te waarborgen. Met beschermde klasse doelt het IAAF op vrouwelijke sporters. Het Federale Hof voegde daaraan toe dat er geen sprake was van een verboden inbreuk op de persoonlijke integriteit van Semenya en dat Semenya de vrije keuze had om de hormoonbehandeling te weigeren.

4. Terwijl deze procedures liepen paste de IAAF de DSD Regulations aan. Deze regeling geldt sindsdien alleen voor hardlopers met XY chromosomen, dat wil zeggen de combinatie van geslachtshormonen die als mannelijk worden aangeduid. De DSD Regulations gelden niet meer voor hardlopers met XX chromosomen, hormonen die doorgaans bij vrouwen voorkomen. Bij Semenya is sprake van XY chromosomen, zodat de DSD Regulations op haar wel van toepassing blijven.

5. Hoe komt het Hof nu tot de conclusie dat de DSD Regulations discriminerend zijn jegens Semenya? Allereerst beziet het Hof daartoe of de uitsluiting van Semenya binnen de reikwijdte valt van het recht op privéleven zoals beschermd door art. 8 EVRM. Het Hof herinnert er in dit verband aan dat de DSD Regulations een inbreuk maken op de persoonlijke identiteit van Semenya, waaronder haar geslacht en de verplichting om een medische behandeling te ondergaan.[1] Tevens wijst het Hof erop dat aan art. 8 EVRM het beginsel van individuele zelfbeschikking ten grondslag ligt.[2] Het Hof voegt daaraan toe dat onder art. 8 EVRM ook arbeidsgelateerde activiteiten vallen.[3] Van dat laatste is in het geval van Semenya sprake: zij wordt ernstig gehinderd door de DSD Regulations om haar beroep als hardloophster op internationaal niveau uit te oefenen. Daarmee valt de klacht binnen het bereik van art. 8 EVRM.

6. Volgens Semenya heeft de uitsluiting te maken met haar identiteit als intersekse persoon.

Zij wordt door de DSD Regulations anders behandeld dan vrouwelijke hardlopers die niet onder deze regeling vallen – lees hardlopers met een XX chromosomenpaar. Tegelijkertijd wordt Semenya als intersekse persoon gelijk behandeld aan transgender mannen die een geslachtsveranderende operatie hebben ondergaan en aan cisgender mannen. Het Hof ziet hierin aanleiding om te bezien of het Zwitserse Federale Hof op juiste wijze heeft geoordeeld dat het onderscheid dat de DSD Regulations maken jegens bepaalde personen gerechtvaardigd is. Hieraan voegt het Hof toe dat onderscheid vanwege geslacht alleen gerechtvaardigd kan zijn in geval van redenen die solide en overtuigend zijn.[4] Voor het Hof is dit laatste aanleiding om de beoordeling van de klachten van Semenya door het CAS en het Zwitserse Federale Hof bijzonder kritisch te bezien, waarbij het Hof betreft dat Semenya alleen van deze rechtsgang gebruik kon maken op grond van de internationale sportregels. Het Hof concludeert vervolgens dat het Zwitserse Federale Hof te eenvoudig de internationale twijfels over de validiteit van de DSD Regulations en klachten van Semenya over de gezondheidsrisico's van de hormoonbehandeling heeft gepasseerd. Er was volgens het Hof daarom geen rechtvaardiging om het volgens de DSD Regulations gemaakte onderscheid te kunnen rechtvaardigen.

7. Vanwege de terughoudende wijze van toetsen door het Zwitserse Federale Hof oordeelt het Hof voorts dat Semenya een effectieve rechtsgang is onthouden. De toetsingsmogelijkheden van het Federale Hof waren op grond van de internationale sportregels beperkt tot een soort toetsing in cassatie. Aldus is volgens het Hof eveneens sprake geweest van een schending van art. 13 EVRM, in samenhang met art. 14 en 8 EVRM.

8. De redenen van drie van de zeven rechters om een dissenting opinion te schrijven hangen samen met hun visie op de ontvankelijkheid van de klachten van Semenya. In hun optiek gaat het hier om een geschil met betrekking tot een Zuid-Afrikaanse atlete, dat betrekking heeft op maatregelen van de IAAF (een particuliere organisatie) die haar beletten deel te nemen aan atletiekwedstrijden over de hele wereld. Weliswaar heeft het Zwitserse Federale Hof in laatste instantie uitspraak gedaan in de kwestie, maar omdat het in eerste instantie gaat om een arbitraal vonnis dat is gewezen door een partij die geen ingezetene van Zwitserland is (het CAS), heeft het Zwitserse Federale Hof maar zeer beperkte mogelijkheden om dat vonnis te toetsen. De drie dissenting rechters vinden dat de meerderheid veel te ver is gegaan door zich in dit geval bevoegd te achten om over de kwestie te oordelen. Daardoor krijgt het EVRM een wereldwijde werkingssfeer die niet voortvloeit uit de rechtspraak van het Hof en die bovendien niet bedoeld kan zijn door de opstellers van het EVRM. Het drietal rechters met een dissenting opinion meent dan ook dat het Hof zich onbevoegd had moeten verklaren om over de zaak te oordelen. Dat het Hof de zaak toch inhoudelijk heeft onderzocht, heeft volgens hen alleen met het onderwerp te maken. In zekere zin ten overvloede gaan de dissenters wel

ook nog in op het oordeel van het Hof over de inhoud. Ook op dat punt zijn zij het niet eens met de beoordeling door de meerderheid, wat verklaart dat ook het eindoordeel van het Hof zelf door slechts vier van de zeven rechters wordt onderschreven.

9. Deze uitspraak van het Hof is, los van de vraag of het Hof bevoegd was te oordelen over de klachten van Semenya, daarmee gebaseerd op de overtuiging van het Hof dat het Zwitserse Federale Hof strikter had moeten toetsen en dat de DSD Regulations ongerechtvaardigd onderscheid maken op basis van geslacht. In het bijzonder dat laatste oordeel van het Hof vind ik niet overtuigend.

10. Zonder te willen suggereren dat ik deskundige ben op het gebied van sport, wordt bij veel krachtsporten – van boksen, voetbal, zwemmen tot onder andere hardlopen – onderscheid gemaakt tussen mannen en vrouwen. Dat laatste hangt samen met de opvatting dat mannen doorgaans meer fysieke kracht hebben dan vrouwen. Zonder onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen zouden dan vrijwel altijd mannen een sportwedstrijd winnen.

Vanuit dit perspectief is het begrijpelijk dat bijvoorbeeld de IAAF, thans World Athletics, onderscheid maakt tussen mannelijke en vrouwelijke sporters en niet iedereen wil toelaten tot de vrouwencompetitie. Om deze reden heeft de IAAF ook de DSD Regulations opgesteld, die rekening houdt met DSD sporters, kortweg transgender sporters genoemd. De mijns inziens kernvraag die ten grondslag ligt aan deze uitspraak is daarom: is het gerechtvaardigd om onderscheid te maken tussen mannelijke en vrouwelijke sporters? En zo ja, aan de hand van welke criteria moeten we dan bepalen wie een mannelijke dan wel een vrouwelijke sporter is – en hoe om te gaan met sporters die niet duidelijk kunnen worden aangemerkt als man of vrouw, in het bijzonder transgender sporters?

11. Mijns inziens kan niet worden ontkend dat mannen doorgaans andere fysieke kenmerken hebben dan vrouwen. Er is evenwel geen juridische plicht om mannelijke en vrouwelijke sporters bij sportwedstrijden te scheiden. Maar door geen onderscheid te maken tussen biologische geslachten betekent dit dat vrouwelijke sporters vrijwel nooit sportwedstrijden zullen winnen die gericht zijn op zaken als snelheid, fysieke kracht etc. Dat is niet bevorderlijk voor de deelname van vrouwen aan dit soort sporten en kan vrouwen ook anderszins benadelen. Gelet hierop wordt het maken van onderscheid tussen mannelijke en vrouwelijke sporters bij veel vormen van sport toelaatbaar geacht. Het valt mij op dat het Hof aan deze principiële vraag voorbijgaat en zich alleen richt op het onderscheid naar geslacht bij de erkenning als vrouwelijke hardloper volgens de DSD Regulations.

12. De IAAF en de DSD Regulations beschouwen vrouwelijke sporters als ‘beschermde klasse’. Wellicht daarom bestaan er alleen regels om bepaalde sporters die niet of onvoldoende

kunnen aantonen dat zij vrouw zijn niet toe te laten tot wedstrijden voor vrouwen. Dat is op zich al bijzonder; kennelijk is iedereen die geen vrouw is volgens de sportregels man. Maar jegens welke groep wordt er nu onderscheid gemaakt bij twijfels over het biologische geslacht van een hardloper? Semenya had zich op het standpunt gesteld dat zij vanwege haar intersekse identiteit werd achtergesteld ten opzichte van vrouwen. Feitelijk gaat het Hof aan dit klachtonderdeel voorbij; het Hof meent dat sprake is van onderscheid op basis van geslacht. Daarbij beziet het Hof of er binnen de groep vrouwen sprake is geweest van onderscheid in soortgelijke situaties, maar haalt het Hof alleen rechtspraak aan waarin mannen minder gunstig worden behandeld dan vrouwen. Dat is verwarrend.

Eveneens is het onduidelijk waarom het Hof oordeelt dat de DSD Regulations ten onrechte geen onderscheid maken tussen trangenders die een geslachtsveranderende operatie hebben ondergaan en intersekse personen, zoals Semenya. Naar de letter van de DSD Regulations wordt er uitsluitend onderscheid gemaakt tussen hardlopers die XX dan wel XY chromosomen hebben. Dat betekent dat sporters met XX chromosomen automatisch als vrouw worden aangemerkt, maar dat bij sporters met XY chromosomen wordt onderzocht of zij lichamelijk voldoende vrouwelijk zijn. Dus met wie vergelijkt het Hof Semenya nu en waarom? Ik kan het Hof hierin niet goed volgen.

Hoe het ook zij, naar mijn mening maken de DSD Regulations onderscheid naar het soort chromosomen van personen. Hierbij is dus sprake van onderscheid naar biologisch geslacht, terwijl Semenya had gesteld dat zij vanwege haar intersekse *identiteit* werd gediscrimineerd. Anders dan het Hof suggereert kunnen personen met een transgender of intersekse identiteit niet altijd als biologische man of vrouw worden aangemerkt, voor zover ze dat al wensen. Evenmin kan dit dilemma worden opgelost door personen die een geslachtsveranderende behandeling hebben ondergaan te differentiëren van intersekse personen, zoals het Hof doet. Er is gewoonweg sprake van verschillende categorieën personen, die niet puur binair kunnen worden ingedeeld. Het onderscheid dat het Hof zelf aanlegt door te stellen dat er binnen de categorie vrouwelijke hardlopers bepaalde groepen ten onrechte wel of ten onrechte niet worden ingedeeld als gelijk, maakt de door het Hof gekozen oplossing van deze zaak alleen maar nodeloos ingewikkeld.

13. Wat had het Hof anders moeten doen? Vooraf moet worden opgemerkt dat het Hof alleen een uitspraak kan doen op de klachten zoals aan hem worden voorgelegd. Semenya had, zoals gezegd, geklaagd over onderscheid jegens haar enkel en alleen als intersekse persoon. Door de combinatie van XY chromosomen en het hoge testosteronniveau wordt Semenya op grond van de DSD Regulation feitelijk aangemerkt als man. Zij kan dit alleen voorkomen, en als vrouw door de IAAF worden aangemerkt, door in te stemmen met een hormonale verlaging van haar testosteronniveau. Moet hieruit dan niet de conclusie worden getrokken dat Semenya als

intersekse persoon in feite het onderscheid tussen mannelijke en vrouwelijke hardlopers betwist? Althans, dat zij meent dat zij ten onrechte als man wordt aangemerkt terwijl zij heel haar leven lang al vrouw is en nu ineens haar testosteronniveaus moet verlagen – een eis die niet aan ‘echte’ vrouwen wordt gesteld? Of moeten we zeggen: de indeling tussen mannelijke en vrouwelijke hardlopers is niet goed van toepassing op personen met een transgender identiteit die geen genderveranderende ingreep hebben ondergaan? Maar wat doen we dan in geval van non-binaire en intersekse personen? Moeten die dan de geslachtsgerelateerde identiteit kiezen die zo dicht mogelijk aanligt bij hun biologische? Of moeten we voor deze sporters een aparte categorie maken? Of, moeten we dan het onderscheid tussen mannelijke en vrouwelijke sporters opheffen? Danwel moeten we zeggen dat sporters als Semenya gewoon pech hebben dat hun wensen niet worden vervuld? Dit zijn principiële vragen waarvan het Hof doorgaans meent dat die binnen de beleidsvrijheid van verdragsstaten om hierover te oordelen.[5] Dat laatste lijkt mij in de onderhavige zaak ook het meest voor de hand liggend en aansluitend bij de vaste jurisprudentie van het Hof. De uitspraak van het Hof biedt sportorganisaties in ieder geval niet veel duidelijkheid over hoe te handelen in geval van intersekse en transgender sporters.

14. De conclusie bij deze uitspraak is wat mij betreft daarom dat het Hof zichzelf in een lastig pakket heeft gebracht door de criteria waaraan vrouwelijke sporters moeten voldoen inhoudelijk te beoordelen en daarbij zelf de relevante vergelijkingsgroepen te bepalen. Het Hof concludeert ten onrechte dat de reglementen van de IAAF binnen de categorie vrouwen onderscheid maken ten opzichte van een intersekse persoon naast transgender personen. Het Hof roept rechterlijke instanties bovendien op om regels inzake onderscheid naar geslacht bij sporters strikt te toetsen. Maar zolang onderscheid naar biologisch geslacht in de sport is toegestaan – iets dat naar mijn mening in veel situaties terecht is – zullen er zaken blijven komen van individuen die ten onrechte menen dat zij (niet) als behorend van een bepaald geslacht zijn aangemerkt, terwijl het Hof tegelijkertijd maar weinig aangrijpingspunten biedt om die zaken te beoordelen. Wellicht had het Hof er dus beter aan gedaan, zoals de dissenters ook suggereren, om de zaak onbehandeld te laten. We zullen zien of de Grote Kamer zich later over deze zaak buigt, ook vanwege de krappe meerderheid van vier tegen drie rechters.

A.C. Hendriks

Hoogleraar gezondheidsrecht, Universiteit Leiden

[1] *A.P., Garçon en Nicot t. Frankrijk*, EHRM 6 april 2017, nr. 79885/12, 52471/13 en 52596/13, ECLI:CE:ECHR:2017:0406JUD007988512, «EHRC» 2017/13.

[2] *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, ECLI:CE:ECHR:2002:0429JUD000234602, NJ 2004/543, m.nt. Alkema, «EHRC» 2002/47, m.nt. Gerards en Janssen

[3] *Denisov t. Oekraïne*, EHRM (GK) 25 september 2018, 76639/11, ECLI:CE:ECHR:2018:0925JUD007663911, «EHRC» 2018/245, m.nt. Gerards.

[4] *Konstantin Markin t. Rusland*, EHRM (GK) 22 maart 2012, nr. 30078/06, ECLI:CE:ECHR:2012:0322JUD003007806, «EHRC» 2012/117, m.nt. Gerards en Beeler t. Zwitserland, EHRM (GK) 11 oktober 2022, nr. 78630/12, ECLI:CE:ECHR:2022:1011JUD007863012, «EHRC» 2022/259, m.nt. Gerards.

[5] *Y t. Frankrijk*, EHRM 31 januari 2023, nr. 76888/17, ECLI:CE:ECHR:2023:0131JUD007688817, «EHRC» 2023/71, m.nt. Hendriks en De Vries; *O.H. en G.H. t. Duitsland*, EHRM 4 april 2023, nr. 53568/18, ECLI:CE:ECHR:2023:0404JUD005356818, «EHRC» 2023/105 en *A.H. e.a. t. Duitsland*, EHRM 4 april 2023, nr. 7246/20, ECLI:CE:ECHR:2023:0404JUD000724620, «EHRC» 2023/98, m.nt. Hendriks.

ANNOTATIE

Oekraïne en Nederland t. Rusland (EHRM, 8019/16, 43800/14 en 28525/20) – Rusland oefende rechtsmacht uit over neerhalen vlucht MH17**A. Pijnenburg**

1. Op 25 januari 2023 heeft de Grote Kamer van het EHRM de zaak *Oekraïne en Nederland t. Rusland* ontvankelijk verklaard. Deze interstatelijke zaak heeft betrekking op de gebeurtenissen in het Donbass-gebied in Oost-Oekraïne, die begonnen in het voorjaar van 2014, waaronder het neerhalen van vlucht MH17. Het is om vele redenen een belangrijke beslissing: het gewapende conflict waar het in deze zaak om gaat is nog steeds gaande en is geëscaleerd sinds de Russische invasie van Oekraïne in februari 2022; het is een van de eerste uitspraken tegen Rusland sinds het land geen lid meer is van de Raad van Europa en geen partij meer is bij het EVRM; en de zaak behelst het neerhalen van vlucht MH17. Bovendien is het voor het eerst sinds 1970 – en de tweede keer ooit – dat Nederland een klacht indient tegen een andere lidstaat van de Raad van Europa.[1] Meer in het algemeen heeft deze beslissing verstrekkende gevolgen voor zowel de andere interstatelijke zaken tussen Oekraïne en Rusland alsook voor de duizenden individuele zaken die met het conflict te maken hebben, waaronder die van de MH17-nabestaanden.

2. Afgezien van het geopolitieke belang is *Oekraïne en Nederland t. Rusland* bovendien een baanbrekende beslissing omdat het in veel opzichten een ontwikkeling in de jurisprudentie van het EHRM signaleert. Dit geldt met name voor de omstreden kwestie van bewijs en de toepasselijkheid van het EVRM in gewapende conflicten. Omdat het onmogelijk is om alle aspecten van deze 230-pagina's tellende beslissing hier uitvoerig te bespreken, zal deze noot eerst de belangrijkste feiten uiteenzetten alvorens in te gaan op de volgende vraagstukken: de algemene beginselen inzake (extraterritoriale) rechtsmacht en toerekening, hun toepassing in deze zaak, en de bredere betekenis van deze beslissing.

Feiten

3. Begin maart 2014 begonnen pro-Russische protesten in het oosten van Oekraïne, waaronder

de regio's Donetsk en Luhansk. Sommige demonstranten vormden gewapende groepen en het geweld escaleerde snel, waarbij pro-Russische separatisten openbare gebouwen in beslag namen. Half april lanceerde de Oekraïense regering een 'antiterroristische operatie' om de controle te herstellen over het grondgebied dat door de gewapende separatistische groepen werd gecontroleerd. Op 11 mei 2014 hielden de separatisten 'referenda' en riepen vervolgens de onafhankelijkheid uit van de 'Volksrepubliek Donetsk' en de 'Volksrepubliek Luhansk'. De gevechten verhevigden en op 17 juli 2014 werd vlucht MH17 van Malaysia Airlines neergehaald in de buurt van Snizhne, in de regio Donetsk. Alle 298 inzittenden kwamen om het leven. In september 2014 werd een staakt-het-vuren overeengekomen en een scheidingslijn vastgesteld. Het staakt-het-vuren werd vervolgens verbroken en in de daaropvolgende jaren werden nog meer staakt-het-vuren overeengekomen en geschonden. Op de datum van de ontvankelijkheidszitting van het EHRM op 26 januari 2022 was het conflict nog niet beëindigd, en op 24 februari 2022 viel Rusland Oekraïne binnen.

4. In *Oekraïne en Nederland t. Rusland* heeft het EHRM drie interstatelijke zaken samengevoegd die betrekking hebben op bovenstaande feiten. *Oekraïne t. Rusland (inzake Oost-Oekraïne)* (nr. 8019/16) betreft de klachten van Oekraïne over een administratieve praktijk van voortdurende schendingen van verschillende EVRM-artikelen door Rusland in Oost-Oekraïne sinds het voorjaar van 2014. *Oekraïne t. Rusland (II)* (nr. 43800/14) gaat over de vermeende ontvoering van drie groepen kinderen in Oost-Oekraïne tussen juni en augustus 2014 en hun tijdelijke overbrenging naar Rusland. Tenslotte betreft *Nederland t. Rusland* (nr. 28525/20) het neerhalen van vlucht MH17 op 17 juli 2014.

Algemene beginselen inzake rechtsmacht

5. Extraterritorialiteit speelt een cruciale rol in *Oekraïne en Nederland t. Rusland*: de zaak is aangespannen tegen Rusland, terwijl de feiten in Oekraïne plaatsvonden. Bovendien gebruikt de Grote Kamer deze beslissing om zijn algemene beginselen met betrekking tot rechtsmacht te herformuleren. De laatste keer dat het Hof dit zo uitgebreid deed, was in de beroemde zaak *Al-Skeini e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, over de rechtsmacht van het VK in Irak.[2] In *Oekraïne en Nederland t. Rusland* updatet het Hof deze algemene beginselen, waarbij het recente ontwikkelingen in zijn jurisprudentie integreert. Daarom zou *Oekraïne en Nederland t. Rusland* wel eens de leidende zaak over extraterritoriale rechtsmacht voor de komende jaren kunnen worden.

6. Het uitgangspunt voor rechtsmacht is dat de aansprakelijkheid voor het nakomen van de verplichting in art. 1 EVRM in beginsel op de territoriale staat rust. Dit resulteert in twee vermoedens, die in uitzonderlijke gevallen kunnen worden weerlegd: staten oefenen normaliter rechtsmacht uit op hun hele grondgebied, en oefenen geen rechtsmacht uit buiten

hun grondgebied. Bijgevolg zijn er twee uitzonderingen. De eerste ziet op situaties zoals in *Ilaşcu e.a. t. Moldavië en Rusland*[3] waarin een staat wordt verhinderd zijn gezag uit te oefenen op een deel van zijn grondgebied. In dergelijke gevallen behoudt de territoriale staat een positieve verplichting om alle passende maatregelen te nemen die hij nog kan nemen. De tweede uitzondering betreft situaties waarin een staat die partij is bij het EVRM extraterritoriale rechtsmacht uitoefent, zoals voor Rusland in *Oekraïne en Nederland t. Rusland* het geval is.[4]

7. Het Hof begint zijn beschouwingen met betrekking tot de tweede uitzondering door te bevestigen dat extraterritoriale rechtsmacht tijdens een internationaal gewapend conflict mogelijk is. In *Georgië t. Rusland (II)* had het namelijk onderscheid gemaakt tussen militaire operaties uitgevoerd tijdens de actieve fase van de vijandelijkheden (de vijfdaagse oorlog tussen Georgië en Rusland van 8 tot 12 augustus 2008) en gebeurtenissen die later plaatsvonden (tijdens de bezettingsfase). Het Hof oordeelde in *Georgië t. Rusland (II)* dat de realiteit van gewapende confrontaties en gevechten tussen vijandelijke strijdkrachten die in een context van chaos de controle over een gebied wilden vestigen het uitoefenen van rechtsmacht verhindert.[5] Dit onderscheid oogstte veel kritiek.[6] Twee jaar later, in *Oekraïne en Nederland t. Rusland*, verduidelijkt het EHRM dat een staat extraterritoriale rechtsmacht kan uitoefenen over gebeurtenissen die tijdens actieve vijandelijkheden plaatsvinden, en dat het arrest *Georgië t. Rusland (II)* geen grond is om een specifieke tijdsfase van een internationaal gewapend conflict volledig uit te sluiten van de rechtsmacht van een staat.[7] Dit is een belangrijk voorbehoud dat voorkomt dat de toepasselijkheid van het EVRM onnodig wordt beperkt in internationale gewapende conflicten.

8. Vervolgens gaat het Hof in op de criteria voor het vaststellen van extraterritoriale rechtsmacht. Een belangrijke ontwikkeling hierin is het toevoegen van een derde criterium aan de twee criteria die het in *Al-Skeini* identificeerde, namelijk 'effectieve controle over een gebied' (*spatial model*) en 'gezag en controle door een staatsagent' (*personal model*).[8] Het derde, nieuwe, criterium is een jurisdictionele band inzake de procedurele verplichtingen van art. 2 EVRM. De drie criteria worden achtereenvolgend besproken.

9. Met betrekking tot het eerste criterium (effectieve controle over een gebied) bevestigt het Hof grotendeels zijn eerdere jurisprudentie: extraterritoriale rechtsmacht kan ontstaan wanneer een staat effectieve controle uitoefent over een gebied buiten zijn nationale grondgebied, gewoonlijk als gevolg van wettige of onwettige militaire actie. In dat geval moet de staat in het gebied onder zijn controle het hele scala aan materiële rechten waarborgen dat in het EVRM is vastgelegd. *Oekraïne en Nederland t. Rusland* gaat echter verder: het feit dat een staat die partij is bij het EVRM verantwoordelijk is voor alle schendingen van negatieve en positieve verplichtingen onder het EVRM binnen het gecontroleerde gebied lijkt te zijn

gebaseerd op de vooronderstelling dat het gebied in kwestie binnen het grondgebied valt van een staat die ook partij is bij het EVRM. Het Hof heeft het *spatial model*, in tegenstelling tot het *personal model*, nog nooit van toepassing geacht op grondgebied buiten de Raad van Europa. Het lijkt in *Oekraïne en Nederland t. Rusland* te suggereren dat het *spatial model* ook niet van toepassing kan zijn buiten de *legal space* van het EVRM omdat het verdrag daarvoor niet bedoeld is. Deze onduidelijkheid is kwalijk, omdat het Hof daarmee lijkt te impliceren dat mensenrechten buiten Europa minder bescherming behoeven. [9]

10. Ook wat het tweede criterium voor extraterritoriale rechtsmacht betreft (gezag en controle door een staatsagent) bevestigt het EHRM grotendeels de driedelige typologie die het had opgesteld in *Al-Skeini*. Het *personal model* kan worden toegepast door het handelen of nalaten van diplomatieke of consulaire ambtenaren, door het uitoefenen van overheidsbevoegdheden in een ander land, en door het gebruik van geweld door staatsagenten in het buitenland. In *Oekraïne en Nederland t. Rusland* voegt het EHRM echter een onderscheid toe aan deze laatste categorie: het identificeert twee verschillende scenario's waarin het gebruik van geweld door staatsagenten de extraterritoriale rechtsmacht van een staat activeert. Het eerste scenario betreft de uitoefening door staatsagenten van fysieke macht en controle over het slachtoffer of de eigendom in kwestie. Het tweede scenario behelst geïsoleerde en specifieke gewelddaden met een element van nabijheid. Het Hof had dit onderscheid ingevoerd in *Georgië t. Rusland (II)* en toegepast in *Carter t. Rusland*. [10] *Oekraïne en Nederland t. Rusland* incorporeert dus deze recente jurisprudentiële ontwikkelingen. Tot slot bevestigt het EHRM dat onder het *personal model* staten alleen de EVRM-rechten hoeven te waarborgen die relevant zijn voor de situatie van de persoon over wie zij rechtsmacht uitoefenen: 'the Convention rights can be divided and tailored', in tegenstelling tot wat het Hof in *Banković* [11] had geoordeeld. [12]

11. Tenslotte weerspiegelt het derde criterium voor extraterritoriale rechtsmacht recente ontwikkelingen in de jurisprudentie van het EHRM. In verschillende zaken had het namelijk vastgesteld dat sprake was van extraterritoriale rechtsmacht op grond van een jurisdictionele band inzake de procedurele verplichtingen van art. 2 EVRM, ondanks het gebrek aan zowel effectieve controle over een gebied alsook gezag en controle door een staatsagent. [13] In *Oekraïne en Nederland t. Rusland* bevestigt de Grote Kamer dat de procedurele verplichting om een doeltreffend onderzoek in te stellen op grond van art. 2 EVRM zich heeft ontwikkeld tot een afzonderlijke en autonome verplichting die de staat kan binden, zelfs wanneer het overlijden buiten zijn rechtsmacht heeft plaatsgevonden. Een dergelijke jurisdictionele band kan zich in twee situaties voordoen: wanneer de autoriteiten zelf een strafrechtelijk onderzoek of een strafrechtelijke procedure instellen, en wanneer sprake is van bijzondere kenmerken. Het is echter niet mogelijk om een uitputtende lijst van dergelijke kenmerken op te stellen, aangezien deze noodzakelijkerwijs afhangen van de bijzondere omstandigheden van elk geval

en van geval tot geval aanzienlijk kunnen verschillen.[14] Door niet een dergelijke lijst op te stellen, behoudt het Hof veel ruimte om het bestaan van een jurisdictionele band in een specifiek geval vast te stellen, maar deze aanpak gaat wel ten koste van de rechtszekerheid. Voorts is het niet onwaarschijnlijk dat het Hof deze benadering in de toekomst zal toepassen op andere bepalingen, met name art. 3 EVRM, aangezien het beperken van deze redenering tot art. 2 EVRM arbitrair is.

Algemene beginselen inzake toerekening

12. Een aanverwante kwestie betreft de toerekening van handelen of nalaten aan een staat die extraterritoriale rechtsmacht uitoefent. Net als met extraterritoriale rechtsmacht laat eerdere jurisprudentie zien dat het EHRM hiermee worstelt.[15] In dit opzicht is *Oekraïne en Nederland t. Rusland* een stap vooruit, in zoverre dat het Hof duidelijkheid probeert te scheppen, al is ook deze beslissing niet zonder problemen. Allereerst maakt het Hof – terecht – onderscheid tussen rechtsmacht en toerekening door te benadrukken dat het criterium voor het bestaan van rechtsmacht niet hetzelfde is als voor de aansprakelijkheid van een staat voor een internationaal onrechtmatige daad op grond van het internationaal recht, zoals gecodificeerd in de Artikelen inzake Staatsaansprakelijkheid (ARSIWA).[16] Het Hof zegt echter ook dat in situaties waarin een staat onder het *spatial model* extraterritoriale rechtsmacht uitoefent, hij alleen aansprakelijk is voor schendingen van het EVRM als hij ook rechtsmacht onder het *personal model* uitoefent, en dat dit betekent dat het handelen of nalaten toerekenbaar moet zijn aan de staat.[17] Het Hof lijkt daarmee – onterecht – het *personal model* van rechtsmacht te verwarren met de toerekeningsvraag. Bovendien suggereert het Hof hiermee dat een staat alleen verantwoordelijk kan zijn voor schendingen van het EVRM als hij rechtsmacht uitoefent volgens zowel het *personal* als het *spatial model*. Kortom, hoewel het EHRM terecht bevestigt dat aansprakelijkheid alleen kan ontstaan als een staat rechtsmacht uitoefent en het relevante gedrag aan hem kan worden toegerekend, is bovengenoemde verwarring betreuenswaardig.

13. Voorts verduidelijkt het Hof in *Oekraïne en Nederland t. Rusland* de relatie tussen rechtsmacht en toerekening onder het *spatial model*: als een staat effectieve controle over een gebied uitoefent, is het handelen en nalaten van de lokale overheden in het betrokken gebied automatisch toerekenbaar aan de staat.[18] Het Hof stelt met andere woorden controle over het grondgebied gelijk aan controle over niet-statelijke entiteiten die op dat grondgebied actief zijn.[19] Het doet dit door een parallel te trekken met situaties waarin een staat territoriale bevoegdheid uitoefent, aangezien het handelen en nalaten van lokale overheden automatisch toerekenbaar is aan de staat. Dit is prijzenswaardig omdat het de analyse vereenvoudigt: het Hof hoeft zich immers niet in elk specifiek geval bezig te houden met ingewikkelde toerekeningsvraagstukken. Het vermijdt ook het risico van hiaten in de

aansprakelijkheid die ontstaan als het handelen van lokale overheden niet kan worden toegeschreven aan een buitenlandse staat op grond van de toerekeningsregels van de ARSIWA. Deze benadering houdt echter geen rekening met de relevante internationale rechtsregels, met name de ARSIWA en relevante jurisprudentie van het Internationaal Gerechtshof.[20]

Rechtsmacht en toerekening in Oekraïne en Nederland t. Rusland

14. Het EHRM past de hierboven beschreven algemene beginselen in twee stappen toe in *Oekraïne en Nederland t. Rusland*. Het onderzoekt eerst of Rusland effectieve controle uitoefende over de gebieden in Oost-Oekraïne die onder controle van de separatisten stonden, waarna het bepaalt of sommige elementen moeten worden uitgesloten.[21] Het is de eerste keer dat het Hof deze tweetrapsbenadering toepast.

15. Wat de uitoefening van effectieve controle door Rusland betreft, waren er Russische militairen in een actieve hoedanigheid in de Donbass, maar hun aanwezigheid was niet voldoende om buiten redelijke twijfel vast te stellen dat Rusland sinds april 2014 effectieve controle uitoefende over het grondgebied van de ‘Volksrepublieken Donetsk en Luhansk’. Het Hof onderzoekt daarom of de militaire, politieke en economische steun van Rusland aan de separatisten, naast zijn militaire aanwezigheid, neerkwam op effectieve controle. Na een zeer gedetailleerde analyse stelt het Hof vast dat ten tijde van de ‘referenda’ van 11 mei 2014 de separatistische operatie in haar geheel werd geleid en gecoördineerd door Rusland. Bijgevolg stonden alle gebieden die vanaf 11 mei 2014 tot aan de ontvankelijkheidszitting op 26 januari 2022 in handen van de separatisten waren, onder controle van de ‘Volksrepublieken Donetsk en Luhansk’, en vallen de klachten van Oekraïne over de betreffende gebeurtenissen onder de rechtsmacht van Rusland. Tenslotte past Hof het vermoeden van toerekening onder het *spatial model* toe en oordeelt dat het handelen en nalaten van de separatisten aan Rusland kan worden toegerekend. Dit vermoeden kan in de hoofdzaak worden weerlegd voor specifieke handelingen.[22]

16. Nadat het heeft vastgesteld dat Rusland rechtsmacht uitoefent over de ‘Volksrepublieken Donetsk en Luhansk’, behandelt het Hof de tweede vraag: moeten bepaalde klachten worden uitgesloten van de Russische rechtsmacht? De meeste klachten hebben betrekking op gebeurtenissen die geen verband houden met militaire operaties. Alleen de slachtoffers van artillerieaanvallen op burgers vallen buiten de rechtsmacht van Rusland: hoewel het afvuren van het wapen kan hebben plaatsgevonden op grondgebied onder Russische controle, is de schade toegebracht aan personen en eigendommen buiten de door de separatisten gecontroleerde gebieden. Daarom zal het Hof in de hoofdzaak moeten onderzoeken of Rusland onder het *personal model* wel rechtsmacht uitoefende wat betreft de vermeende

administratieve praktijk van beschietingen. Met andere woorden, het Hof zal dan beoordelen of de uitzondering in *Georgië t. Rusland (II)* ook in deze zaak van toepassing is.[23]

17. Ten aanzien van de Nederlandse klacht over het neerhalen van vlucht MH17 door een Buk-raket merkt het Hof tenslotte op dat zowel het afvuren van de raket als het neerhalen van vlucht MH17 hebben plaatsgevonden op grondgebied dat in handen was van de separatisten. De rechtsmacht van Rusland strekte zich uit tot het luchtruim boven het gebied waarover het effectieve controle uitoefende. Hoewel vlucht MH17 werd neergeschoten in de context van actieve gevechten tussen twee vijandelijke strijdkrachten, was er, anders dan in *Georgië t. Rusland (II)*, geen ‘context van chaos’ die verhinderde dat Rusland rechtsmacht uitoefende. De Nederlandse klachten over het neerhalen van vlucht MH17 vallen daarmee binnen de rechtsmacht van Rusland.[24] Het toepassen van de *spatial model* op het neerhalen van vlucht MH17, hoewel gunstig in deze zaak, kan tot willekeur leiden, aangezien de toepasselijkheid van het EVRM afhangt van waar het vliegtuig zich precies bevond toen het werd neergeschoten: als het onder dezelfde omstandigheden door hetzelfde Buk-raketsysteem was neergeschoten, maar boven een gebied dat niet werd gecontroleerd door de separatisten, zouden de Nederlandse klachten volgens deze redenering niet ontvankelijk zijn verklaard.[25] Bovendien kan men betwisten of het neerhalen van vlucht MH17 niet plaatsvond binnen een ‘context van chaos’ – de Buk-raket is immers naar alle waarschijnlijkheid per vergissing op een burgervliegtuig afgevuurd. Ook hier geldt: hoewel gunstig voor de uitkomst van deze zaak, is het verschil dat het Hof maakt tussen het neerhalen van vlucht MH17 en de feiten in *Georgië t. Rusland (II)* discutabel.[26]

Betekenis en vooruitblik

18. De ontvankelijkheidsbeslissing van de Grote Kamer is een stap in de goede richting voor de MH17-nabestaanden. Het betekent immers dat het EHRM de zaak inhoudelijk zal behandelen, en dat een significante horde in deze zaak – het vaststellen dat Rusland rechtsmacht uitoefende over vlucht MH17 – is genomen. Bovendien kon de voorzitter van de Stichting Vliegcramp MH17 de Grote Kamer toespreken om de stem van de nabestaanden te verwoorden.[27] Nederland vindt dat Rusland aansprakelijk is voor het neerhalen van vlucht MH17, dat zij geen effectief onderzoek heeft gedaan en dat haar gedrag na het neerhalen van het vliegtuig intense pijn en verdriet heeft veroorzaakt, in strijd met art. 2, 3 en 13 EVRM. Het toekomstige arrest van het EHRM – dat nog jaren op zich kan laten wachten – zal bevestigen of Rusland aansprakelijk is voor bovengenoemde mensenrechtenschendingen. Als het EHRM dat bevestigt, levert dit de nabestaanden naar verwachting genoegdoening op, maar het blijft onwaarschijnlijk dat Rusland het arrest van het EHRM ten uitvoer zal leggen. De zaak *Oekraïne en Nederland t. Rusland* is een van vele rechtswegen die de Nederlandse staat en de nabestaanden bewandelen om gerechtigheid te krijgen voor het neerhalen van vlucht MH17.

In november 2022 heeft de rechtbank Den Haag drie verdachten schuldig bevonden aan het neerhalen van vlucht MH17,[28] en er zijn nog vele andere procedures gaande op (inter)nationaal niveau.[29]

18. De ontvankelijkheidsbeslissing van de Grote Kamer in *Oekraïne en Nederland t. Rusland* is ook rechtstreeks relevant voor andere EHRM-zaken omtrent het neerhalen van vlucht MH17. Er liggen momenteel namelijk individuele klachten van circa 400 nabestaanden tegen Rusland.[30] Ook liggen er klachten namens Rusland en vier nabestaanden tegen Oekraïne, waarin wordt beweerd dat Oekraïne heeft nagelaten het luchtruim te sluiten.[31] Daarnaast zijn er nog vier interstatelijke en meer dan 8.500 individuele zaken tegen Rusland die voortvloeien uit het conflict tussen Oekraïne en Rusland.[32] En ook met betrekking tot het conflict tussen Oekraïne en Rusland meer in het algemeen zijn er andere procedures gaande, zoals bij het Internationaal Gerechtshof en het Internationaal Strafhof.[33]

19. Tenslotte zal deze beslissing waarschijnlijk een grote impact hebben op EHRM-zaken met betrekking tot andere gewapende conflicten, zoals Nagorno-Karabach, en in mindere mate op andere spraakmakende extraterritoriale zaken die momenteel aanhangig zijn, waaronder die over klimaatverandering[34] en migratie.[35] Hoewel het nog te vroeg is om te zeggen of *Oekraïne en Nederland t. Rusland Al-Skeini* zal vervangen als de referentiezaak voor kwesties van extraterritorialiteit voor het komende decennium, heeft het zeker het potentieel om dat te doen.

A. Pijnenburg

Universitair Docent Internationaal en Europees Recht, Radboud Universiteit Nijmegen

[1] Zie *Denemarken, Noorwegen, Zweden en Nederland t. Griekenland (I)*, nr. 4448/70, ECLI:CE:ECHR:1970:0716DEC000444870, en *Denemarken, Noorwegen, Zweden en Nederland t. Griekenland (II)*, nrs. 3321/67, 3322/67, 3323/67 en 3344/67,

ECLI:CE:ECHR:1968:0531DEC000332167.

[2] *Al-Skeini e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 7 juli 2011, nr. 55721/07, ECLI:CE:ECHR:2011:0707JUD005572107, «EHRC» 2011/156 m.nt. Den Heijer.

[3] *Ilașcu e.a. t. Moldavië en Rusland*, EHRM (GK) 8 juli 2004, nr. 48787/99, ECLI:CE:ECHR:2004:0708JUD004878799, EHRC 2004/85 m.nt. Gondek.

[4] *Oekraïne en Nederland t. Rusland*, par. 552-554.

- [5] *Georgië t. Rusland (II)*, EHRM (GK) 21 januari 2021, nr. 38263/08, ECLI:CE:ECHR:2021:0121JUD003826308, *EHRC Updates*, m.nt. M. Zwanenburg en F. Tan.
- [6] Zie bijvoorbeeld M. Milanovic, 'Georgia v. Russia No. 2: The European Court's Resurrection of Bankovic in the Contexts of Chaos', EJIL:Talk! 25 januari 2021, www.ejiltalk.org/georgia-v-russia-no-2-the-european-courts-resurrection-of-bankovic-in-the-contexts-of-chaos/; H. Duffy, 'Georgia v. Russia: Jurisdiction, Chaos and Conflict at the European Court of Human Rights', Just Security 2 februari 2021, www.justsecurity.org/74465/georgia-v-russia-jurisdiction-chaos-and-conflict-at-the-european-court-of-human-rights/; F. Tan en M. Zwanenburg, 'One Step Forward, Two Steps Back? Georgia v Russia (II)', European Court of Human Rights, Appl No 38263/08', *Melbourne Journal of International Law*, 2021, p. 144-145.
- [7] *Oekraïne en Nederland t. Rusland*, par. 556-558.
- [8] *Al-Skeini*, reeds aangehaald, par. 130-142.
- [9] *Oekraïne en Nederland t. Rusland*, par. 560-563. Milanovic is hier heel kritisch over: M. Milanovic, 'The European Court's Admissibility Decision in Ukraine and the Netherlands v Russia: The Good, the Bad and the Ugly – Part II', EJIL: Talk! 26 januari 2023, www.ejiltalk.org/the-european-courts-admissibility-decision-in-ukraine-and-the-netherlands-v-russia-the-good-the-bad-and-the-ugly-part-ii/.
- [10] *Carter t. Rusland*, EHRM 25 oktober 2021, nr. 20914/07, ECLI:CE:ECHR:2021:0921JUD002091407, *EHRC Updates*, m.nt. A. Pijnenburg.
- [11] *Banković e.a. t. België e.a.*, EHRM (GK) 12 december 2001 (ontv.), nr. 52207/99, ECLI:CE:ECHR:2001:1212DEC005220799, «EHRC» 2002/13 m.nt. Van der Velde.
- [12] *Oekraïne en Nederland t. Rusland*, par. 565-572.
- [13] *Güzelyurtlu e.a. t. Cyprus en Turkije*, EHRM (GK) 29 januari 2019, nr. 36925/07, ECLI:CE:ECHR:2019:0129JUD003692507, «EHRC» 2019/88 m.nt. Van der Wilt; *Georgië t. Rusland (II)*, reeds aangehaald; *Hanan t. Duitsland*, EHRM (GK) 16 februari 2021, nr. 4871/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0216JUD000487116; *Carter t. Rusland*, reeds aangehaald.
- [14] *Oekraïne en Nederland t. Rusland*, par. 573-575.
- [15] Zie bijvoorbeeld *Loizidou t. Turkije*, EHRM 23 maart 1995 en 18 december 1996, nr. 15318/89, ECLI:CE:ECHR:1998:0728JUD001531889, ECLI:CE:ECHR:1995:0323JUD001531889; *Al-Jedda t. verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 7 juli 2011, nr. 27021/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0707JUD002702108; *Jaloud t. Nederland*, EHRM (GK) 20 november 2014,

nr. 47708/08, ECLI:CE:ECHR:2014:1120JUD004770808, «EHRC» 2015/35 m.nt. De Lange.

[16] *Oekraïne en Nederland t. Rusland*, par. 551.

[17] *Oekraïne en Nederland t. Rusland*, par. 549.

[18] *Oekraïne en Nederland t. Rusland*, par. 564.

[19] Milanovic (2023), reeds aangehaald.

[20] Milanovic (2023), reeds aangehaald.

[21] *Oekraïne en Nederland t. Rusland*, par. 577.

[22] *Oekraïne en Nederland t. Rusland*, par. 576-697.

[23] *Oekraïne en Nederland t. Rusland*, par. 698-700.

[24] *Oekraïne en Nederland t. Rusland*, par. 701-706.

[25] M. Milanovic en S. Shah, 'Ukraine and the Netherlands v. Russia re MH17, Amicus Curiae Brief on Behalf of the Human Rights Law Centre of the University of Nottingham', 25 januari 2021, par. 16, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3775402>.

[26] Milanovic (2023), reeds aangehaald.

[27] Zie www.echr.coe.int/w/ukraine-and-the-netherlands-v.-russia-nos.-8019/16-43800/14-and-28525/20-.

[28] Rb. Den Haag 17 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:12216, ECLI:NL:RBDHA:2022:12217 en ECLI:NL:RBDHA:2022:12218.

[29] A. Pijnenburg en S. Jansen-Wilhelm, 'MH17: hoe zit het met de overige procedures?' *NJBlog*, 25 november 2022, <https://njb.nl/blogs/mh17-hoe-zit-het-met-de-overige-procedures>; zie ook www.mh17.legal/.

[30] *Ayley e.a. t. Rusland*, nr. 25714/16; *Angline e.a. t. Rusland*, nr. 56328/18.

[31] *Rusland t. Oekraïne*, nr. 36958/21,

ECLI:CE:ECHR:2023:0704DEC003695821; *Ioppa e.a. t. Oekraïne*, nr. 73776/14.

[32] EHRM, 'Eastern Ukraine and flight MH17 case declared partly admissible', Press release ECHR 026 (2023), 25 januari 2023, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-7550165-10372782>.

[33] Zie bijvoorbeeld <https://lawfare.gov.ua/> en www.icc-cpi.int/situations/ukraine.

[34] *Duarte Agostinho e.a. t. Portugal en anderen*, nr. 39371/20.

[35] *SS e.a. t. Italië*, nr. 21660/18.

ANNOTATIE

Mortier t. België (EHRM, 78017/17) – De Euthanasiewet doorstaat (grotendeels) de toets van het EHRM

C. Lemmens en E. Vandevelde

1. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft zich in het verleden reeds meermaals uitgesproken over beslissingen rond het levenseinde.[1] In het hier geannoteerde arrest sprak het EHRM zich echter voor het eerst[2] uit over de verenigbaarheid van een Euthanasiewet, en een effectief uitgevoerde euthanasie, met de verplichtingen van de lidstaten op grond van art. 2 EVRM.

Het EHRM sluit zich met het geannoteerde arrest aan bij de rechtsleer,[3] de adviespraktijk van de Belgische Raad van State[4] en de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof.[5] Het EHRM gaat er immers vanuit dat er voldoende materiële en procedurele voorwaarden zijn om te verzekeren dat het euthanasieverzoek berust op de vrije, geïnformeerde en weloverwogen beslissing van de betrokkene zelf en om misbruiken tegen te gaan, ook wat verzoeken betreft die uitgaan van psychiatrische patiënten.

Het oordeel van het EHRM over de *in casu* uitgevoerde euthanasie is vanzelfsprekend dossiergebonden. Ook hierin ziet het EHRM, bij meerderheidsbeslissing, in dit specifieke geval geen probleem. Uit het feitenrelaas blijkt dat de betrokken artsen niet over één nacht ijs zijn gegaan vooraleer de euthanasie uit te voeren en dat zij gedurende dat uitklaringsproces de materiële en procedurele voorwaarden van de Euthanasiewet voor ogen hadden. De gevoerde strafrechtelijke onderzoeken konden evenmin onzorgvuldigheden of wetsovertredingen blootleggen.

2. Het oordeel van het EHRM dat er geen sprake is van een schending van art. 8 EVRM is voorts eerder logisch te noemen. Het EHRM verwijst in dit verband zelf naar het doorslaggevende belang van de wensen van de patiënt zelf en het beroepsgeheim van de betrokken artsen. Het EHRM sprak zich in eerdere zaken reeds uit over het belang van het respecteren van het medisch beroepsgeheim in het kader van art. 8 EVRM.[6] Ook in de rechtsleer werd reeds meermaals gewezen op de verwevenheid tussen het medisch

beroepsgeheim en art. 8 EVRM.[7] Evenzeer werd in de rechtsleer reeds meermaals het belang benadrukt van de wensen van de om euthanasie verzoekende patiënt om bepaalde personen wel of niet te informeren resp. te betrekken in het euthanasieproces.[8]

3. Dat het EHRM alsnog tot een schending van art. 2 EVRM besluit, behoeft enige toelichting, althans wat de voorziene controle achteraf door de Euthanasiecommissie betreft. Op het te lang duren van de gevoerde strafrechtelijke onderzoeken wordt niet verder ingegaan.

De (huidige) artt. 7 en 8 van de Belgische Euthanasiewet bepalen dat de Euthanasiecommissie zich voor de voorziene *a posteriori*-controle in principe slechts baseert op het tweede deel van het registratieformulier voor de euthanasie, te weten het anonieme gedeelte van dit registratieformulier. De anonimiteit kan wel worden opgeheven, maar dat vereist dan een beslissing van de commissie genomen met een gewone meerderheid van de stemmen.

Dat de controle door de Euthanasiecommissie in principe op basis van geanonimiseerde gegevens gebeurt, werd ingegeven door de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van zowel de patiënt als de uitvoerende arts en de andere betrokkenen. Hoewel uit de parlementaire stukken van de Euthanasiewet blijkt dat de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de patiënt (en de andere betrokkenen) de *a posteriori*-controle van een uitgevoerde euthanasie niet mag verhinderen, werd toch voorzien dat deze *a posteriori*-controle in principe op basis van geanonimiseerde gegevens gebeurt, met die toevoeging dus dat de anonimiteit desgevallend kan worden opgeheven.[9]

De opsplitsing van het registratiedocument in een anoniem gedeelte en een niet-anoniem gedeelte werd bij de totstandkoming van de Euthanasiewet niet door iedereen toegejuicht. Reeds in het begin gingen er immers stemmen op dat de *a posteriori*-controle op basis van geanonimiseerde gegevens ervoor zou zorgen dat de commissie niet de nodige controle zou kunnen uitvoeren.[10] Ook in de rechtsleer werd de kritiek geuit dat de commissie op basis van anonieme gegevens geen afdoende controle kan uitoefenen.[11] Niet enkel de anonimiteit, maar ook de inhoud van het anonieme gedeelte van het registratiedocument werd bovendien reeds bekritiseerd in de rechtsleer. Volgens E. Delbeke, bijvoorbeeld, is het registratiedocument te beknopt. Deze auteur wijst hierbij op het feit dat er geen informatie wordt opgenomen over de relatie tussen de arts-consulent, de uitvoerende arts en de patiënt, noch over de medische behandelingen die werden geprobeerd. Volgens E. Delbeke zou het registratiedocument moeten worden uitgebreid.[12] F. Bouhon en C. Seaux voegen hieraan toe dat de anonimiteit werd ingevoerd om de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de Euthanasiecommissie te waarborgen, maar tegelijk heeft de wetgever de verschoningsmogelijkheid voor de commissieleden bemoeilijkt, waardoor de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de commissie net in het gedrang kan komen.[13]

Uit het tiende tweejaarlijkse verslag van de Euthanasiecommissie met betrekking tot de jaren 2020-2021 blijkt dat er in 70% van de gevallen sprake was van de aanvaarding van een euthanasiedossier zonder meer. In 30% van de gevallen werd het anonieme gedeelte geopend voor bv. preciseringen over de procedure of de voorwaarden.[14]

Bij het onderzoek naar de verenigbaarheid van de Euthanasiewet met art. 2 EVRM had de Raad van State destijds ook oog voor de automatische controle *a posteriori* van een uitgevoerde euthanasie. Dit controlemechanisme vormde volgens de Raad van State een bijkomende waarborg om te verzekeren dat euthanasie alleen maar wordt toegepast in de gevallen zoals die in de wet worden omschreven.[15] De analyse van de Raad van State was op dit punt echter eerder beperkt. Over de anonimiteit werd geen uitspraak gedaan.

Zoals het EHRM daarentegen opmerkte, heeft de regeling zoals die momenteel is opgenomen in de Euthanasiewet tot gevolg dat het mogelijk is dat de arts die de euthanasie heeft uitgevoerd, of die anderszins betrokken was, zélf mee kan oordelen of deze euthanasie al dan niet conform de voorschriften van de Euthanasiewet werd uitgevoerd.

Artikel 8, vierde lid, Euthanasiewet bepaalt weliswaar dat wanneer er sprake is van een aantasting van de onafhankelijkheid of de onpartijdigheid van een van de leden van de commissie dit lid zich moet verschonen of kan worden gewraakt. Dit kan het geval zijn wanneer een van de commissieleden de uitvoerende arts was, een van de arts-consulenten of in een therapeutische relatie heeft gestaan tot de patiënt.[16]

Uit de lezing van dit wetsartikel volgt echter dat een lid van de Euthanasiecommissie zich wettelijk gezien enkel moet verschonen of kan worden gewraakt wanneer de anonimiteit wordt opgeheven en de commissieleden alsdan bepaalde vaststellingen doen qua betrokkenheid van het desbetreffende commissielid. Zonder de opheffing van deze anonimiteit bestaat er daarentegen geen (wettelijke) garantie dat het desbetreffende commissielid zich uit eigen beweging verschoont en dus niet zal deelnemen aan de besprekingen en/of de stemming over het betrokken euthanasiedossier.

Sommigen menen dan weer dat een commissielid zich ook zonder de opheffing van de anonimiteit moet verschonen wanneer hij een dossier herkent waarin hij is opgetreden.[17] Ook de Belgische regering wees het EHRM er op dat een arts die zijn betrokkenheid vaststelt in de praktijk steeds het stilzwijgen bewaart bij de behandeling van zijn dossier door de commissie.[18] Dit wordt bevestigd in art. 9 van het huishoudelijk reglement van de Euthanasiecommissie, waarin het volgende wordt bepaald:[19]

Wanneer een commissielid weet dat de onafhankelijkheid of de onpartijdigheid van zijn oordeel in het gedrang komt omdat hij in de

voorliggende euthanasie betrokken was, hetzij als uitvoerende arts, hetzij als adviesverlener, hetzij in eender welke hoedanigheid, neemt hij geen deel aan de eventuele beraadslaging en het debat over de genoemde euthanasie en verlaat hij alsdan de vergadering.

p style="margin-left:38px; margin-right:38px">Dit wordt vermeld in het verslag van de vergadering.'

Naar het oordeel van het EHRM volstaat dit evenwel niet om de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de leden van de commissie tijdens de *a posteriori*-controle voldoende te waarborgen en om aldus tot de verenigbaarheid van het opgezette controlesysteem met art. 2 EVRM te besluiten. Het EHRM hecht veel belang aan het bestaan van een deugdelijk of doeltreffend controlesysteem. Het mag niet aan de discretionaire bevoegdheid van de betrokken arts worden overgelaten om zich al dan niet te verschonen bij de beoordeling van zijn eigen handelen.

Het is echter eveneens belangrijk om op te merken dat het EHRM de in de Euthanasiewet voorziene *a posteriori*-controle voor het overige wel honoreert. Uitgezonderd de hierboven beschreven verschoningsproblematiek worden het principe van de controle achteraf en de werking van de commissie niet in twijfel getrokken door het EHRM en niet aangemerkt als een schending van art. 2 EVRM. Dit is een belangrijke vaststelling, aangezien er op de controle achteraf door de Euthanasiecommissie in het verleden om diverse redenen vaak kritiek werd geuit.[20]

4. Het geannoteerde arrest heeft duidelijk verstrekkende gevolgen voor de Belgische euthanasiepraktijk, meer bepaald voor de controle daarop en de werking van de Euthanasiecommissie. Een wetswijziging dringt zich dan ook op om tegemoet te komen aan de overwegingen en de kritiek van het EHRM.

In een persbericht van 14 oktober 2022[21] gaf de Euthanasiecommissie reeds aan dat zij kennis had genomen van het geannoteerde arrest en dat zij inziet dat een wetswijziging zich opdringt. Volgens de commissie kan er enkel aan het arrest worden tegemoetgekomen door de anonimiteit van het registratiedocument, op basis waarvan zij nagaat of de euthanasie is uitgevoerd overeenkomstig de voorwaarden en de procedure van de Euthanasiewet, op te heffen. Het registratiedocument dient volgens de commissie de identiteit van de betrokken artsen, namelijk de arts die de euthanasie heeft uitgevoerd en de arts of artsen die vooraf geraadpleegd werd of werden, te bevatten. De Euthanasiecommissie suggereert bijgevolg niet de opheffing van de anonimiteit wat de andere betrokken personen betreft.

Ook in de commentaren die reeds onder het hier geannoteerde arrest zijn verschenen, werd de opheffing van de anonimiteit als oplossing naar voren geschoven. G. Willems heeft het

dienaangaande over een gepaste oplossing.[22] S. Loos wijst erop dat de opheffing van de anonimiteit de enige reële optie is om tegemoet te komen aan de kritiek van het EHRM, en dit in de plaats van bv. het omwisselen van een controle *a posteriori* door een controle *a priori*. [23] M. De Hert e.a. wijzen er voorts op dat de anonimiteit initieel werd ingevoerd om de drempel om euthanasie te melden te verlagen. Onderzoek heeft evenwel aangetoond dat er desondanks een belangrijke onderrapportage bleef bestaan.[24] Tegelijk maken deze laatste auteurs melding van een risico op een grotere terughoudendheid bij artsen om euthanasiegevallen te melden.[25]

Met de opheffing van de anonimiteit als oplossing voor de gesignaleerde verschoningsproblematiek moet worden ingestemd. Enkel zo zal duidelijk blijken wanneer een commissielid betrokken was bij een specifiek euthanasiegeval als uitvoerende of adviserende arts en wordt het niet aan louter zijn oordeel overgelaten om zich desgevallend al dan niet te verschonen. De verschoningsregel van art. 8, vierde lid, Euthanasiewet moet daaraan worden aangepast. Het blijft uiteraard zo dat onder meer de leden van de Euthanasiecommissie aan het beroepsgeheim zijn onderworpen. Art. 12 Euthanasiewet bepaalt immers het volgende:

‘Eenieder die, in welke hoedanigheid ook, zijn medewerking verleent aan de toepassing van deze wet, is verplicht tot geheimhouding van de gegevens die hem in de uitoefening van zijn opdracht worden toevertrouwd en die hiermee verband houden. Artikel 458 van het Strafwetboek is op hem van toepassing.’

Volledigheidshalve kan hierbij worden opgemerkt dat de suggestie van het EHRM zelf om het aantal personen dat zetelt in de commissie te verhogen,[26] geen goede oplossing is. Onverminderd de moeilijkheden die nu al worden ervaren om voldoende personen te vinden die in de Euthanasiecommissie willen zetelen, valt niet in te zien waarom deze oplossing dan wel zou beletten dat commissieleden zetelen tijdens de behandeling van een dossier waarbij zij betrokken waren; ook zo zouden zij nog altijd kunnen deelnemen aan de beraadslagingen en stemmingen.[27]

5. Inmiddels werd op 22 november 2022 reeds een wetsvoorstel[28] ingediend ter reparatie van de huidige Euthanasiewet in het licht van het geannoteerde arrest. In dit wetsvoorstel wordt vooreerst herhaald dat het EHRM in het geannoteerde arrest de depenalisering van euthanasie wel degelijk aanvaardt, maar wel oordeelt dat er geen sprake is van een afdoende *a posteriori*-controle, en dat daarop alleen antwoord kan worden gegeven door een wetgevend initiatief. Hoewel het wetsvoorstel melding maakt van twee mogelijkheden – namelijk, enerzijds, de uitbreiding van het aantal leden van de Commissie en, anderzijds, het opheffen van de anonimiteit van het registratiedocument – verkiest het wetsvoorstel, net zoals de

Euthanasiecommissie zelf suggereerde in het hierboven vermelde persbericht van 14 oktober 2022, het opheffen van de anonimiteit. De wedersamenstelling van de commissie is immers nu reeds problematisch, zodat het opheffen van de anonimiteit de enige optie lijkt te zijn. Het wetsvoorstel behelst dan ook een wijziging van artt. 8, 9 en 12 Euthanasiewet, als gevolg waarvan de commissie een *a posteriori*-controle zal kunnen uitoefenen op basis van een niet-anoniem registratiedocument, zodat de gegevens van de patiënt, de uitvoerende arts, de adviserende arts(en), de geraadpleegde personen, de wettelijke vertegenwoordiger(s) van de minderjarige, de eventuele vertrouwenspersonen en de apotheker die het euthanaticum bezorgde, gekend zijn, alsook alle informatie die betrekking heeft op de gevolgde zorgvuldigheidsvoorwaarden en de gevolgde procedure. Het tweejaarlijkse verslag van de Euthanasiecommissie ten behoeve van de wetgevende kamers zal nog steeds uitsluitend geanonimiseerde informatie vermelden. De wetswijziging zal er ook voor zorgen dat een verwijzing naar de verplichtingen die voortvloeien uit de Algemene Verordening Gegevensbescherming in de Euthanasiewet wordt opgenomen. In art. 12 Euthanasiewet zou worden verduidelijkt dat de AVG moet worden nageleefd, waarvoor de persoonsgegevens kunnen worden gebruikt, wie de verwerkingsverantwoordelijke is en dat de in art. 7 Euthanasiewet bedoelde personen toestemming dienen te geven voor de verwerking van hun gegevens.

6. Ten slotte is onlangs gebleken dat de Euthanasiewet ook op een ander punt aanpassing behoeft. In een arrest van 20 oktober 2022 oordeelde het Grondwettelijk Hof namelijk dat de in de Euthanasiewet opgenomen sanctieregeling onevenredige gevolgen heeft en onvoldoende differentieert naargelang de wetsovertreding die voorligt betrekking heeft op een grondvoorwaarde dan wel een overige voorwaarde.[29] Het zal evenwel allicht eenvoudiger zijn om de verschoningsproblematiek volgend op het hier geannoteerde arrest op te lossen dan de sanctieregeling aan te pakken, hetgeen veel meer discussie, en dus tijd, zal vergen.

7. Het EHRM boog zich in het geannoteerde arrest voor de eerste keer over de vraag naar de verenigbaarheid van een euthanasieregeling en een concrete euthanasicasus met de verplichtingen van de lidstaten onder het EVRM. De Belgische Euthanasiewet en de concreet uitgevoerde euthanasie doorstaan de toets van het EHRM overeenkomstig art. 2 EVRM (recht op leven). Volgens het Hof ligt er evenmin een schending voor van art. 8 EVRM (recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven). Slechts op één punt ziet het EHRM wel een probleem, en wel in het licht van art. 2 EVRM, namelijk bij de controle *a posteriori* door de Euthanasiecommissie, die onvoldoende doeltreffend wordt geacht, omdat de mogelijkheid bestaat dat commissieleden die betrokken waren bij een euthanasicasus deelnemen aan de beraadslaging en/of stemming over de desbetreffende casus.[30] Een wetswijziging dringt zich aldus op om tegemoet te komen aan deze kritiek en werd al snel voorgesteld door de

Euthanasiecommissie zelf, namelijk het opheffen van de anonimiteit van het registratiedocument. Een wetsvoorstel in die zin werd ook al ingediend. Het ligt in de lijn van de verwachtingen dat deze reparatie relatief snel kan en zal worden doorgevoerd. De recente kritiek van het Grondwettelijk Hof over de sanctieregeling voor euthanasieovertredingen zal naar alle waarschijnlijkheid minder evident en snel op te lossen zijn.

C. Lemmens

Gastprofessor UAntwerpen – Antwerp Health Law and Ethics Chair (AHLEC)

Advocaat-partner Dewallens & partners

E. Vandeveld

Advocaat Dewallens & partners

[1] Zie bv. *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, ECLI:CE:ECHR:2002:0429JUD000234602; *Haas t. Zwitserland*, EHRM (GK), 20 januari 2011, nr. 31322/07, ECLI:CE:ECHR:2011:0120JUD003132207; *Lambert e.a. t. Frankrijk*, EHRM (GK), 5 juni 2015, nr. 46043/14, ECLI:CE:ECHR:2015:0605JUD004604314; *Gard e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 27 juni 2017, nr. 18339/19, ECLI:CE:ECHR:2017:0627DEC003979317; *Lings t. Denemarken*, EHRM 12 april 2022, nr. 15136/20, ECLI:CE:ECHR:2022:0412JUD001513620. Zie voor een overzicht van de rechtspraak van het EHRM: M. De Hert, S. Loos en K. Van Assche, 'De Belgische Euthanasiewet doorstaat de mensenrechtelijke toets, behalve voor de a posteriori-controle (Mortier tegen België (nr. 78017/17))', *TVGG*, 2023, doi.org/10.47671/TVG.79.23.006.

[2] Zie eerder bv. *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, reeds aangehaald, par. 41 ("The applicant has argued that a failure to acknowledge a right to die under the Convention would place those countries which do permit assisted suicide in breach of the Convention. It is not for the Court in this case to attempt to assess whether or not the state of law in any other country fails to protect the right to life").

[3] Zie bv. T. Vansweevelt, 'De Euthanasiewet: de ultieme bevestiging van het zelfbeschikkingsrecht of een gecontroleerde keuzevrijheid?', *T.Ge.*, 2002-03, p. 231-232; E. Delbeke, *Juridische aspecten van zorgverlening aan het levenseinde*, Antwerpen: Intersentia 2012, p. 91 e.v.; G. Genicot, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2016, p. 783-789.

[4] Adv. RvS van 20 juni 2001, *Parl.St.* Senaat 2000-01, nr. 2-244/21, p. 3-9. Zie hierover voorts:

M. Adams, 'De Raad van State, euthanasie en het E.V.R.M', *RW*, 2001-02, p. 1077-1079. Zie later ook nog (n.a.v. de wet van 15 maart 2020 tot wijziging van de wetgeving betreffende de euthanasie, *BS* 23 maart 2020): adv. RvS van 29 januari 2020, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 0523/011, p. 6-11.

[5] GwH 14 januari 2004, nr. 4/2004, *NJW* 2004, p. 270, noot E. Brems, *Juristenkrant*, 2004 (weergave M. Vandeveld), afl. 83, p. 15. Zie later ook nog: GwH 29 oktober 2015, nr. 153/2015, par. B.7. e.v., *T.Gez.*, 2016-17, p. 29, noot T. Goffin, *JLMB*, 2015, p. 1932, noot G. Genicot (n.a.v. de wet van 28 februari 2014 tot wijziging van de wet van 28 mei 2002 betreffende de euthanasie, teneinde euthanasie voor minderjarigen mogelijk te maken, *BS* 12 maart 2014); GwH 17 februari 2022, nr. 26/2022; par. B.11. e.v., *T.Gez.*, 2022-23, p. 23, noot E. Delbeke, *APT*, 2022, p. 281, noot S. Wattier, *Rev.trim.dr.fam.*, 2022, p. 575, noot M. Peters (n.a.v. de wet van 15 maart 2020 tot wijziging van de wetgeving betreffende de euthanasie, *BS* 23 maart 2020).

[6] Zie bv. *Z. t. Finland*, EHRM, 25 februari 1997, nr. 22009/93, ECLI:CE:ECHR:1997:0225JUD002200993; *M.S. t. Zweden*, EHRM, 27 augustus 1997, nr. 20837/92, ECLI:CE:ECHR:1997:0827JUD002083792.

[7] Zie bv. T. Vansweevelt en N. Broeckx, 'Privacy, persoonsgegevens en beroepsgeheim', in: T. Vansweevelt en F. Dewallens (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht*, II, Antwerpen: Intersentia 2022, p. 647-650; F. Blockx, 'Het medisch beroepsgeheim en het opsporen van misdrijven', (noot onder Corr. Ieper 16 februari 2004 en KI Antwerpen 6 maart 2003), *T.Gez.*, 2004-05, p. 314-315.

[8] Zie bv. T. Vansweevelt, 'De Euthanasiewet: de ultieme bevestiging van het zelfbeschikkingsrecht of een gecontroleerde keuzevrijheid?', *T.Gez.*, 2002-2003, p. 250 en p. 261; E. Delbeke, *Juridische aspecten van zorgverlening aan het levenseinde*, Antwerpen: Intersentia 2012, p. 202; M. Adams en H. Nys, 'Euthanasie in de lage landen. Vergelijkende beschouwingen bij de Belgische Euthanasiewet', *TPR*, 2003, p. 37; Y. H. Leleu en G. Genicot, 'L'euthanasie en Belgique et aux Pays-Bas', *Rev.trim. dr.h.*, 2004, p. 34; W. Dijkhoffz, Christelijke Mutualiteiten en Socialistische Mutualiteiten, *Je rechten als patiënt*, Berchem, EPO, 2008, p. 137. Zie ook: verslag T. Giet, A. Van De Casteele, A. Barzin en J. Schauvlieghe van 23 april 2002, *Parl.St.* Kamer 2001-2002, nr. 1488/009, p. 258. Zie in dezelfde zin, weliswaar met benadrukking van het belang van contact en overleg met familieleden: M. De Hert, S. Loos en K. Van Assche, 'De Belgische Euthanasiewet doorstaat de mensenrechtelijke toets, behalve voor de a posteriori-controle (Mortier tegen België (nr. 78017/17))', *TVGG*, 2023, doi.org/10.47671/TVG.79.23.006 .

[9] Zie verslag Laloy en Van Riet van 9 juli 2001, *Parl.St.* Senaat 2000-01, nr. 2-244/22, p. 1154

en p. 1235; verslag T. Giet, A. Van De Casteele, A. Barzin en J. Schauvlieghe van 23 april 2002, *Parl.St.* Kamer 2001-2002, nr. 1488/009, p. 102.

[10] Verslag Laloy en Van Riet van 9 juli 2001, *Parl.St.* Senaat 2000-01, nr. 2-244/22, p. 1152-1153, p. 1238-1239, p. 1253, p. 1267 en p. 1275; verslag T. Giet, A. Van De Casteele, A. Barzin en J. Schauvlieghe van 23 april 2002, *Parl.St.* Kamer 2001-2002, nr. 1488/009, p. 282 en p. 285.

[11] K. Raus, B. Vanderhaegen en S. Sterckx, 'Euthanasia in Belgium: Shortcomings of the Law and Its Application and of the Monitoring of Practice', *J.Med.Philos.*, 2021, 46: p. 96.

[12] E. Delbeke, 'Euthanasie', in: T. Vansweevelt en F. Dewallens (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2022, p. 1507.

[13] F. Bouhon en C. Seaux, 'Euthanasie: un regard globalement favorable de la Cour européenne des droits de l'homme', (noot onder EHRM 4 oktober 2022), *JLMB*, 2023, p. 202-203.

[14] <https://overlegorganen.gezondheid.belgie.be/nl/advies-en-overlegorgaan/commissies/federale-controle-en-evaluatiecommissie-euthanasie>.

[15] Adv. RvS van 20 juni 2001, *Parl.St.* Senaat 2000-01, nr. 2-244/21, p. 9.

[16] T. Balthazar, 'Rapportering en controle na euthanasie', in: *De Euthanasiewet doorgelicht*, Mechelen: Kluwer 2003, p. 180.

[17] A. Dierickx, 'Als sterven "leven" is ... is helpen sterven dan "doden"? Een commentaar bij de wet van 28 mei 2002 betreffende de euthanasie', *T.Strafr.*, – Dossier 2003, afl. 2, p. 36; E. Delbeke, *Juridische aspecten van zorgverlening aan het levenseinde*, Antwerpen: Intersentia 2012, p. 250.

[18] *Mortier t. België*, EHRM, 4 oktober 2022, nr. 78017/17, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD007801717, par. 173 ("Le Gouvernement réplique que l'examen se fait en toute impartialité sur la base du deuxième volet du document d'enregistrement, lequel ne peut comporter de noms. Il précise par ailleurs que, si le document d'enregistrement d'euthanasie est rempli par un médecin présent, celui-ci ne prendra jamais part à la discussion et ne l'influencera en aucune manière. Tout en respectant les règles déontologiques et les principes éthiques, il restera silencieux lorsqu'il remarque que la Commission examine un dossier qui le concerne de près ou de loin").

[19] <https://overlegorganen.gezondheid.belgie.be/nl/documenten/huishoudelijk-reglement-en-werkwijze-van-de-federale-controle-en-evaluatiecommissie-voor>.

[20] Bv. K. Raus, B. Vanderhaegen en S. Sterckx, 'Euthanasia in Belgium: Shortcomings of the Law and Its Application and of the Monitoring of Practice', *J.Med.Philos*, 2021, 46: p. 80-107; K. Raus, S. Sterckx en B. Vanderhaegen, 'De werking van de Belgische euthanasiewet: de rol van de federale commissie en de positie van de adviserende artsen', in V. Van Den Eynde (ed.), *Euthanasierecht in België. De wet in verandering (?)*, Gent, Story Publishers, 2021, p. 191-204; M. De Hert, S. Loos, S. Sterckx, E. Thys en K. Van Assche, 'Improving control over euthanasia of persons with psychiatric illness: lessons from the first Belgian criminal court case concerning euthanasia', *Front Psychiatry*, 2022, 13: p. 933748.

[21] <https://overlegorganen.gezondheid.belgie.be/nl/documenten/14102022-persbericht-reactie-van-de-fcee-op-het-arrest-van-het-ehrm-mortier-c-belgie>.

[22] G. Willems, 'Mortier c. Belgique : la Cour de Strasbourg valide (presque entièrement) le régime belge de l'euthanasie, mais rappelle que la Convention ne garantit pas le droit au suicide assisté', (noot onder EHRM 4 oktober 2022), *Rev.trim.dr.fam.*, 2023, p. 781.

[23] S. Loos, 'De Belgische Euthanasiewet en het recht op leven: voldoende waarborgen, behalve bij de controle achteraf', *Tijd voor Mensenrechten*, 3 november 2022, <https://tijd.mensenrechten.be/2022/11/03/de-belgische-euthanasiewet-en-het-recht-op-leven-voldoende-waarborgen-behalve-bij-de-controle-achteraf/>. Zie nochtans *Mortier t. België*, reeds aangehaald, par. 3, *Separate Opinion of Sir Elósegui* voor wat psychiatrische patiënten betreft.

[24] M. De Hert, S. Loos en K. Van Assche, 'De Belgische Euthanasiewet doorstaat de mensenrechtelijke toets, behalve voor de a posteriori-controle (Mortier tegen België (nr. 78017/17))', *TVGG*, 2023, doi.org/10.47671/TVG.79.23.006. Zie bv. T. Smets, J. Bilsen, J. Cohen, M.L. Rurup, F. Mortier en L. Deliens, 'Reporting of euthanasia in medical practice in Flanders, Belgium: cross-sectional analysis of reported and unreported cases', *BMJ*, 2010, p. 341: c5174; J. Cohen, S. Dierickx, Y.W.H. Penders, L. Deliens en K. Chambaere, 'How accurately is euthanasia reported on death certificates in a country with legal euthanasia: a population-based study', *Eur.J.Epidemiol.*, 2018, 33: p. 689-693.

[25] S. Loos, 'De Belgische Euthanasiewet en het recht op leven: voldoende waarborgen, behalve bij de controle achteraf', *Tijd voor Mensenrechten*, 3 november 2022, <https://tijd.mensenrechten.be/2022/11/03/de-belgische-euthanasiewet-en-het-recht-op-leven-voldoende-waarborgen-behalve-bij-de-controle-achteraf/>. Zie ook: M. De Hert, S. Loos en K. Van Assche, 'De Belgische Euthanasiewet doorstaat de mensenrechtelijke toets, behalve voor de a posteriori-controle (Mortier tegen België (nr. 78017/17))', *TVGG*, 2023, doi.org/10.47671/TVG.79.23.006 (de impact op de meldingsbereidheid van artsen bij niet-

anonieme melding moet worden onderzocht).

[26] *Mortier t. België*, reeds aangehaald, par. 177 (“*Tout en étant consciente de l’autonomie dont jouissent les États en la matière, la Cour estime qu’un tel écueil pouvait être évité, et la confidentialité sauvegardée, par exemple si la Commission était composée d’un nombre de membres plus important que le nombre de ceux qui siègent pour l’examen de chaque affaire. Cela permettrait d’assurer qu’un membre de la Commission qui a pratiqué une euthanasie ne puisse pas siéger lorsque la Commission contrôle l’euthanasie en question*”).

[27] Zie ook: wetsvoorstel van 22 november 2022 tot wijziging van de wet van 28 mei 2002 betreffende euthanasie voor wat de opheffing van de anonimiteit van het registratiedocument betreft teneinde de onafhankelijkheid van de Federale Controle- en Evaluatiecommissie Euthanasie te waarborgen, *Parl.St. Kamer 2022-23*, nr. 3020/001, p. 5.

[28] Wetsvoorstel van 22 november 2022 tot wijziging van de wet van 28 mei 2002 betreffende euthanasie voor wat de opheffing van de anonimiteit van het registratiedocument betreft teneinde de onafhankelijkheid van de Federale Controle- en Evaluatiecommissie Euthanasie te waarborgen, *Parl.St. Kamer 2022-23*, nr. 3020/001.

[29] GwH 20 oktober 2022, nr. 134/2022, *T.Gez.*, 2022-23, p. 350, noot E. Delbeke, *Rev.trim.dr.fam.*, 2022, p. 591, noot M. Peters.

[30] Onverminderd de te lange duurtijd van het gevoerde strafrechtelijke onderzoek, hetgeen ook als een schending van art. 2 EVRM werd aangemerkt.

ANNOTATIE

McCann & Healy t. Portugal (EHRM, 59175/17) – True crime berichtgeving: double-edged sword: berichtgeving bij waargebeurde strafbare feiten***D.A.G. van Toor***

1. *True crime* podcasts en documentaires fascineren miljoenen mensen. Zo blijkt uit een *poll* van een nieuwszender uit Wisconsin dat de helft van alle Amerikanen wel eens *true crime* consumeert.[1] De podcast waarmee het allemaal begon, *Serial*, is een *whopping* 211 miljoen keer gedownload[2] en de documentaire *Making a Murderer* voerde in 2018 de *bingewatch* -hitlijst aan.[3] De fascinatie onder het grote publiek voor *true crime* is begrijpelijk: de feiten zijn aangrijpend en spraakmakend, en worden vaak als een puzzel gepresenteerd. Het gaat bijna altijd om onopgeloste zaken (zoals de onderhavige zaak), zaken die lang onopgelost bleven (zoals de moord op Marianne Vaatstra, waarover een documentaire op *HBO Max* is te zien) of zaken waarover nog steeds twijfel bestaat over de juistheid van het rechterlijk oordeel (zoals de eerdergenoemde podcast (*Serial*) en documentaire (*Making a Murderer*)). Maar die fascinatie is niet zonder keerzijde en wordt zeker niet door iedereen gedeeld. Zanger Rupert Blackman deelde onlangs (op 18 juli 2023) een aangrijpend verhaal over de moord op zijn zus, en de pogingen van *Netflix* om medewerking van de familie te verkrijgen aan een documentaire daarover. De familie heeft echter alle medewerking geweigerd en wil niet opnieuw worden geconfronteerd met emotionele, zo niet traumatische, gebeurtenissen.

2. De onderhavige situatie is mogelijk nog aangrijpend (al besef ik mij terdege dat het classificeren van leed geen enkel recht doet aan de situatie): het gaat om de vermissing van Madeleine McCann. Een nog steeds onopgeloste verdwijning[4] van een driejarig meisje vanuit een vakantieadres in Portugal. Het nieuws heeft de internationale media gedomineerd en nog regelmatig duiken nieuwsberichten op. Zo beweerde een Poolse vrouw dat zij Madeleine is[5] en loopt in Duitsland een opsporingsonderzoek naar een Duitse zedendelinquent die tijdens de verdwijning van Madeleine in Portugal leefde. Over die twee gebeurtenissen gaat de onderhavige zaak echter niet.

3. Klagers in de onderhavige zaak zijn de ouders van Madeleine, die zelf verdachten zijn

geweest in de verdwijningszaak. In het onderhavige arrest gaat het over de afwijzing van een klacht van de ouders tegen de schrijver van een boek (destijds de hoofdinspecteur die het opsporingsonderzoek leidde) over de zaak. In het boek wordt de verdenking tegen de ouders centraal gesteld, terwijl in rechte vast is komen te staan dat geen bewijs voorhanden is dat de ouders betrokken zijn bij de verdwijning van hun dochter. In Portugal proberen de ouders van Madeleine een verkoopverbod van het boek en de DVD met de documentaire opgelegd te krijgen alsmede een verbod op allerlei mogelijke reproducties en andere openbaarmakingen door de auteur (en de uitgeverij). Nadat het Lissabons gerechtshof het eerder door de rechtbank opgelegde verbod vernietigt, vinden de ouders geen gehoor bij het Portugese Hooggerechtshof. Belangrijke argumenten om de vrijheid van meningsuiting van de schrijver c.q. hoofdinspecteur zwaarder te laten wegen, liggen in het feit dat (i) de publicatie een algemeen belang dient, omdat de zaak zoveel media-aandacht heeft gekregen; (ii) dat de ouders hiertoe een doorslaggevende rol hebben gespeeld door constant de media op te zoeken; en (iii) dat geen vertrouwelijke informatie is geopenbaard (par. 76). De ouders dienen in Straatsburg, ondanks dat deze argumentatie in lijn is met de elementen uit de rechtspraak over de balans tussen artikel 8 EVRM en artikel 10 EVRM en dat nationale oordelen hierover in Straatsburg terughoudend worden getoetst, een klacht over schending van artikel 8 EVRM in.

4. De zaak is schrijnend, doordat de hoofdinspecteur (zowel in schrift als in de documentaire) zich niet terughoudend opstelt om “openheid” van zaken te geven over een nog lopend onderzoek en daarbij ondubbelzinnige beschuldigingen uit naar ex-verdachten (die al lang niet meer op de radar van justitie staan). Desondanks maakt ook de hoofdinspecteur aanspraak om zijn mening tot een bepaalde grens in vrijheid te uiten. De onderhavige zaak gaat over de vraag of die grens is gelegen in onjuiste beschuldigingen: *in casu* is namelijk in een sepot expliciet overwogen dat geen bewijs is gevonden dat de ouders de dader zijn.

5. Zoals al kort aangestipt, moeten volgens vaste rechtspraak het recht op respect voor privacy en het recht op vrijheid van meningsuiting in zaken als de onderhavige worden beoordeeld op de volgende punten: (i) draagt de publicatie van de informatie bij aan een debat met algemeen belang; (ii) de publieke status van degene(n) waarover wordt gepubliceerd; (iii) het onderwerp van de publicatie; (iv) het eerdere gedrag van de personen waarover wordt gepubliceerd; (v) de oorsprong en het waarheidsgehalte van de informatie; (vi) en de inhoud, vorm en gevolgen van de publicatie (par. 81). Vanuit Straatsburg wordt terughoudend getoetst als in de nationale procedure deze belangen zijn gewogen (par. 81). In die zin is het vreemd dat het EHRM alle elementen zelf expliciet invult om een afweging te maken (par. 83-101), terwijl deze elementen ook terugkomen in de nationale uitspraken en in het standpunt dat de Portugese regering inneemt. Het EHRM had zich derhalve veel moeite kunnen sparen.

6. Hoe dan ook, een punt is voor toekomstige publicaties over *true crime* van bijzondere interesse: de (waarheidsgetrouwheid van de) inhoud van de publicatie. Dat heeft in het onderhavige geval te maken met het feit dat de ouders verdachten af zijn, terwijl in de betreffende publicatie de verdachtmaking tegen hen centraal staat. Wat betreft de andere elementen is het namelijk evident dat door de publicatie een algemeen belang wordt gediend en dat de ouders, gezien het feit dat zij lopende het onderzoek (begrijpelijkerwijze) zelf alle mogelijkheden hebben benut om belangstelling voor de verdwijning te genereren (par. 88), een publieke rol in deze zaak spelen. Verder is publiekelijk beschikbare informatie gebruikt door de auteur en heeft hij zijn positie als opsporingsambtenaar niet misbruikt of zijn geheimhoudingsplicht niet geschonden (par. 90, 98-99).

7. Terug naar de inhoud: de zaak tegen de ouders wordt op 21 juli 2008 geseponneerd, omdat geen enkel bewijs voorligt dat de ouders betrokken zijn bij de verdwijning van (of een ander strafbaar feit tegen) hun dochter (par. 16). De hoofdinspecteur *c.q.* de auteur publiceert op 24 juli 2008 – dus drie dagen na de sepotbeslissing – een boek over het onderzoek. Hierin behandelt hij het onderzoek tot het moment dat hij van de zaak werd gehaald (op 2 oktober 2007 – dus ruim voor de sepotbeslissing –), vanwege ontoelaatbare uitingen in media over de zaak. Hij is in het laatste driekwart jaar dus niet betrokken bij het onderzoek. In april 2009 wordt het boek verfilmd en op DVD uitgebracht. In beide publicaties wordt de volgende conclusie door de hoofdinspecteur *c.q.* de auteur verdedigd: Madeleine is omgekomen in de hotelkamer, want daar zijn bloedsporen door honden aangetroffen, en de ouders hebben de ontvoering als dwaalspoor in de wereld geholpen, omdat zij (hoogst)waarschijnlijk betrokken zijn bij de dood van hun dochter.

8. Het EHRM stelt, enigszins verrassend, vast dat hiervoor voldoende feitelijke basis aanwezig is (par. 93), ondanks dat niet is vastgesteld dat het bloed afkomstig is van Madeleine of een van haar ouders en er geen enkel ander bewijs is vergaard dat de hypothese ondersteunt dat de ouders de daders zijn of dat Madeleine inderdaad op de hotelkamer is overleden. (Overigens is ook geen bewijs gevonden dat de ouders volledig uitsluit als daders.) Dat *voldoende* feitelijke basis aanwezig is om in dit geval personen als mogelijke daders aan te wijzen, gaat ver. Anders dan in de door Vrancken geannoteerde zaak *Petro Carbo Chem S.E. t. Roemenië* – waarin bepaalde feiten niet werden betwist en er uiteindelijk ook een veroordeling volgde – [6] is de informatie in deze zaak flinterdun voor (de Nederlandse maatstaf van) een redelijk vermoeden van schuld. Dat bloed is gevonden in de hotelkamer kan een belangrijke aanwijzing zijn dat aldaar een strafbaar feit is gepleegd, maar die vondst heeft geen betekenis voor de onderhavige zaak als niet kan worden vastgesteld dat het bloed van het slachtoffer of de verdachten afkomstig is. Andere informatie, anders dan de inconsistente verklaringen van de ouders en andere getuigen, is mij onbekend (terwijl ik de DVD heb

bekeken en bekend ben met de zaak) en worden in het arrest ook niet genoemd.

9. Zeker jaren na dato kan (met *hindsight bias*) worden vastgesteld dat voor de geuite beschuldiging absoluut geen feitelijke basis bestaat en dat, als al wordt aangenomen dat een niet aan een relevant persoon toe te schrijven bloedspoor voldoende zou zijn, destijds het bewijs de beschuldiging ook niet kon dragen. De beslissing van het Hof is dan ook ontoereikend en onbegrijpelijk gemotiveerd. Het is onbegrijpelijk dat het EHRM *voldoende* feitelijke basis aanwezig acht voor een verdachtmaking, terwijl geen enkel stuk informatie richting de ouders als verdachten *c.q.* daders wijst en het zelfs niet uit te sluiten is dat Madeleine nog leeft. Mijns inziens had het EHRM er beter aangedaan om de juistheid van de informatie – voor zover die kan worden vastgesteld – voorop te stellen. Bij uitingen waarvan met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld dat die *onjuist* zijn, dient dan te worden geoordeeld dat onvoldoende feitelijke basis aanwezig is.

10. Verder is het Hof nogal formalistisch als hij oordeelt dat niet de publicatie van het boek en het uitbrengen van de DVD reputatieschade bewerkstelligen, maar de initiële bekendmaking van de verdenking die “simpelweg” in de publicaties wordt herhaald (par. 93). Herhaling van dat gegeven, ondanks dat inmiddels en *voordat* het boek is verschenen sprake is van een sepot, zorgt klaarblijkelijk niet voor hernieuwde schade. Betekent dit dat al geopenbaarde onjuiste beschuldigingen onverkort kunnen worden overgenomen? Dat lijkt me een onwenselijke situatie.

11. Een veroordeling van de auteur zou, ten slotte, een *chilling effect* op de meningsuitingsvrijheid hebben, aldus het Hof (par. 100). Dat zou kunnen, en publiceren over onopgeloste misdaden kan een belangrijke bijdrage leveren aan de oplossing. Lichtzinnige veroordelingen van publicisten moeten dan ook worden vermeden. Maar dat geldt ook voor lichtzinnige beschuldigingen, die een stigmatiserend effect kunnen hebben. In deze zaak is het niet eens zo dat bepaalde informatie aanleiding geeft om de ouders van Madeleine als verdachten te bestempelen, laat staan dat er voldoende feitelijke basis bestaat voor een verdergaande aantijging. Op de manier zoals de nationale rechters in Portugal, en in navolging het EHRM, de voldoende feitelijke basis operationaliseren, vindt heel weinig bescherming plaats tegen lichtzinnige en onterechte beschuldigingen. Dat verdient, zeker in het licht van de populariteit van *true crime*, geen navolging.

Dave van Toor

Universitair docent, Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen, Universiteit Utrecht

[1] <https://www.wuwm.com/2023-01-20/the-double-edged-sword-of-true-crime-stories-popularity-a-uwm-professor-explains>, laatst geraadpleegd op 24 juli 2023.

[2] En die hoogstwaarschijnlijk een bijdrage heeft geleverd aan de vrijlating van de veroordeelde, <https://www.nytimes.com/article/adnan-syed-serial-timeline-serial.html>, laatst geraadpleegd op 8 augustus 2023.

[3] <https://www.derby.ac.uk/magazine/issue-11/why-are-we-so-obsessed-with-true-crime/>, laatst geraadpleegd op 24 juli 2023.

Zie voor <https://www.theringer.com/tv/2021/7/9/22567381/true-crime-documentaries-boom-bubble-netflix-hbo>, voor meer recente kijkcijfers van *true crime* documentaires.

[4] De zaak tegen de opgepakte Duitse verdachte ligt momenteel stil omdat de rechtbank Braunschweig zichzelf niet bevoegd acht.
https://www.ndr.de/nachrichten/niedersachsen/braunschweig_harz_goettingen/Prozess-gegen-Verdaechtigen-im-Fall-Maddie-vorerst-geplatzt,maddie300.html, laatst geraadpleegd op 24 juli 2023.

[5] <https://www.ad.nl/buitenland/poolse-vrouw-is-niet-madeleine-mccann-het-was-altijd-haar-grote-droom-om-beroemd-te-worden~a84a74ac/?referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F>, laatst geraadpleegd op 8 augustus 2023.

[6] *Petro Carbo Chem S.E. t. Roemenië*, EHRM 16 oktober 2020, nr. 21768/12, ECLI:CE:ECHR:2020:0630JUD002352412, *EHRC Updates* juni 2020, m.nt. Vrancken.

ANNOTATIE

HYA e.a. (HvJ EU, C-349/21) – Het gebruiken van modelteksten in rechterlijke machtigingsbeschikkingen tijdens de opsporingsfase***D.A.G. van Toor***

1. De beklaagden in de onderhavige zaak zijn drie medewerkers van de grenspolitie, werkzaam op de luchthaven van Sofia, en twee andere personen. Zij zijn aangehouden en worden vervolgd voor het plegen van (wat naar Nederlands recht) mensenhandel (wordt genoemd). Tezamen zouden deze vijf personen een criminele organisatie vormen die ten doel had derdelanders het grondgebied van Bulgarije binnen te smokkelen. Het bewijs daarvoor bestaat eigenlijk uit twee categorieën bewijsmiddelen: (i) uitingen van de verdachten, doordat hun telefoongesprekken zijn afgeluisterd; en (ii) getuigenverklaringen *à charge* van de derdelanders *c.q.* slachtoffers^[1]. In het onderhavige arrest staat de rechtmatigheid van de telefoontap centraal. De verwijzende rechter stelt daarover een afgebakende prejudiciële vraag: als de rechter in de machtigingsbeschikking voor de telefoontap een vooraf opgestelde standaardtekst gebruikt, is dat dan in overeenstemming met Richtlijn 2002/58 (Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie)?

2. Om de situatie preciezer te schetsen, volgt hierna een beschrijving van de feitelijke gang van zaken: *in casu* zijn zeven verzoeken ingediend om telecommunicatie te tappen. Deze verzoeken zijn door het openbaar ministerie ‘tot in detail, en met redenen omkleed beschreven’ (par. 23). Het openbaar ministerie heeft in het verzoekschrift onder meer uitgebreid aandacht besteed aan het tot dusver verzamelde bewijsmateriaal en de noodzakelijkheid om telecommunicatie te tappen. Deze verzoeken zijn op dezelfde dag door de rechter gehonoreerd en in de machtigingsbeschikking is enkel een vooraf opgestelde tekst aanwezig zonder enige verwijzing naar de feiten zoals die door het openbaar ministerie in het verzoekschrift zijn opgenomen of toepassing van juridische criteria. De machtigingsbeschikking bevat alleen dat ‘de hierin vermelde wettelijke bepalingen zijn nageleefd’ (par. 26), zelfs zonder vermelding van de verzoekende autoriteit of de identiteit van de af te luisteren verdachte(n). De verwijzende rechter twijfelt over de rechtmatigheid van deze gang van zaken. Artikel 15 Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie

bepaalt namelijk dat lidstaten een inbreuk kunnen maken op de bescherming van de privacy 'indien dat in een democratische samenleving noodzakelijk, redelijk en proportioneel is'. Als de machtigingsbeschikking niet op deze aspecten – de noodzakelijkheid, de redelijkheid en de proportionaliteit – ingaat, dan kan de verwijzende rechter de rechtmatigheid niet of nauwelijks controleren.

3. Het gebruik van standaardteksten in machtigingen is ons strafprocesrecht niet vreemd. Vooral in het kader van de voorlopige hechtenisbeslissingen zijn kruisjesformulieren – waarin rechters slechts hoeven aan te vinken welke gevallen en gronden van toepassing zijn, zonder dat die selectie nader wordt gemotiveerd – schering en inslag. Die praktijk leidde al regelmatig tot (succesvolle) klachten in Straatsburg.[2] In deze annotatie wordt deze rechtspraak over de motiveringsvereisten van beslissingen in de opsporingsfase onder artikel 5 EVRM en onder Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie met elkaar vergeleken (rn. 5). Daarnaast geeft het onderhavige arrest ook aanleiding twee andere vergelijkingen te maken. In de Straatsburgse jurisprudentie komt de Bulgaarse wetgeving over het opnemen van telecommunicatie bepaald niet goed voor de dag,[3] maar in die jurisprudentie vindt een meer algemene toetsing van de wettelijke regeling in het licht van artikel 8 EVRM plaats. Het onderhavige arrest wordt daarmee vergeleken in randnummers 6-8. Ten slotte wordt aandacht besteed (rn. 9-10) aan de jurisprudentie over de motivering van machtigingsbeschikkingen wanneer een inbreuk wordt gemaakt op artikel 8 EVRM. De verwijzende rechter haalt namelijk het arrest *Dragojević t. Kroatië* aan in zijn verwijzingsbeslissing, en dat is een zaak waarin ook de motivering van een machtigingsbeschikking centraal staat.

4. Maar eerst meer over de onderhavige rechtsvraag. Uit artikel 15 Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie *juncto* artikel 47 Hv blijkt dat inbreuken op de vertrouwelijkheid van elektronische communicatie met redenen moeten worden omkleed. Het Hof maakt duidelijk dat de motivering van machtigingsbeschikkingen van essentieel belang is, opdat de zittingsrechter en betrokkenen de rechtmatigheid van machtigingen kunnen controleren (par. 60). Dat betekent echter niet dat die motivering ook daadwerkelijk door de rechter in zijn machtigingsbeschikking moet worden opgenomen. Op basis van de Bulgaarse systematiek oordeelt het Hof namelijk dat de rechter, wanneer hij een modeltekst ondertekent, de motivering van het verzoek bekrachtigt. Als vervolgens, door kruislingse lezing van het verzoek en de machtigingsbeschikking, de motivering waarop de beslissing rust duidelijk wordt, dan zijn volgens het Hof de motiveringsvereisten volgend uit de Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie en artikel 47 Hv geëerbiedigd. Dit betekent natuurlijk wel dat naast de machtigingsbeschikking ook het verzoekschrift aan de zittingsrechter en betrokkene moet worden verstrekt. Anders is een kruislingse lezing onmogelijk.

5. In de rechtspraak over voorlopige hechtenisbeslissingen vereist het EHRM wel dat de rechter de beslissing in het bijzonder motiveert.[4] Daarbij moet de rechter in zijn motivering ingaan op specifieke feiten van de zaak en de persoonlijke omstandigheden van de verdachte die de beslissing moeten dragen.[5] Dat die motivering (mogelijk) elders is opgetekend, zoals in het proces-verbaal van de raadkamerzitting, is volgens het EHRM onvoldoende.[6] Daaruit volgt namelijk alleen welke argumenten door partijen naar voren zijn gebracht, maar niet welke afweging de rechter maakt. Hieruit blijkt al duidelijk een verschil tussen de onderhavige zaak en het Nederlandse kruisjesformulier inzake voorlopige hechtenis. De machtigingsbeschikking om een heimelijke opsporingsbeslissing in te mogen zetten, wordt *nooit* op een raadkamerzitting bediscussieerd. Dat betekent dat in een situatie zoals de onderhavige de rechter de argumenten van de verzoekende partij niet hoeft te wegen in het licht van door anderen naar voren gebrachte argumenten, maar hij moet alleen toetsen of de argumenten die de verzoekende partij aandraagt de machtiging kunnen dragen. Verder is de beperking die de verdachte moet ondervinden wanneer hij van zijn vrijheid wordt beroofd ingrijpender dan wanneer een inbreuk wordt gemaakt op zijn privéleven. Dus ook hiërarchisch is het begrijpelijk dat aan beslissingen om inbreuken op artikel 5 EVRM te rechtvaardigen hogere eisen worden gesteld.

6. Dat laat echter onverlet dat lidstaten naar goeddunken hun gang kunnen gaan bij het (machten van het) opnemen van elektronische telecommunicatie. De ontwikkeling van deze opsporingsbevoegdheid in Bulgarije in de laatste 25 jaar kan daarvoor als voorbeeld dienen. De Bulgaarse *prosecutor-general* verzocht in 1998 de destijds geldende regels met betrekking tot het heimelijke surveillancemethoden, waaronder het tappen van telefoons, namelijk ongrondwettig te laten verklaren.[7] Centraal in zijn argumentatie stond (i) de afwezigheid van *externe rechterlijke controle voorafgaand* aan de toepassing van de bevoegdheden (*AEIHR e.a.*, reeds aangehaald, par. 31); (ii) de mogelijke beëindiging of verlenging van de inzet van de bevoegdheid op bevel van de Minister van Binnenlandse Zaken (*AEIHR e.a.*, reeds aangehaald, par. 32-33) en; (iii) de algemene controle over de toepassing van de bevoegdheden door de Minister van Binnenlandse Zaken (*AEIHR e.a.*, reeds aangehaald, par. 34). Het Constitutionele Hof van Bulgarije vond de afwezigheid van rechterlijke controle niet in strijd met het recht op respect voor privéleven en de rol van de Minister van Binnenlandse Zaken geen schending van de in Bulgarije grondwettelijk verankerde scheiding der machten (*AEIHR e.a.*, reeds aangehaald, par. 31-34).

7. In de jaren na deze nationale procedure klaagden in Europees verband verschillende burgers over het geheimhouden van informatie over de toepassing van de heimelijke methoden (*AEIHR e.a.*, reeds aangehaald, par. 48-50). Juist dat geeft in het licht van de onderhavige casus te denken: ook in deze zaak blijkt uit de rechterlijke beslissing niet op

welke gronden die rust (en het arrest en de verwijzingsbeslissing geven overigens ook niet expliciet aan dat het gemotiveerde verzoek aan het dossier is toegevoegd). Het EHRM oordeelde op de klacht van *AEIHR e.a.* dat de kwaliteit van de Bulgaarse wet met betrekking tot heimelijke surveillance methoden tekortschoot. Een belangrijk kritiekpunt van het EHRM is dat onafhankelijke externe controle ontbrak tijdens de toepassing van de bevoegdheid en voorafgaand aan vernietiging van het verkregen materiaal, omdat de controle plaatsvond door of onder het gezag van de Minister van Binnenlandse Zaken (*AEIHR e.a.*, reeds aangehaald, par. 85-89). Externe controle werd daarnaast bemoeilijkt omdat personen zelden een bericht krijgen ooit het object van een heimelijke surveillance methode te zijn geweest (*AEIHR e.a.*, reeds aangehaald, par. 91).[8] Door de afwezigheid van onafhankelijke externe controle is de kans op misbruik hoog. Feitelijk misbruik van de bevoegdheid leidt het EHRM af uit het feit dat meer dan 10.000 bevelschriften tot toepassing van een heimelijke methode zijn uitgevoerd binnen 24 maanden op een populatie van onder de acht miljoen inwoners, terwijl het uiteindelijk slechts in minder dan 300 zaken tot een vervolging kwam (*AEIHR e.a.*, reeds aangehaald, par. 92).

In 2008 zijn de nodige aanpassingen in de Bulgaarse wet doorgevoerd, en is bij een wet een extern onafhankelijke eenheid opgericht,[9] die jaarlijkse rapporten over de externe controle op de surveillance methoden publiceert. Uit deze rapporten blijkt dat in de praktijk tot 2012 nog steeds veel misging bij de toepassing van heimelijke surveillance methode in Bulgarije. Zo worden bevelschriften ter toepassing van een bevoegdheid nauwelijks onderbouwd, wordt de uitoefening van de bevoegdheid slecht geverbaliseerd en vind slechts marginale rechterlijke toetsing voorafgaand aan de toepassing plaats (*Hadzhiev*, reeds aangehaald, par. 28). Onlangs oordeelde het EHRM zelfs dat de ‘nieuwe’ Bulgaarse wetgeving *in abstracto* niet in overeenstemming is met de rechtvaardigingscriteria van artikel 8 lid 2 EVRM.[10]

8. Het EHRM is derhalve zeer kritisch over de Bulgaarse wetgeving (en praktijk) die ook centraal staan in de onderhavige zaak. Doordat de verwijzende rechter een afgebakende vraag stelt, namelijk alleen of het bevestigen van het verzoek voldoet als motivering van de machtigingsbeschikking, bekijkt het Hof dit punt geïsoleerd. Het Hof besteedt daardoor (logischerwijze) geen aandacht aan de decennialang geuite kritiek op de toepassing van heimelijke telecommunicatiebevoegdheden in Bulgarije, inclusief de rol van de voorafgaande rechterlijke toetsing in dat systeem. Het is enerzijds begrijpelijk dat het Hof oordeelt dat een kruislingse lezing de zittingsrechter en betrokkenen achteraf in staat stellen de rechtmatigheid van de machtiging te toetsen, maar deze systematiek – waarin de rechter niet expliciet zijn beslissing motiveert – werkt misbruik in de hand. Gezien de grote discrepantie tussen het aantal afgeluisterde telefoons en het aantal zaken waarin het openbaar ministerie tot vervolging overging (zie rn. 7), kan de vraag worden gesteld of het Bulgaarse openbaar

ministerie niet te lichtzinnig grijpt naar de onderhavige bevoegdheid en de rechter het verzoek weinig kritisch tegemoet treedt. Dat het een en ander dan achteraf, als alles in het dossier komt, mooi op papier staat, betekent niet dat de bevoegdheid bij voorafgaande externe controle gemachtigd zou moeten worden. Juist in de geschiedenis van de Bulgaarse heimelijke telecommunicatiebevoegdheid is daartoe aanleiding te vinden. Door de formulering van de verwijzingsbeslissing geeft het Hof Bulgarije echter de ruimte om de marginale rechterlijke toetsing voorafgaand aan de inzet van de bevoegdheid (zie expliciet *Hadzhiev*, reeds aangehaald, par. 28) voort te zetten.

9. Ten slotte nog een uitstapje naar de motivering van machtigingsbeschikkingen betreffende het opnemen van telecommunicatie in de rechtspraak van het EHRM. In de zaak *Dragojević t. Kroatië* – deze zaak wordt ook door de verwijzende rechter aangehaald – gaat het EHRM in op de Kroatische praktijk, waarin de gronden waarop de machtigingsbeschikking rust achteraf worden opgeschreven.[11] Dit is in strijd met de tekst van de Kroatische wetgeving op dit punt; die verlangt rechterlijke controle voorafgaand aan de inzet en een gemotiveerde machtiging waarmee het verzoek wordt gehonoreerd.[12] Het EHRM is streng over deze gang van zaken: ‘Moreover, the Court considers that in a situation where the legislature envisaged prior detailed judicial scrutiny of the proportionality of the use of secret surveillance measures, a circumvention of this requirement by retrospective justification, introduced by the courts, can hardly provide adequate and sufficient safeguards against potential abuse since it opens the door to arbitrariness by allowing the implementation of secret surveillance contrary to the procedure envisaged by the relevant law.’[13] Het EHRM oordeelt dan ook dat de inbreuk in *Dragojević* niet in overeenstemming met het recht is.

10. Het Hof maakt het zich in de onderhavige zaak ook op dit punt gemakkelijk: ze reduceren de rechtsvraag in *Dragojević* tot de kwestie of ‘de ontoereikendheid van de motivering van de machtigingsbeschikkingen achteraf te verhelpen’ zijn (par. 64). Dat is een andere kwestie dan de prejudiciële vraag of de rechter door het verlenen van een machtiging de argumentatie van het verzoekschrift bekrachtigt. In de kern klopt dat, althans het EHRM oordeelt dat de Kroatische wet andere vereisten stelt met betrekking tot de motivering van de machtigingbeschikking dan in de praktijk wordt toegepast en die praktijk beschermt slechter tegen arbitraire toepassing van de bevoegdheid. In de onderhavige zaak gaat het om de vraag of de motivering ook voldoende duidelijk kan worden door kruislingse lezing. Het is echter zeer de vraag in hoeverre de situatie feitelijk anders is in de onderhavige zaak: wanneer de Bulgaarse zittingsrechter wordt geconfronteerd met de machtigingsbeschikking – in de onderhavige zaak zijn deze beschikkingen van mei 2017 en de verwijzingsbeslissing is genomen in juni 2021 –, met inachtneming van de geschiedenis van de Bulgaarse heimelijke telecommunicatiebevoegdheid, kan worden getwijfeld of voorafgaand alles keurig op papier

stond. Het is in ieder geval niet te controleren, omdat de machtigingsbeschikking geen melding maakt van de feiten en argumenten aangedragen door het openbaar ministerie. Net zoals de Kroatische praktijk is de Bulgaarse praktijk gevoelig voor arbitraire inbreuken op de vertrouwelijkheid van elektronische telecommunicatie, bijvoorbeeld door aanvulling van de gronden van een geantedateerd verzoekschrift. Het Hof had hier, zelfs bij de afgebakende verwijzingsbeslissing, stelliger standpunt in kunnen nemen over de voorafgaande rechterlijke controle op heimelijke telecommunicatiebevoegdheden. In de rechtspraak van het EHRM over hetzelfde thema alsmede met betrekking tot de motivering van beschikkingen inzake andere dwangmiddelen kan daartoe aanleiding worden gevonden.

D.A.G. (Dave) van Toor

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

[1] Dat leidde tot een afzonderlijk arrest: *HYA e.a.*, HvJ EU 8 december 2022, nr. C-348/21, ECLI:EU:C:2022:965, en is ook door ongetekende geannoteerd.

[2] *Hasselbaink t. Nederland*, EHRM 9 februari 2021, nr. 73329/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD007332916.

Maassen t. Nederland; EHRM 9 februari 2021, nr. 10982/15, ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD001098215, *Zohlandt t. Nederland*, EHRM 9 februari 2021, nr. 69491/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD006949116, *EHRC Updates* april 2021, allen m.nt. Crijns & Van den Brink.

[3] *Ekimdzhiev e.a. t. Bulgarije*, EHRM 11 januari 2022, nr. 70078/12, ECLI:CE:ECHR:2022:0111JUD007007812, *EHRC Updates*, januari 2023, m.nt. Van Toor.

[4] *Hasselbaink t. Nederland*, EHRM 9 februari 2021, nr. 73329/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD007332916, par. 72, *EHRC Updates*, april 2021, m.nt. Crijns & Van den Brink.

[5] *Hasselbaink t. Nederland*, EHRM 9 februari 2021, nr. 73329/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD007332916, par. 72, *EHRC Updates*, april 2021, m.nt. Crijns & Van den Brink.

[6] *Hasselbaink t. Nederland*, EHRM 9 februari 2021, nr. 73329/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD007332916, par. 58, *EHRC Updates*, april 2021, m.nt. Crijns & Van den Brink.

[7] *Association for European Integration and Human Rights (AEIHR) & Ekimdzhev t. Bulgarije*, EHRM 28 juni 2007, nr. 62540/00, ECLI:CE:ECHR:2007:0628JUD006254000, par. 29.

[8] Zie ook *Hadzhiev t. Bulgarije*, EHRM 23 oktober 2012, nr. 22373/04, ECLI:CE:ECHR:2012:1023JUD002237304,.

[9] *Goranova-Karaeneva t. Bulgarije*, EHRM 8 maart 2011, 12739/05, ECLI:CE:ECHR:2011:0308JUD001273905, par. 25-26.

[10] *Ekimdzhev e.a. t. Bulgarije*, EHRM 11 januari 2022, nr. 70078/12, ECLI:CE:ECHR:2022:0111JUD007007812, *EHRC Updates*, januari 2023, m.nt. Van Toor.

[11] *Dragojević t. Kroatië*, EHRM 15 januari 2015, nr. 68955/11, ECLI:CE:ECHR:2015:0115JUD006895511, *JBP* 2015/57, m.nt. Lindeman.

[12] *Dragojević t. Kroatië*, EHRM 15 januari 2015, nr. 68955/11, ECLI:CE:ECHR:2015:0115JUD006895511, par. 96-99, *JBP* 2015/57, m.nt. Lindeman.

[13] *Dragojević t. Kroatië*, EHRM 15 januari 2015, nr. 68955/11, ECLI:CE:ECHR:2015:0115JUD006895511, par. 98, *JBP* 2015/57, m.nt. Lindeman.

ANNOTATIE

HYA e.a. (HvJ EU, C-348/21) – Rechter hoort getuige in vooronderzoek als compensatie voor niet uit kunnen oefenen van ondervragingsrecht***D.A.G. van Toor***

1. De beklaagden in de onderhavige zaak zijn drie medewerkers van de grenspolitie, werkzaam op de luchthaven van Sofia, en twee andere personen. Zij zijn aangehouden en worden vervolgd voor het plegen van (wat naar Nederlands recht) mensenhandel (wordt genoemd). Tezamen zouden deze vijf personen een criminele organisatie vormen die ten doel had derdelanders het grondgebied van Bulgarije binnen te smokkelen. Het bewijs daarvoor bestaat eigenlijk uit twee categorieën bewijsmiddelen: (i) uitingen van de verdachten, doordat hun telefoongesprekken zijn afgeluisterd;^[1] en (ii) getuigenverklaringen *à charge* van de derdelanders c.q. slachtoffers. De slachtoffers zijn echter voortvarend van het Bulgaars grondgebied verwijderd (of zijn “vrijwillig” vertrokken); natuurlijk niet voordat zij konden worden verhoord door de autoriteiten, maar wel ruim voor aanvang van het onderzoek ter terechtzitting. Hierdoor heeft de verdediging geen mogelijkheid (gehad) de getuigen te ondervragen. Niet voor het eerst wordt een Europese rechter geconfronteerd met het feit dat immigranten die slachtoffer zijn geworden van mensenhandel belastende getuigenverklaringen hebben afgelegd, terwijl zij kort nadat zij zijn verhoord het land zijn uitgezet.^[2] Ook meer in het algemeen staat de ontwikkeling van het ondervragingsrecht, zowel op Europees^[3] als nationaal niveau, sinds het *Keskin*-arrest^[4] en de *post-Keskin*-arresten^[5] al enige jaren in de nadrukkelijke belangstelling van de wetenschap^[6] en praktijk.

2. Om de situatie en rechtsvraag preciezer te schetsen, volgt hierna een beschrijving van de feitelijke gang van zaken: vijf slachtoffers zijn tijdens het opsporingsonderzoek gehoord, en alle vijf de slachtoffers zijn in het vooronderzoek ook ten minste eenmaal ten overstaan van een rechter gehoord. Ondanks dat tijdens het opsporingsonderzoek door een tweetal verdachten al wordt verzocht het ondervragingsrecht direct te mogen uitoefenen, moet de verwijzende rechter vaststellen dat het op het moment van het onderzoek ter terechtzitting niet meer mogelijk is de getuigen *à charge* te ondervragen. De getuigen zijn, nadat zij van het

Bulgaars grondgebied zijn verwijderd of vrijwillig zijn vertrokken, onvindbaar gebleken. Het openbaar ministerie heeft de verwijzende rechter verzocht de in het vooronderzoek afgelegde verklaringen voor te lezen – zoals ook in Nederland gebruikelijk is bij verklaringen die zijn afgelegd in de voorfase – en als bewijs te gebruiken voor de veroordeling van de vijf verdachten. De verwijzende rechter stelt over deze mogelijkheid prejudiciële vragen, in het bijzonder omdat het Bulgaarse recht de onderhavige situatie – illegale immigranten zijn ten tijde van het onderzoek ter terechtzitting niet meer beschikbaar zodat het ondervragingsrecht niet kan worden uitgeoefend – probeert te ondervangen doordat de verklaring in het vooronderzoek ten overstaan van een *rechter* moet worden afgelegd. Als de verdachte op het moment dat het verhoor plaatsvindt ook als zodanig is aangemerkt, krijgt hij een uitnodiging het verhoor bij te wonen. Als de verdachte nog geen formele in verdenkingstelling heeft ontvangen, wordt deze compensatie omzeilt. Dat is *in casu* gebeurd, waarbij het uit de uitspraak niet duidelijk wordt of doelbewust was. Hoe dan ook, de verwijzende rechter verzoekt het Hof te oordelen of Richtlijn 2016/343 in samenhang met artikel 47 Hv – waarin is vastgelegd dat de verdachte het recht heeft aanwezig te zijn bij het proces en dat het openbaar ministerie de schuld van de verdachte moet bewijzen – zijn gewaarborgd door de bovenstaande gang van zaken.

3. Allereerst iets over de Unierechtelijke grondslag van het ondervragingsrecht: anders dan in het EVRM, is in het Hv geen expliciet recht op het ondervragen van getuigen opgenomen, maar artikel 48 Hv bevat wel dat de rechten van de verdediging moeten worden gewaarborgd. Ook in Richtlijn 2016/343 (inzake de versterking van het vermoeden van schuld) ontbreekt het ondervragingsrecht. Als kapstok voor de prejudiciële vragen worden door de verwijzende rechter artikelen 6 en 8 van de eerdergenoemde Richtlijn gebruikt. Artikel 6 is volgens het Hof niet van toepassing. Dat artikel verzet zich tegen een omkering van de bewijslast van het openbaar ministerie naar de verdachte. Daarmee is echter niet bepaald hoe de aanklager de schuld moet bewijzen. Met andere woorden, op basis van artikel 6 Richtlijn 2016/343 is het mogelijk om de schuld van de verdachte te bewijzen op basis van schriftelijke stukken. Dat is nog geen omkering van de bewijslast.

4. Het Hof slaat wel aan bij artikel 8 Richtlijn 2016/343. Aan de ene kant is dat verwonderlijk. Dat artikel bepaalt namelijk dat de verdachte het recht heeft bij het proces aanwezig te zijn. Het Hof had eenzelfde argumentatie als bij het niet toepasselijk verklaren van artikel 6 Richtlijn 2016/343 kunnen gebruiken om ook artikel 8 Richtlijn 2016/343 niet van toepassing te verklaren. Dat alle bewijzen schriftelijke stukken zijn, neemt niet weg dat de verdachte niet aanwezig kan zijn bij het proces (waar de inhoud van de schriftelijke stukken wordt besproken). Dit zou een erg formalistische benadering van het aanwezigheidsrecht betekenen: fysieke aanwezigheid is voldoende om dat recht te waarborgen. Dat maakt het, aan de andere

kant, logisch dat het Hof artikel 8 Richtlijn 2016/343 zodanig interpreteert dat daaronder ook het recht op *actieve* deelname tijdens aanwezigheid valt. Anders is het aanwezigheidsrecht een holle leus.

5. Daarmee is echter nog niet bepaald dat onder het actieve aanwezigheidsrecht het recht op het direct ondervragen van belastende getuigen valt. Met andere woorden, welke verdedigingsrechten komen de verdachte toe ter waarborging van de actieve deelname? Uit de overwegingen bij de Richtlijn (bijv. nr. 33) en de toelichting bij het Handvest blijkt dat bij de uitleg van de rechten van de verdediging het Unierechtelijke beschermingsniveau niet onder mag doen voor hetgeen wordt geboden door artikel 6 EVRM (par. 40). Hierdoor is direct duidelijk dat naar Unierecht ook het ondervragingsrecht als onderdeel van de rechten van de verdediging moet worden gewaarborgd. Het Hof verklaart (via de beperkingsvoorwaarden van artikel 52 Hv) de *Al-Khawaya & Tahery* en *Schatschaschwili*-criteria[7] uit de EHRM-jurisprudentie van overeenkomstige toepassing. Het Hof laat, op basis van de beperking van artikel 267 VWEU, in het midden hoe in de concrete zaak moet worden geoordeeld. Wel geeft het Hof duidelijk aan hoe het ondervragingsrecht als onderdeel van het aanwezigheidsrecht moet worden geïnterpreteerd.

6. Daarbij staat vast dat de onmogelijkheid een getuige te lokaliseren een geldige reden voor afwezigheid tijdens het onderzoek ter terechtzitting is. Wel dient de betrokken lidstaat de nodige inspanning, bijvoorbeeld ook door gebruik te maken van de mogelijkheden die Interpol biedt, te leveren om de getuige te lokaliseren. Al eerder merkte ik op dat onlangs het EHRM ook moest oordelen over de afwezigheid van een het land uitgezette getuige.[8] Die rechtspraak laat een iets weerbarstigere wereld zien van de “onmogelijkheid” om een getuige te lokaliseren.

7. Daarin oordeelde de Slowaakse rechter dat de getuigen ‘*unreachable*’ waren nu zij na de uitzetting buiten Slowakije woonachtig waren en omdat er geen redenen waren om aan te nemen dat zij gemotiveerd waren om terug te keren naar Slowakije (of hier toestemming voor zouden krijgen). Volgens het EHRM is de feitenrechter in het geval van een ‘*unreachable*’ getuige verplicht om *all reasonable efforts* in te zetten om alsnog de aanwezigheid van de getuige te bewerkstelligen. Hierbij is het volgens het EHRM in ieder geval duidelijk dat actief naar de getuige gezocht moet zijn met behulp van de autoriteiten en moet de feitenrechter in het geval de getuige zich in het buitenland bevindt, *as a rule*, gebruik hebben gemaakt van de bestaande mogelijkheden van wederzijdse rechtshulp.[9]

8. In *Al Alo* heeft de verdediging de autoriteiten zelfs voorzien van kopieën van de identiteitsbewijzen van de getuigen en verblijfsadressen in Denemarken en Roemenië. In de nationale procedure wordt echter geconcludeerd dat dat onvoldoende was, omdat het de

procedurele plicht van de verdediging zou zijn geweest om aan te tonen dat het deze getuigen zou worden toegestaan om Slowakije opnieuw binnen te komen. Het EHRM acht het standpunt ongegrond en wijst op het Verdrag inzake wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de lidstaten van de Europese Unie. In artikel 10 van dit verdrag wordt geregeld dat de autoriteiten het mogelijk moeten maken om te voorzien in de mogelijkheid van een video-verhoor indien een getuige zich op het grondgebied van een andere lidstaat bevindt. In het licht van de huidige technische mogelijkheden en het Verdrag inzake wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de lidstaten van de Europese Unie is het daarom nog maar de vraag of het zich in een andere EU-lidstaat bevinden als een goede reden voor afwezigheid kan worden gezien. Zeker in het geval dat de verblijfsadressen van de getuigen bekend zijn, zal met een vrij geringe inspanning het ondervragingsrecht alsnog kunnen worden geëffectueerd. Uit de verwijzingsbeslissing in de onderhavige zaak blijkt niet welke inspanningen zijn geleverd en of de Bulgaarse autoriteiten informatie hebben naar welke landen de illegale immigranten zijn uitgezet. Het lijkt mij dat de verwijzende rechter (in het licht van de EHRM-jurisprudentie) niet lichtzinnig moet oordelen dat de getuige onvindbaar is, maar kritisch moet bekijken of daartoe de nodige, redelijke inspanning is geleverd en of het ondervragingsrecht niet anderszins kan worden geëffectueerd.

9. Daarnaast moet de verwijzende rechter volgens het Hof beoordelen of de getuigenverklaring het doorslaggevende of enige bewijs voor een bewezenverklaring vormt. Dat zal, gezien het andere arrest in onderhavige casus,^[10] niet het geval zijn. Het gaat *in casu* om vijf getuigenverklaringen en, in het andere arrest, om afgeluisterde telefoongesprekken. Een niet door de verdediging ondervraagde getuige zal hoogstwaarschijnlijk niet het doorslaggevende bewijs zijn, aangezien de persoon die met de initialen HYA is aangeduid pas op de radar van de autoriteiten kwam door de afgetapte gesprekken. Daaruit blijkt dat de inhoud van die gesprekken voldoende redengevend zijn geweest om verdere dwangmiddelen tegen hem (en de anderen) in te zetten. Overigens zou ook nog kunnen worden beargumenteerd dat bij vijf getuigenverklaringen die eensluidend zijn er *geen doorslaggevende* getuigenverklaring is. Als in een gedachtenexperiment een getuigenverklaring uit de bewijsmiddelen wordt geschrapt, blijven ruim voldoende getuigenverklaringen over om een bewezenverklaring te dragen (in de zin van *wettige* bewijsmiddelen).

10. Verder is het interessant om te bespreken of het laten horen van een getuige door een rechter, omdat met aan zekerheid grenzende waarschijnlijk de getuige niet op zitting zal verschijnen, voldoende compensatie biedt tegen het niet (direct) kunnen uitoefenen van het ondervragingsrecht (par. 53). Het Hof geeft de verwijzende rechter daartoe mee dat hij moet overwegen of de maatregel – in dit geval dat de verklaring ten overstaan van een rechter is afgelegd – voldoende is om een eerlijke beoordeling van de betrouwbaarheid van de niet-

getoetste getuigenverklaring te bewerkstelligen (par. 58). In *Schatschaschwili* bespreekt het EHRM een niet limitatieve lijst van mogelijkheden om, indien de getuige ten tijde van het onderzoek ter terechtzitting niet kan worden ondervraagd door de verdediging, het door de verdediging ondervonden nadeel bij het alsnog gebruiken van een verklaring uit het vooronderzoek voor het bewijs te compenseren. Het EHRM stelt dat indien gedurende het vooronderzoek al duidelijk is dat de getuige niet zal worden gehoord tijdens het onderzoek ter terechtzitting, het van essentieel belang is dat de verdediging de mogelijkheid krijgt om de getuige in het vooronderzoek te ondervragen. Het Hof lijkt eenzelfde voorstelling van zaken te geven: Het Hof noemt alleen het ondervragen (eventueel door de advocaat) in het opsporingsonderzoek expliciet als compenserende maatregel (par. 61). In de onderhavige zaak is de regel die hiervoor geldt (zoals besproken in rn. 2) (bewust) omzeild, doordat de personen nog niet formeel als verdachten waren aangemerkt. Zonder actieve (indirecte) mogelijkheid om zelf de getuigenverklaring op zijn betrouwbaarheid te toetsen, lijkt het moeilijk voorstelbaar dat van voldoende compensatie sprake is als het gaat om het doorslaggevende of enige bewijsmiddel.

11. Doordat in de onderhavige zaak geen sprake is van doorslaggevend bewijs van een getuige lijkt een schending van de verdedigingsrechten (en daarmee mogelijk ook het eerlijk procesrecht) onwaarschijnlijk. De hierboven (in rns. 6-10) besproken criteria zijn communicerende vaten: als het individuele bewijsmiddel een kleinere rol speelt in het geheel kan met een andere vorm van compensatie worden volstaan. In die zin vormt het horen door een rechter – die een onafhankelijke en onpartijdige positie inneemt, althans zou moeten innemen, in het vooronderzoek – enige waarborg tegen bijvoorbeeld het sturend verhoren of niet kritisch doorvragen door de politie waardoor de betrouwbaarheid van de verklaring wordt aangetast. De autoriteit die de getuige hoort, kan dus een element zijn die betrokken wordt bij het derde EHRM-criteria (de compensatie).

D.A.G. (Dave) van Toor

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

[1] Dat leidde tot een afzonderlijk arrest: *HYA e.a.*, HvJ EU 16 februari 2023, zaaknr. C-349/21, ECLI:EU:C:2023:102, en is ook door ongetekende geannoteerd.

[2] Zie daarover ook *Al Alo t. Slowakije*, EHRM 10 februari 2022, zaaknr. 32084/19, ECLI:CE:ECHR:2022:0210JUD003208419, *EHRC Updates* november 2022, m.nt. Taylor-Parkins-Ozephuis & Van Toor.

[3] Zie naast de eerdergenoemde zaak van *Al Alo* bijv. ook: *Kikabidze t. Georgië*, EHRM 16 november 2021, zaaknr. 7642/12, ECLI:CE:ECHR:2021:1116JUD005764212, EHRC Updates juni 2022, m.nt. Van Toor en De Wit.

[4] *Keskin t. Nederland*, EHRM 19 januari 2021, zaaknr. 2205/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000220516, EHRC Updates februari 2021, m.nt. Van Toor.

[5] O.a. HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, *NJ* 2021/173, m.nt. Reijntjes; HR 14 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1253; HR 12 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1494; HR 22 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:177.

[6] 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.

[7] *Schatschaschwili t. Duitsland*, EHRM (GK) 15 december 2015, zaaknr. 9154/10, ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD000915410, *EHRC* 2016/89, m.nt. Dubelaar. De criteria voor het oordeel of een niet ter zitting afgelegde verklaring mag worden gebruikt: (i) bestaat er een goede reden voor de afwezigheid van de getuige *à charge* ter terechtzitting; (ii) is de eerder door hem afgelegde verklaring het enige (*sole*) of doorslaggevende (*decisive*) bewijs voor de bewezenverklaring en; (iii) is voldoende compensatie geboden aan de verdediging voor de nadelige positie die is ontstaan doordat zij de getuige *à charge* niet hebben kunnen ondervragen tijdens het onderzoek ter terechtzitting.

[8] *Al Alo t. Slowakije*, EHRM 10 februari 2022, zaaknr. 32084/19, ECLI:CE:ECHR:2022:0210JUD003208419, *EHRC Updates* november 2022, m.nt. Taylor-Parkins-Ozephuis & Van Toor.

[9] *Schatschaschwili t. Duitsland*, EHRM (GK) 15 december 2015, zaaknr. 9154/10, ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD000915410, *EHRC* 2016/89, m.nt. Dubelaar, par. 121-122.

[10] *HYA e.a.*, HvJ EU 16 februari 2023, zaaknr. C-349/21, ECLI:EU:C:2023:102.

ANNOTATIE

Horion t. België (EHRM, 37928/20) – Impasse bij invrijheidsstelling van levenslang gestraften is onmenselijke behandeling

T. Vander Beken

1. Voor de omgang met levenslang gestraften is België tot nog toe nooit veroordeeld door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ('EHRM'). Het Hof is in dat verband nochtans streng en heeft landen zoals het Verenigd Koninkrijk[1] en Nederland[2] eerder al veroordeeld voor schendingen van art. 3 EVRM (verbod op onmenselijke en vernederende behandeling).

2. De rechtspraak van het EHRM inzake levenslang gestraften kan als volgt worden samengevat: lidstaten kunnen levenslange vrijheidsstraffen in hun strafrechtelijk arsenaal opnemen en opleggen, maar moeten ervoor zorgen dat die straffen formeel (*de jure*) en in feite (*de facto*) samendrukbaar zijn. Dit houdt volgens het Hof in dat lidstaten die de levenslang veroordeelde geen realistisch perspectief op re-integratie en invrijheidsstelling bieden, art. 3 EVRM schenden.[3] Het Hof vereist enkel de aanwezigheid van een realistisch perspectief op de beëindiging van de levenslange vrijheidsberoving, niet de daadwerkelijke invrijheidsstelling van de veroordeelde. Lidstaten hebben geen enkele verplichting om een levenslang veroordeelde daadwerkelijk in vrijheid te stellen. Artikel 2 EVRM (recht op leven) verbiedt hen dat zelfs wanneer de veroordeelde tijdens de invrijheidsstelling handelingen zou stellen die het leven van derden in gevaar brengen.[4] De veroordeelde moet dus een reëel perspectief op invrijheidsstelling hebben, maar mag niet worden vrijgelaten ten koste van de openbare veiligheid of de rechten van de slachtoffers. De veroordeelde heeft geen absoluut recht op re-integratie.[5]

3. De Belgische regelgeving en praktijk inzake de uitvoering van levenslange gevangenisstraffen leek tot nog toe conform met wat de rechtspraak van het EHRM in dat verband vereist. De wet van 17 mei 2006 betreffende de externe rechtspositie van de veroordeelden tot een vrijheidsstraf en de aan het slachtoffer toegekende rechten in het raam van de strafuitvoeringsmodaliteiten ('WERV') voorziet mogelijkheden voor levenslang gestraften om strafuitvoeringsmodaliteiten zoals elektronisch toezicht, beperkte detentie en

voorwaardelijke invrijheidsstelling bij de strafuitvoeringsrechtbank aan te vragen en te verkrijgen. De tijdsvoorwaarden waaraan levenslang veroordeelden moeten voldoen om van deze modaliteiten te kunnen genieten – veroordeelden tot levenslange opsluiting kunnen al naargelang het geval voorwaardelijk in vrijheid gesteld worden na 15, 19 of 23 jaar (art. 25 WERV) - lijken ook in overeenstemming met wat het EHRM realistisch en aanvaardbaar vindt.[6]

4. In het geannoteerde arrest wordt België evenwel veroordeeld voor een schending van art. 3 EVRM i.v.m. de behandeling van een levenslang gestrafte. De veroordeling kwam er niet omdat de Belgische regelgeving niet verdragsconform zou zijn – dat is ze zoals aangegeven wel – maar omdat de strafuitvoering van de veroordeelde in kwestie in een impasse is geraakt waardoor hij geen realistisch perspectief op invrijheidsstelling meer heeft.

5. De verzoeker in deze zaak is Freddy Horion, die in 1981 door het hof van assisen tot de doodstraf werd veroordeeld voor onder meer de roofmoord op zes personen. Deze straf werd daarna omgezet in levenslange dwangarbeid. Met de afschaffing van de dwangarbeid in België, werd de straf levenslange dwangarbeid omgezet in een levenslange opsluiting. Freddy Horion verblijft sinds juni 1979 in detentie.

6. Sinds begin de jaren 1990 voldoet de betrokkene aan de tijdsvoorwaarden voor strafuitvoeringsmodaliteiten zoals uitgaansvergunningen, penitentiair verlof, beperkte detentie, elektronisch toezicht en voorwaardelijke invrijheidsstelling. Vanaf 1993 doet hij veelvuldige verzoeken om van die strafuitvoeringsmodaliteiten te kunnen genieten. Ze worden allemaal afgewezen door de commissie voor voorwaardelijke invrijheidstelling of, vanaf 2007, door de strafuitvoeringsrechtbank. In hoofdzaak is de motivering voor die afwijzingen dat het reclasseringsplan onvoldoende was uitgewerkt en niet toeliet het risico op nieuwe zware feiten te beperken zodat de bescherming van de maatschappij voorrang moest krijgen op de re-integratie van de betrokkene.

7. Nadat Horion opnieuw een verzoek tot toekenning van elektronisch toezicht had ingediend, stelt de strafuitvoeringsrechtbank in maart 2017 een college van drie deskundigen aan (twee psychiaters en een psycholoog) om de persoonlijkheid van de betrokkene te onderzoeken en een risico-evaluatie uit te voeren. In hun rapport van januari 2018 geven deze deskundigen aan dat zij menen dat een verlengd verblijf van de betrokkene in de gevangenis niet aangewezen is, noch voor de bescherming van de maatschappij als voor de resocialisatie en re-integratie van de betrokkene. Zij geven evenwel aan dat een onvoorbereide terugkeer naar de maatschappij een gematigd gevaar op recidive inhoudt en stellen daarom een tussenoplossing voor: een verblijf in een forensische psychiatrische eenheid van waaruit de betrokkene met ondersteuning zijn invrijheidstelling kan voorbereiden. De deskundigen

merken evenwel op dat de bestaande forensisch psychiatrische eenheden enkel gesubsidieerd worden om geïnterneerde personen op te nemen en betrokkene, die een veroordeelde is, daar wellicht niet terecht kan. In de ogen van de deskundigen is dit obstakel van praktische aard en niet onoverkomelijk.

8. In juni 2018 verwerpt de strafuitvoeringsrechtbank het verzoek tot elektronisch toezicht van de betrokkene. Zij volgt daarbij het advies van de deskundigen niet omdat er onvoldoende zekerheid is dat de betrokkene als veroordeelde ook opgenomen kan worden in een forensische psychiatrische eenheid. Dat blijkt ook uit contacten met drie bestaande forensisch psychiatrische eenheden die door de Vlaamse Gemeenschap worden gesubsidieerd. Zowel het universitair psychiatrisch centrum Sint-Kamillus in Bierbeek, het openbaar psychiatrisch zorgcentrum in Rekem als het psychiatrisch ziekenhuis Sint-Jan Baptist in Zelzate hadden aangegeven betrokkene niet te kunnen opnemen omdat hij niet het statuut van geïnterneerde heeft en geen psychiatrische problematiek vertoont.

9. Het Hof van Cassatie verbreekt het vonnis van de strafuitvoeringsrechtbank van juni 2018. Het Hof oordeelt dat de betrokkene geen reëel perspectief op invrijheidsstelling wordt geboden en ziet een schending van art. 3 EVRM. De strafuitvoeringsrechtbank waarnaar de zaak wordt verwezen, wijst het verzoek tot elektronisch toezicht in oktober 2018 evenwel opnieuw af op basis van de motivering dat het reclasseringsplan van de betrokkene onvoldoende concreet, haalbaar en controleerbaar is en het risico op nieuwe zware misdrijven onvoldoende beperkt. Betrokkene tekent tegen dit vonnis opnieuw cassatieberoep aan omdat de strafuitvoeringsrechtbank niet aangeeft wat nu precies van de betrokkene wordt verwacht opdat zijn reclasseringsplan als voldoende zou worden aanvaard. Dit cassatieberoep wordt in november 2018 verworpen.

10. Begin 2019 wordt in een multidisciplinaire vergadering verder gezocht naar een mogelijke oplossing voor de impasse waarin de strafuitvoering van de betrokkene zich bevindt. Mogelijke oplossingen worden gezien in een begeleid traject vanuit de gevangenis, waarbij de betrokkene met uitgaansvergunningen een geleidelijke terugkeer naar de maatschappij zou kunnen voorbereiden. De gevangenisdirectie geeft een positief advies voor een uitgaansvergunning in een dergelijk traject. De minister van Justitie wijst de aanvraag evenwel af.

11. In mei 2019 dient de betrokkene opnieuw een verzoek tot beperkte detentie in. De gevangenisdirectie adviseert negatief, maar geeft een positief advies voor een uitgaansvergunning als onderdeel van een terugkeertraject. In januari 2020 wijst de strafuitvoeringsrechtbank het verzoek tot beperkte detentie af. Zij acht het risico op nieuwe feiten te hoog en meent dat ook een uitgaansvergunning of penitentiair verlof niet aan de orde

kunnen zijn. De strafuitvoeringsrechtbank is wel van oordeel dat de eerder voorgestelde tussenoplossing mogelijkheden kan bieden, op voorwaarde dat een forensisch psychiatrische eenheid de betrokkene wil opnemen en begeleiden. Hoewel de rechtbank aangeeft te weten dat deze eenheden enkel geïnterneerde personen opnemen, vraagt zij de betrokkene toch deze eenheden opnieuw te contacteren en de redenen van eventuele weigering door die eenheden aan het dossier toe te voegen. Betrokkene stelt cassatieberoep in op grond van een schending van art. 3 EVRM. Het opnieuw contacteren van de forensisch psychiatrische eenheden zal volgens hem de onmogelijkheid om daar opgenomen te worden, alleen maar bevestigen. Hij meent dan ook dat hij geen reëel perspectief op invrijheidsstelling heeft. Het Hof van Cassatie volgt de betrokkene bij arrest van 3 maart 2020 niet en verwerpt het cassatieberoep: de strafuitvoeringsrechtbank heeft aangegeven dat het moeilijk, maar niet onmogelijk zou zijn om een opname in een forensisch psychiatrische eenheid te bekomen en heeft de betrokkene daarom aangezet om dit opnieuw te proberen. Er was dus volgens het Hof wel nog een reëel perspectief op invrijheidsstelling.

12. Die laatste redenering volgt het EHRM in de geannoteerde uitspraak uitdrukkelijk niet. Zij stelt vast dat de forensische psychiatrische eenheden in 2020 opnieuw aangeven de betrokkene niet te kunnen opnemen en ziet in 2021 opnieuw afwijzingen door de strafuitvoeringsrechtbank voor verzoeken tot uitgaansvergunning en beperkte detentie. Het Hof herinnert aan zijn rechtspraak waarin het aangeeft dat de menselijke waardigheid geen levenslange vrijheidsberovingen zonder reëel perspectief op invrijheidsstelling toelaat. Lidstaten hebben de middelenverbintenis veroordeelden de mogelijkheid te geven om te veranderen en daarvoor een pad uit te zetten. In het geval van de verzoeker meent het Hof dat die mogelijkheid er in rechte (*de iure*) wel is, maar dat in de feiten (*de facto*) geen realistisch perspectief wordt geboden. Volgens het Hof zit de verzoeker in een impasse: hoewel erkend wordt dat hij niet in een gevangenis thuishoort, kan hij de gevangenis niet verlaten omdat de voorgestelde mogelijkheid daartoe praktisch niet realiseerbaar is. Er is ook geen oplossing voor deze impasse in het vooruitzicht. Het Hof acht een dergelijke behandeling van de verzoeker in strijd met art. 3 EVRM.

13. In deze uitspraak bevestigt het EHRM eerdere rechtspraak inzake levenslange vrijheidsberovingen. In dat opzicht levert de uitspraak geen nieuwe inzichten of posities. Voor België moet dit arrest evenwel om meerdere redenen tot nadenken stemmen. In de eerste plaats zet het arrest het beleid en praktijk ten aanzien van langgestraften in het algemeen en levenslang gestraften in het bijzonder, in vraag. De klemtoon op de bescherming van de maatschappij is dermate sterk aanwezig dat steeds langer wordt gestraft en langgestraften steeds moeilijker en later (vervroegd) vrij komen. Wetgeving en beleid schuiven de laatste decennia steeds verder op in een richting waarbij aan het risico op recidive en bescherming

van (potentiële) slachtoffers een groter belang wordt gehecht dan aan de re-integratie van de veroordeelde.[7] Het geannoteerde arrest geeft aan dat er grenzen zijn aan die beweging. Het *de facto* onmogelijk maken van een perspectief op re-integratie en invrijheidsstelling is volgens het Hof een brug te ver. Het is dan ook tijd om te kijken wat we (levens)langgestraften wel concreet kunnen en moeten bieden, in plaats van obstakels toe te voegen die de invrijheidsstelling en uiteindelijk ook de kansen op re-integratie van deze personen bemoeilijken.[8] Het feit dat voor een levenslang gestrafte persoon enkel een praktisch onmogelijk traject in een forensische psychiatrische eenheid wordt voorgesteld, zegt veel over hoever we inzake trajecten van re-integratie van langgestraften staan. Voor sommige veroordeelden is er blijkbaar geen reëel traject en zijn er geen faciliteiten die een geleidelijke terugkeer naar de maatschappij kunnen ondersteunen en mogelijk maken. Dat is inderdaad een uitsluiting die niet in overeenstemming te brengen is met de menselijke waardigheid.

Tom Vander Beken

Gewoon hoogleraar aan de Universiteit Gent, Vakgroep Criminologie, Strafrecht en Sociaal Recht, Institute for International Research on Criminal Policy (IRCP)

[1] *Vinter e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 17 januari 2012, nr. 66069/09, 130/10 en 3896/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0709JUD006606909.

[2] *Murray t. Nederland*, EHRM 26 april 2016, nr. 10511/10,

ECLI:CE:ECHR:2016:0426JUD001051110.

[3] *Marcello Viola t. Italië (nr. 2)*, 13 juni 2019, nr. 77633/16, ECLI:CE:ECHR:2019:0613JUD007763316.

[4] *Mastromatteo t. Italië*, 24 oktober 2002, nr. 37703/97, ECLI:CE:ECHR:2002:1024JUD003770397.

[5] *Harachiev en Tolumov t. Bulgarije*, EHRM 8 juli 2014, nr. 15018/11 en 61199/12, ECLI:CE:ECHR:2014:0708JUD001501811.

[6] Op basis van vergelijkend en internationaal onderzoek, acht het EHRM mogelijkheden tot herziening van de levenslange vrijheidsberoving binnen de 25 jaar na het opleggen ervan, aanvaardbaar. Zie o.m. *Vinter e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 17 januari 2012, nr. 66069/09, 130/10 en 3896/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0709JUD006606909; *Bodein t. Frankrijk*, nr. 40014/10, EHRM 13 november 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:1113JUD004001410.

[7] T. Vander Beken, *Als je klaar bent, mag je naar huis. Reflecties over doel en inhoud van vrijheidsberovende straffen en maatregelen*, Brussel: VUBPress 2021, 121-132.

[8] Zie hierover ook L. Claes, 'Europees Hof veroordeelt België wegens onmenselijke bestraffing in de zaak Horion', *Crimicla* 9 mei 2023, <https://www.crimicla.com/belgische-staat-veroordeeld-in-zaak-horion-wegens-onmenselijke-bestrafing>.

ANNOTATIE

Calvi en C.G. t. Italië (EHRM, nr. 46412/21) – Verplichte sociale isolatie van oudere man door curator is strijdig met art. 8 EVRM***prof. mr. A.C. Hendriks***

1. In de zaak *Calvi en C.G. t. Italië* snijdt het Hof een aantal belangrijke en grotendeels nieuwe mensenrechtelijke vragen aan over de rechten van onder curatele gestelde oudere personen. De onderwerpen die centraal staan zijn grotendeels civielrechtelijk van aard. Door de betrokkenheid van rechters bij de door de curator verrichte handelingen kan het Hof het aangevallen beleid toch rechtstreeks toetsen aan de mensenrechtelijke verplichtingen van de staat, in dit geval Italië. Het Hof besluit, samengevat, dat de bevoegdheden van een door de rechter benoemde curator niet zover gaan dat deze, als beschermingsmaatregel, een curandus tegen zijn wil voor onbepaalde tijd in een volledig sociaal isolement kan opsluiten in een verzorgingshuis. Het Hof concludeert daarbij tot schending van art. 8 EVRM. De belangrijkste onderwerpen in deze zaak kunnen zich ook in andere verdragsstaten voordoen, waaronder Nederland. Daarom loop ik in deze noot de overwegingen van het Hof na, waarbij ik toets aan de wettelijke situatie in Nederland.

2. De feiten in de zaak die aan de uitspraak ten grondslag liggen zijn duidelijk. In 2017 was een Italiaanse rechter overgegaan tot het benoemen voor een curator voor de heer C.G. Dit op verzoek van de zus van de laatste. C.G. is een oudere man, die de gewoonte heeft grote bedragen geld uit te geven. Bij hem zou ook sprake zijn van psychische problematiek. Uit de uitspraak wordt niet duidelijk wie de curator is en of C.G. over de benoeming van een curator zijn mening heeft kunnen geven. Toen de zus van C.G. in 2018 verzocht de curatele op te heffen wees de rechter dit verzoek af. De rechter kende de curator daarentegen meer bevoegdheden toe. Nadat C.G. volgens de curator in 2020 cognitief achteruit ging, besloot de curator tot de verplichte opname van C.G. in een verzorgingshuis. Dit alles zonder dat C.G. wilsonbekwaam was verklaard en terwijl hij zich verzette tegen de opname. Een maand na opname sprak C.G. zich tegenover een televisieploeg uit over zijn situatie. Dit interview werd uitgezonden op de Italiaanse televisie. Daarop verbood de curator ieder contact van C.G. met anderen, behalve met de curator zelf en de burgemeester. Neef Calvi, eerste klager, en C.G.,

tweede klager, verzochten om met elkaar in contact te komen. Namens zichzelf en namens C.G. klaagde Calvi bij de Italiaanse rechter ook over de plaatsing in een verzorgingshuis en het verbod om terug naar huis te keren, ondanks de uitdrukkelijke wens van C.G. daartoe. De klachten werden afgewezen. Inmiddels is C.G. gedurende drie jaar opgenomen, is er sprake van een sociaal isolement en is er geen plan gemaakt voor de terugkeer van C.G. naar huis.

3. Alvorens nader in te gaan op de uitspraak van het Hof schets ik kort de Nederlandse wetgeving over curatele en, in de volgende alinea, de regels over een verplichte opname in een verzorgingshuis.

In Nederland kunnen (civiele) rechters besluiten voor een meerderjarige persoon een curator te benoemen. Curatele is de meest vergaande vorm van vertegenwoordiging, bedoeld ter bescherming van personen die niet in staat zijn om hun geldzaken, bezit en persoonlijke zaken te behartigen. Een curandus is handelingsonbekwaam; hij mag alleen rechtshandelingen verrichten met toestemming van de curator. De regels over curatele staan in de art. 1:378 tot en met 1:391 van het Burgerlijk Wetboek (BW). In deze bepalingen staat op welke gronden een rechter kan overgaan tot curatele, dat de rechter de betrokkene moet betrekken bij de benoeming van de curator, hoe curatele kan of moet worden beëindigd, waaronder op verzoek van de curandus, en dat de rechter een controlerende rol heeft.

Naast curatele kan de rechter overigens ook overgaan tot het instellen van mentorschap of bewind. Mentorschap is een manier om iemand te beschermen die niet goed kan beslissen over zijn verzorging, verpleging, behandeling en begeleiding. De rechter kan een mentor aanstellen die de persoonlijke (niet-financiële) zaken van deze persoon regelt. De betrokkene blijft verder wilsbekwaam. Ook kan de rechter een bewindvoerder aanwijzen voor personen die niet goed kunnen zorgen voor de eigen financiële zaken. Deze zaken worden dan door de bewindvoerder overgenomen. De betrokkene blijft wilsbekwaam om over andere zaken zelf te beslissen.

4. In Nederland kan de (civiele) rechter eveneens overgaan tot het nemen van een rechterlijke machtiging of, in geval van spoed, een inbewaringstelling voor opname van een persoon met een verstandelijke beperking of psychogeriatrische aandoening in een instelling. Dit kan op grond van de Wet zorg en dwang (Wzd). Deze wet, die in 2020 samen met de Wet verplichte GGZ (Wvggz), in de plaats is gekomen van de Wet BOPZ, omschrijft de voorwaarden voor een verplichte opname. Uitgangspunt daarbij is dat dwang alleen kan worden opgelegd als vrijwillige zorg niet lukt. De Wzd bepaalt ook de termijnen van een verplichte opname in een verzorgingshuis, variërend van zes weken tot vijf jaar.

5. Hoe oordeelde het Hof nu in de zaak *Calvi en C.G. t. Italië*? Allereerst stelt het Hof vast dat

de benoeming door de rechter van een curator met bevoegdheden op bijna alle terreinen van zijn leven en voor onbepaalde tijd strijdig is met de uitgangspunten van de Italiaanse Wzd (Wet inzake de *trattamento sanitario obbligatorio*). Een beschermingsregime via curatele is toegestaan, maar dan moeten de basale rechten van de curandus met betrekking tot de zorgverlening en zijn betrokkenheid bij de benoeming van de curator wel worden gerespecteerd. Voorts werd C.G. *de facto* als wilsonbekwaam behandeld, zonder dat hij door een onafhankelijke deskundige officieel op wilsonbekwaamheid was onderzocht.[1] Bij de juridische beoordeling van deze en andere vaststellingen leunt het Hof sterk op de bepalingen van het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap.

6. Voorts wijst het Hof erop dat de curator zijn beschermingsmaatregelen nam zonder rekening te houden met de wensen van C.G. Het Hof geeft aan dat beschermende maatregelen alleen mogen worden genomen als de wensen van de betrokkene die zijn mening kan geven in acht worden genomen. Dat is volgens het Hof ook internationaal zo erkend, mede in het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap.

7. Het Hof stelt vervolgens vast dat de maatregel tot opname in een verzorgingshuis had geresulteerd in het volledig sociaal isolement van C.G. Er was ook niet gekeken naar een eventuele terugkeer van C.G. naar huis. Het Hof komt daarom tot de bevinding dat de met toestemming van de rechter door de curator genomen maatregel tot verplichte opname wel een legitiem doel diende, te weten het beschermen van C.G., maar dat de maatregel disproportioneel was en niet afgestemd was afgestemd op de individuele situatie van C.G.

8. Het Hof baseert deze bevinding op het niet respecteren van het recht op het privé- en gezinsleven van C.G. (art. 8 EVRM).[2] C.G. was in vergaande mate in de uitoefening van deze rechten beperkt en was tijdens opname volledig sociaal geïsoleerd. Het Hof merkt daarbij op dat het de klachten van C.G. ook had kunnen toetsen aan art. 5 EVRM (het recht op vrijheid).[3] Het Hof overweegt echter dat art. 8 EVRM beter geschikt is om aan te toetsen, nu er in het geval van C.G. geen sprake was van een vrijheidsbeperking opgelegd door de nationale autoriteiten.

9. Wat betekent deze uitspraak van het Hof nu voor Nederland? Ook in Nederland bestaan de regels over curatele en de Wzd naast elkaar. Een grote groep naasten en vertegenwoordigers kan de rechter vragen om het instellen van curatele. Een dergelijk verzoek kan ook worden gedaan door het openbaar ministerie of de instelling waar de betrokkene zich bevindt. Daarentegen kan een verzoek tot verplichte opname in een verzorgingshuis op grond van de Wzd alleen door het indicatie-orgaan CIZ (vroeger Centraal Indicatieorgaan, Zorg, maar thans alleen CIZ) bij de rechtbank worden ingediend. Het CIZ doet een dergelijk verzoek in de regel op voorspraak van een zorgaanbieder/zorgverlener. Het is dan de rechter die over de

verplichte opname beslist, waardoor de staat voor de opname de volledige verantwoordelijkheid draagt. De Wzd voorziet niet in een aanvragende rol van een curator. Wel wordt de curator betrokken bij de procedure van een rechterlijke machtiging en krijgt hij een kopie van de uitspraak.

10. Gelet op de grote bevoegdheden waarover een curator beschikt is het in theorie mogelijk dat deze een patiënt verplicht laat opnemen in een verzorgingshuis. Dat is praktisch echter vrijwel onmogelijk. Een patiënt, al dan niet onder curatele, moet door een bevoegde arts eerst worden geïndiceerd om te bezien of aan de opnamevoorwaarden wordt voldaan. Als dat zo is, lees: als een verblijf thuis niet langer zonder nadeel kan worden geboden, zal het CIZ bij het voornemen van een opname eerst kijken of de patiënt zich verzet tegen de opname. In dat geval moet het voornemen tot een verplichte opname door de rechter worden goedgekeurd, conform de criteria van de Wzd. Aldus lopen de bevoegdheden van de curator met betrekking tot opname en de eisen van de Wzd in elkaar over. Voorts lijkt het mij uitgesloten dat een curator de regels van een in een instelling opgenomen patiënt zo kan beïnvloeden dat de patiënt in een volledig sociaal isolement geraakt. Het is het instellingsbestuur en de in de instelling werkzame zorgverleners die bepalen hoe een patiënt wordt behandeld.

11. Het Hof besteedt ook aandacht aan het ontbreken van een wilsonbekwaamheidsverklaring voor C.G. Hoe belangrijk is een dergelijke verklaring bij opname van patiënten in een verzorgingshuis op grond van de Wzd? Volgens een recente uitspraak van de Hoge Raad vormt wilsonbekwaamheid geen voorwaarde voor opname van een patiënt in een verzorgingshuis. Omgekeerd mag de rechter voorbijgaan aan het wilsbekwame verzet van patiënten tegen verplichte zorg en opname in een instelling onder de Wzd.[4] Hierin verschilt de Wzd van de Wvggz, een wet voor patiënten met een psychische stoornis. Volgens een eerdere uitspraak van de HR moet de rechter onder de Wvggz wel rekening houden met patiënten die zich wilsbekwaam tegen verplichte zorg verzetten.[5]

12. Samengevat biedt deze uitspraak meer duidelijkheid over de grenzen en beperkingen met betrekking tot de bevoegdheden van een curator. Dat personen vanwege hun cognitieve vermogens verplicht kunnen worden opgenomen in een verpleeghuis of andere passende instelling had het Hof eerder uitgemaakt, waaronder in de zaak *Jarran*.^[6] In de zaak *Calvi en C.G. t. Italië* benadrukt het Hof bovenal de mensenrechtelijke beperkingen van beschermingsmaatregelen. Te allen tijde moeten de rechten en wensen van de curandus maximaal worden gerespecteerd. Het nationale rechtssysteem moet zo worden ingericht dat een curator een curandus niet voor onbepaalde tijd in een volledig sociaal isolement verplicht laat opnemen in een verzorgingshuis. Het Hof heeft zich hierbij en met betrekking tot andere zaken sterk laten leiden door het VN-Verdrag inzake personen met een handicap.

13. In Nederland is een situatie vergelijkbaar met de zaak *Calvi en C.G. t. Italië* vrijwel ondenkbaar. Hier sluiten de wetgeving inzake curatele en de Wzd nauwer op elkaar aan. Maar ook in Nederland is het toegestaan personen die wilsbekwaam zijn verplicht op te nemen in een verzorgingshuis en ook anderszins moeten we waakzaam blijven over de rechten en wensen van personen onder curatele en personen met een cognitieve beperking. Alleen al vanwege dit laatste is de unanieme uitspraak van het Hof in de zaak *Calvi en C.G. t. Italië* een belangrijke aanwinst vanuit mensenrechtelijke optiek.

A.C. Hendriks

Hoogleraar gezondheidsrecht, Universiteit Leiden

[1] Vgl. *Shtukaturon t. Rusland*, EHRM 27 maart 2008, nr. 44009/05, ECLI:CE:ECHR:2008:0327JUD004400905, *EHRC* 2008/74, m.nt. Forder en *X en Y t. Kroatië*, EHRM 3 november 2011, nr. 5193/09, ECLI:CE:ECHR:2011:1103JUD000519309, *EHRC* 2012/16, m.nt. De Jong.

[2] *Ivinović t. Kroatië*, EHRM 18 september 2014, nr. 13006/13, ECLI:CE:ECHR:2014:0918JUD001300613.

[3] *Červenka t. Tsjechië*, EHRM 13 oktober 2016, nr. 62507/12, ECLI:CE:ECHR:2016:1013JUD006250712.

[4] HR 7 juli 2023, ECLI:NL:HR:2023:1055.

[5] HR 4 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:123, *NJ* 2022/237, m.nt. Legemaate.

[6] *Jarrand t. Frankrijk*, EHRM 9 december 2021, 56138/16, ECLI:CE:ECHR:2021:1209JUD005613816, *EHRC* 2022/01.