

KRONIEK STRAF(PROCES)RECHT EN MENSENRECHTEN: 2014

Martin Kuijer & Bas de Wilde *

Deze kroniek beschrijft mensenrechtelijke ontwikkelingen in 2014 die relevant zijn voor het Nederlandse straf(proces)recht, inclusief het penitentiare recht. De kroniek beschrijft relevante jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en de Hoge Raad, maar staat tevens stil bij relevante ontwikkelingen binnen het EU-recht en het CPT. In deze kroniek wordt aandacht besteed aan voor de rechtspraak belangrijke kwesties zoals de levenslange gevangenisstraf, de voorlopige hechtenis, het recht op rechtsbijstand en het ondervragingsrecht.

Kluwer Navigator | NTM-NJCM Bull. 2015/25

1 Inleiding

Deze kroniek beschrijft mensenrechtelijke ontwikkelingen in 2014 die relevant zijn voor het Nederlandse straf(proces)recht. Enerzijds wordt gekozen voor een brede benadering van het begrip straf(proces)recht door eveneens aandacht te besteden aan ontwikkelingen die relevantie kunnen hebben voor het penitentiare recht. Anderzijds is ervoor gekozen om geen aandacht te besteden aan het (bijzonder) bestuursrecht dat soms raakvlakken vertoont met het klassieke strafrecht. Het is de bedoeling dat deze kroniek tweejaarlijks zal verschijnen, maar deze eerste kroniek heeft betrekking op 2014. De kroniek is thematisch onderverdeeld.

2 Mensenrechtelijke verplichtingen en territoriale rechtsmacht

Afgelopen jaar heeft het EHRM zich meermaals uitgelaten over de reikwijdte van het begrip 'rechtsmacht' (*jurisdiction*) in de zin van artikel 1 EVRM. Deze jurisprudentie is relevant voor het militair strafrecht; het kan immers betekenen dat verplichtingen onder het EVRM van toepassing zijn op operaties in het buitenland waarbij Nederlandse militairen betrokken zijn (denk aan VN-missies zoals in Mali of de strijd tegen piraterij in de Golf van Aden).

2.1 Militaire missie in Irak

Op 20 november 2014 deed de Grote Kamer van het EHRM uitspraak in de zaak *Jaloud tegen Nederland* (appl.no. 47708/08). Het betreft de betrokkenheid van Nederlandse militairen behorend tot SFIR (Stabilization Force Iraq) bij een dodelijk schietincident in de nacht van 21 april 2004 bij een verkeerscontrolepost in Irak nadat een auto in aanraking was gekomen met tonnen die de verkeerscontrolepost markeerden en vervolgens doorreed. De klacht van de nabestaanden van Jaloud heeft onder meer betrekking op de procedurele verplichtingen die voortvloeien uit

- Prof. mr. M. Kuijer en dr. B. de Wilde zijn verbonden aan de afdeling Strafrecht en criminologie van de Vrije Universiteit Amsterdam.

artikel 2 EVRM, meer specifiek de vermeende gebrekkigheid van het onderzoek dat naar aanleiding van het dodelijke schietincident heeft plaatsgevonden door de Koninklijke Marechaussee (KMar). Het EHRM was van oordeel dat het schietincident had plaatsgevonden binnen de 'rechtsmacht' van Nederland. Daarbij werd verwezen naar een Kamerbrief uit 2003 van de Nederlandse minister van Defensie waarin werd aangegeven dat Nederland 'full command' over de eigen troepen behield en naar een uittreksel van het *Memorandum of Understanding* waaruit duidelijk werd dat de geweldsinstructie was voorbehouden aan de staat die de bewuste troepen uitzendt. De verkeerscontrolepost werd weliswaar bemand door Iraakse militairen, maar die stonden volgens het EHRM onder toezicht van de coalitietroepen waartoe het Nederlandse contingent behoorde. In een *concurring opinion* noemden de rechters Spielmann (president) en Raimondi het oordeel van het Hof op dit onderdeel ambigu en zelfs onbegrijpelijk. Met name de interpretatie van het begrip 'full command' leek te berusten op een misverstand.

Vervolgens kwam het EHRM toe aan de daadwerkelijke klacht inzake het door de KMar uitgevoerde onderzoek. Sommige onderdelen van het klaagschrift vonden geen gehoor bij het EHRM, zoals het vermeende gebrek aan onafhankelijkheid van de KMar, de officier van justitie en de militaire kamer van het Gerechtshof Arnhem. Ten aanzien van de effectiviteit van het uitgevoerde onderzoek stelde het EHRM wel enige gebreken vast. Zo leek de beslissing of de desbetreffende militair moest worden vervolgd niet primair te zijn ingegeven door een oordeel omtrent de proportionaliteit van het gebruikte geweld. Tevens was het EHRM kritisch over de onvolledigheid van het strafdossier door het ontbreken van de processen-verbaal van de verklaringen van de aanwezige Iraakse militairen, over het verloop van tijd voordat de betrokken Nederlandse militair voor het eerst was gehoord, over de verrichte autopsie en over het zoekraak van forensisch materiaal (kogelfragmenten). Het EHRM erkende dat het onderzoek moest plaatsvinden onder zeer moeilijke omstandigheden, maar concludeerde toch tot een schending van de procedurele verplichtingen onder artikel 2 EVRM. In een andere *concurring opinion* van zeven rechters, waaronder de Nederlandse rechter Silvis, werden vraagtekens geplaatst bij deze bevindingen.¹

Enkele maanden voor de Jaloud-uitspraak deed de Grote Kamer van het Hof uitspraak in een vergelijkbare Britse zaak, *Hassan* (16 september 2014, appl.no. 29750/09). In deze zaak arresteerden Britse troepen Tarek Hassan in april 2003, waarop zij hem overbrachten naar kamp Bucca. Dit was een detentiefaciliteit in Irak, beheerd door de Amerikanen, maar tevens gebruikt door de Britten. Na ondervraging door Amerikaanse en Britse autoriteiten, werd Hassan vrijgelaten in mei 2003. Zijn lichaam werd in september 2003 gevonden met tekenen van foltering. Zijn broer stelde voor het EHRM dat de Britse autoriteiten verantwoordelijkheid droegen voor zijn arrestatie en detentie, alsmede voor zijn onverklaarbare dood en het gebrek aan onderzoek naar de doodsoorzaak. Het EHRM constateerde dat de klachten onder artikelen 2 en 3 EVRM (inzake foltering en zijn dood) kennelijk ongegrond waren. Er was geen bewijs aangedragen dat de Britse autoriteiten, rechtstreeks of indirect, verantwoordelijk zouden zijn voor de dood van Hassan vele maanden na zijn vrijlating uit kamp Bucca. Het Hof boog zich vervolgens over de klacht

1 'We respectfully regret that the Grand Chamber also found it appropriate to scrutinise the investigations in Iraq in such a painstaking way that eyebrows may be raised about the role and competence of our Court'. Zo hadden de dissenters moeite met de kritiek van het Hof op de uitgevoerde autopsie en het tijdsverloop bij het ondervragen van de betrokken militair. 'Is it really within the competence of our Court to set the standards for investigations at this detailed level in unstable situations such as these which prevailed in Iraq?'

onder artikel 5 EVRM (vrijheidsberoving). Daarvoor moest het eerst onderzoeken of Hassan binnen de rechtsmacht van het Verenigd Koninkrijk viel. Ten aanzien van de periode tussen arrestatie en aankomst in kamp Bucca, constateerde het Hof dat Hassan zich bevond in de fysieke macht van Britse soldaten. Het Hof was niet overtuigd door het argument van de Britse regering dat het begrip ‘rechtsmacht’ onder het EVRM niet van toepassing zou moeten zijn in de ‘active hostilities phase of an international armed conflict’. Ook gedurende zijn verblijf in kamp Bucca bevond Hassan zich volgens het EHRM in Britse rechtsmacht. Hassan kwam het kamp binnen als Britse gevangene, bevond zich in een gedeelte van het kamp dat volledig onder Britse controle was en op basis van het Memorandum of Understanding behielden de Britse autoriteiten jurisdictie over enkele wezenlijke aspecten van de status van de detentie. Het Hof constateerde unaniem dat Hassan zich bevond binnen de rechtsmacht van het Verenigd Koninkrijk. Een meerderheid van de Grote Kamer was evenwel van oordeel dat de materiële vereisten van artikel 5 EVRM niet waren geschonden.

2.2 Strijd tegen de piraterij

Het EHRM heeft het afgelopen jaar ook een relevante uitspraak gedaan over de gebondenheid aan EVRM-standaarden in de internationale strijd tegen de piraterij. In de zaak *Ali Samatur e.a. & Hassan e.a. tegen Frankrijk* (4 december 2014, appl.nos. 17110/10 & 46695/10) moest het EHRM oordelen over de rechtmatigheid van de detentie van Somalische piraten door de Franse autoriteiten. Het Hof oordeelde dat de rechtsbasis voor de vrijheidsberoving van de piraten zowel in het nationale recht als in het internationale recht gevonden kon worden. Het was derhalve voorzienbaar voor de piraten dat zij bij het kapen van een Frans jacht gearresteerd konden worden door de Franse autoriteiten en het risico liepen berecht te worden in Frankrijk. Het EHRM constateerde echter ook dat geen regels waren opgesteld die waarborgen inhiielden voor de periode gelegen tussen de arrestatie van de piraten en het moment van voorgeleiding voor een Franse rechter (respectievelijk tien en elf dagen). Verder was het EHRM kritisch over het feit dat het nog eens twee dagen duurde voordat de betrokkenen werden voorgeleid voor de Franse rechter nadat zij waren gearriveerd in Frankrijk. Unaniem constateerde het EHRM een schending van artikel 5 EVRM.

2.3 Renditions

In de zaak *Al Nashiri tegen Polen* (EHRM 24 juli 2014, appl.no. 28761/11) stond het vraagstuk van ‘extraordinary renditions’ centraal. De zaak ging over de wijze waarop de klager – via Europees grondgebied – terecht was gekomen in de Amerikaanse marinebasis Guantanamo Bay. Al Nashiri werd onder andere verdacht van de terreuraanslag op het Amerikaanse marineschip USS Cole in Jemen in oktober 2000. Hij stelde slachtoffer te zijn geworden van zogenoemde ‘extraordinary rendition’ door de CIA, buitenwettelijke arrestatie en overbrenging naar een geheim detentiekamp in Polen, met medeweten van de desbetreffende regering. Deze feiten zijn eerder onderzocht door de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa; de Zwitserse

senator Dick Marty heeft hierover een uitvoerig rapport opgesteld.² In dit rapport werd een geheim detentiekamp in Polen geïdentificeerd, namelijk in het plaatsje Szczytno in het noorden van Polen. Ook kan gewezen worden op openbaar gemaakte CIA-documenten waarin aanwijzingen staan dat de klager voor de CIA in de categorie 'high-value detainees' viel. Gelet op het voorhanden zijnde materiaal overwoog het Hof dat de stelling van de klagers dat zij op Pools grondgebied zijn vastgehouden voldoende overtuigend was aangetoond. Het Hof overwoog tevens dat Poolse autoriteiten op de hoogte moeten zijn geweest van de aard en doelstellingen van de CIA-activiteiten op Pools grondgebied op het moment dat deze plaatsvonden. Polen had moeten weten dat door CIA-detentie op haar grondgebied mogelijk te maken het personen blootstelde aan een reëel risico op een behandeling die strijdig was met het EVRM. Het Hof constateerde dan ook schending van het Verdrag op diverse punten.

3 Recht op leven

3.1 Dodelijk geweld bij optreden van overheidsfunctionarissen: het materiële criterium

In de zaak *Shchiborshch & Kuzmina tegen Rusland* (16 januari 2014, appl.no. 5269/08) moest het EHRM oordelen over de (gebrekkige) planning van een politieoperatie jegens een persoon van wie bekend moest worden geacht – gezien eerdere incidenten bij een onvrijwillige opname – dat hij geestelijk gestoord was. Het Hof stond stil bij het belang van speciaal getraind (medisch/psychiatrisch) personeel, aangezien effectieve communicatie met de persoon in kwestie anders bedoeld was te mislukken. In casu had de staat geen verklaring aangevoerd waarom de actie was ondernomen in afwezigheid van gekwalificeerd medisch personeel terwijl er evenmin een reden was voor urgente actie zijdens de politie. Het onvermogen van de politie om de situatie op waarde te schatten kwam onder andere tot uitdrukking in het bevel om de persoon in kwestie dood te schieten indien hij aanstalten zou maken zijn woning te verlaten.

Verder kan gewezen worden op de zaak *Guerdner e.a. tegen Frankrijk* (17 april 2014, appl.no. 68780/10), waarin het EHRM moest oordelen over het doodschieten van een geboeide arrestant tijdens diens poging tot ontsnapping uit het bureau van de gendarmerie. Guerdner trachtte te ontsnappen uit het politiekantoor door op een hoogte van 4,60 meter uit een raam te springen, waar hij al 48 uur onder toezicht stond en dit – vanwege zijn juridische antecedenten en zijn gedrag sinds zijn arrestatie – zelfs voortdurend geboeid aan polsen en één been. Onder deze omstandigheden had de politie meer waakzaamheid moeten betrachten ter voorkoming van zijn vlucht. Tevens was relevant dat Guerdner niet gewapend was maar wel geboeid, waardoor hij nauwelijks een directe bedreiging voor het leven of de fysieke veiligheid van anderen vormde. Ook wees het Hof op het feit dat er ter plaatse veel gendarmes aanwezig waren en dat het slechts dertien seconden kostte om van het raam boven naar de binnenplaats beneden te lopen. Er waren derhalve andere manieren voorhanden om Guerdners vlucht te voorkomen dan gebruikmaking van het dienstwapen. Het Hof constateerde dan ook een schending.

2 Parlementaire Assemblée van de Raad van Europa, *Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers of detainees involving Council of Europe member states* (PACE Doc. 10957); te raadplegen via assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=11527&lang=en.

3.2 Onderzoeksverplichting na dodelijk incident

De zaak *Camekan tegen Turkije* (28 januari 2014, appl.no. 54241/08) betreft één van de vele klachten waarin het EHRM een oordeel moest geven over de kwaliteit van een ingesteld onderzoek na een dodelijk schietincident (zie bijvoorbeeld de hiervoor beschreven *Jaloud* zaak en de eerdere zaak *Ramsahai tegen Nederland* (15 mei 2007, appl.no. 52391/99). In casu constateerde het Hof geen schending van het Verdrag. Toch is de uitspraak interessant voor de Nederlandse rechtspraak, omdat blijkt hoeveel waarde het Hof hecht aan het ‘naspelen’ van het strafbare feit op de plaats delict. Het acht een dergelijke onderzoekshandeling van ‘cruciaal belang’ om zodoende de geloofwaardigheid van de verklaringen van verdachten te toetsen en verschillende scenario’s inzake de volgtijdelijkheid van gebeurtenissen te waarderen. Toch was het in casu niet nodig om een dergelijke *re-enactment* te verrichten. De nationale autoriteiten waren in staat om de belangrijkste feiten van de zaak vast te stellen zonder een *re-enactment* aangezien de diverse versies ook niet radicaal van elkaar verschilden.

3.3 Verplichting om bescherming te bieden

Onder artikel 2 EVRM kan ook een positieve verplichting op een staat rusten om beschermende maatregelen te nemen tegen levensbedreigend optreden van derden.³ De zogenaamde Osman-doctrine⁴ houdt in dat een dergelijke verplichting ontstaat als de staat redelijkerwijs wist of behoorde te weten van een reëel levensbedreigend risico jegens een individualiseerbare persoon en de staat geen redelijke maatregelen trof om dit risico af te wenden. De zaak *Bljakaj tegen Kroatië* (18 september 2014, appl.no. 74448/12) betrof een casuspositie waarin de echtgenoot doodsb bedreigingen had geuit aan het adres van zijn echtgenote met wie hij in een echtscheidingsprocedure was verwickeld. De vraag stond centraal of de staat te kort was geschoten in het bieden van bescherming tegen de daden van de (bedreigende) echtgenoot. Het Hof oordeelde dat de Osman-verplichting ook kan ontstaan als het risico een meer algemeen karakter heeft, bijvoorbeeld als duidelijk is dat een persoon een gevaar voor zijn omgeving vormt. In casu had de Kroatische politie redelijkerwijs moeten ingrijpen, gezien de geuite doodsb bedreigingen, een medisch rapport waarin was aangedrongen op psychiatrische hulp en een strafblad met gewelddadige feiten.

4 Verbod op onmenselijke behandeling

4.1 Levenslang

Net buiten de verslagperiode – namelijk op 10 december 2013 – deed een Kamer van het EHRM uitspraak in de zaak *Murray tegen Nederland* (appl.no. 10511/10) over de verenigbaarheid van een opgelegde levenslange gevangenisstraf met de vereisten van artikel 3 EVRM. De heer Murray was in maart 1980 door het Gemeenschappelijk Hof van Justitie veroordeeld tot een levenslange

3 Zie hierover ook P. Ölçer, ‘De bescherming van terugkerende veroordeelden als mensenrechtelijke positieve verplichting’, *Ars Aequi* 2015, p. 202-205.

4 EHRM 28 oktober 1998, appl.no. 23452/94 (Osman/Verenigd Koninkrijk).

gevangenisstraf wegens de moord op een zesjarig meisje op Curaçao. Het cassatieberoep van de klager werd in november 1980 door de Hoge Raad verworpen. Een door de klager ingediend herzieningsverzoek was in april 1982 door het Gemeenschappelijk Hof van Justitie afgewezen. De klager heeft ten minste dertien gratieverzoeken ingediend, die alle zijn afgewezen. De klager is oorspronkelijk gedetineerd geweest in Koraal Specht (later: Bon Futuro gevangenis) op het eiland. Gedurende de eerste dertien jaar van zijn detentie was de heer Murray betrokken bij talrijke gewelddadige of drugsgelateerde incidenten. Rond 2000 werd de klager op zijn verzoek overgebracht naar het KIA op Aruba (Korrektie Instituut Aruba). In november 2011 wijzigde het Wetboek van Strafrecht van Curaçao. Artikel 1:30 bepaalt sindsdien dat de levenslang gestrafte na twintig jaar van zijn of haar gevangenisstraf voorwaardelijk in vrijheid wordt gesteld indien naar het oordeel van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie verdere onvoorwaardelijke tenuitvoerlegging geen redelijk doel meer dient. Het Gemeenschappelijk Hof houdt daarbij in elk geval rekening met de positie van het eventuele slachtoffer of directe nabestaanden en het gevaar dat de veroordeelde alsnog zal recidiveren. Mocht het Gemeenschappelijk Hof niet overgaan tot invrijheidstelling, dan zal de situatie elke vijf jaar opnieuw worden beoordeeld. Op basis van meerdere (psychiatrische) rapporten besloot het Gemeenschappelijk Hof van Justitie op 21 september 2012 om de levenslange gevangenisstraf van de klager te laten voortduren. De heer Murray klaagt bij het EHRM over een vermeende schending van artikel 3 EVRM.

De Kamer van het EHRM oordeelde dat een levenslange gevangenisstraf verenigbaar is met artikel 3 EVRM indien er een de jure en de facto mogelijkheid tot vervroegde vrijlating bestaat en er een mogelijkheid tot periodieke herziening is (zie o.a. EHRM [GK] 9 juli 2013, appl.no. 66069/09 e.a. (Vinter e.a./Verenigd Koninkrijk)). Daarbij merkte het Hof expliciet op dat de weigering om een levenslang gestrafte vrij te laten op grond van de overweging dat de betrokkene nog steeds een gevaar voor de samenleving vormt, toelaatbaar is. Staten hebben immers de positieve verplichting om maatregelen te nemen teneinde de samenleving te beschermen tegen gewelddadige criminaliteit. Deze positieve verplichting wordt niet minder met het verloop van tijd. Aangezien in 2011 de mogelijkheid tot tussentijdse toetsing is geïntroduceerd in het Wetboek van Strafrecht van Curaçao en deze toetsing ook daadwerkelijk heeft plaatsgevonden, oordeelde het Hof dat de tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf van de klager niet in strijd is met artikel 3 EVRM.

Na deze Kameruitspraak diende de klager – met succes – een verzoek tot intern appel in, hetgeen betekent dat de Grote Kamer van het Hof zich nogmaals zal buigen over deze zaak. Op 14 januari 2015 vond de hoorzitting plaats en de verwachting is dat het EHRM dit kalenderjaar uitspraak zal doen. Naar verwachting zal de zaak *Murray* verdere duiding geven aan het leerstuk van de levenslange gevangenisstraf.

In dat verband kan verwezen worden naar andere jurisprudentie van het EHRM over dezelfde rechtsvraag in 2014. Zo stond een presidentiële gratieregeling ter discussie in de zaak *László Magyar tegen Hongarije* (20 mei 2014, appl.no. 73593/10), waarin het Hof een schending constateerde. De nationale wetgeving verplichtte de nationale autoriteiten niet om stil te staan bij de vraag of voortzetting van de gevangenisstraf nog steeds penologische doelen dient. Evenmin gaf de relevante regelgeving duidelijkheid over het toetsingskader voor de beoordeling van een gratieverzoek. Nationale autoriteiten waren niet verplicht om redenen te geven voor het afwijzen van gratieverzoeken. Het Hof was derhalve van oordeel dat gevangenen onmogelijk konden weten wat van hen verwacht werd om in aanmerking te komen voor gratie.

In de zaak *Harakchiev & Tolumov tegen Bulgarije* (8 juli 2014, appl.nos. 15018/11 & 61199/12) constateerde het Hof eveneens een schending aangezien het Bulgaarse recht gedurende de eerste zeven à acht jaar van de opgelegde levenslange gevangenisstraf niet had voorzien in enige voorziening voor vervroegde vrijlating. In 2012 had ook de Bulgaarse wetgever een presidentiële gratieregeling geïntroduceerd. In de zaak *Bodein tegen Frankrijk* (13 november 2014, appl.no. 40014/10) constateerde het Hof geen schending van het Verdrag aangezien de Franse regelgeving wel voorzorg in een rechterlijke toets van de opgelegde levenslange gevangenisstraf na 30 jaar vrijheidsberoving.

4.2 Uitlevering

Op 4 september 2014 deed het EHRM uitspraak in de zaak *Trabelsi tegen België* (appl.no. 140/10). Het constateerde een schending van het Verdrag vanwege een uitlevering aan de Verenigde Staten. De klager in deze zaak is van Tunesische nationaliteit en is in België veroordeeld wegens het beramen van een aanslag op een Belgische legerbasis. Een door hem ingediend asielverzoek is door de Belgische autoriteiten afgewezen op grond van artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag. Zijn uitlevering is vervolgens verzocht door de Amerikaanse autoriteiten die hem verdachten van betrokkenheid bij Al-Qaeda. De toelaatbaarheid van deze uitlevering onder het EVRM stond ter discussie in de Straatsburgse procedure. In de zaak *Soering tegen het Verenigd Koninkrijk* (7 juli 1989, appl.no. 14038/88) had het EHRM al eens geoordeeld dat een uitleverende staat onder het EVRM verplicht is een uitlevering tegen te houden indien de persoon in kwestie bedreigd wordt met de doodstraf in het verzoekende land of indien de klager aldaar een 'flagrant denial of justice' te wachten staat. Deze uitspraak is een aanvulling op deze jurisprudentie. Het EHRM oordeelde dat op basis van de ernst van de verdenking niet is uitgesloten dat Trabelsi een 'discretionary life sentence' opgelegd zal krijgen. Aangezien deze vorm van bestraffing niet in lijn is met de criteria die volgen uit de hierboven beschreven *Vinter*-uitspraak, oordeelde het Hof dat uitlevering een schending van artikel 3 EVRM zou opleveren.

4.3 Penitentiair recht

In mei 2014 bezocht een delegatie van het CPT (Council of Europe Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) het Caribische deel van ons Koninkrijk.⁵ Tijdens het bezoek inspecteerde het CPT o.a. het Korrektie Instituut Aruba (KIA), het Centrum voor Detentie en Correctie Curaçao (SDKK), de Point Blanche gevangenis op Sint Maarten en de Justitiële Inrichting Caribisch Nederland (JICN) op Bonaire. Daarnaast werden meerdere politiecellen geïnspecteerd, alsmede inrichtingen voor psychiatrische patiënten en vreemdelingenbewaring. Naar verwachting zal dit jaar het rapport, alsmede de regeringsreactie daarop, openbaar worden gemaakt.

Eind 2014 publiceerde de overheid een reactie op het CPT-rapport naar aanleiding van een in oktober 2013 afgelegd ad hoc bezoek aan Nederland met het doel de uitzettingsoperatie naar

5 Zie tevens G. Pesselse, 'Het zesde CPT-rapport over de Antillen: een vooruitblik', *NTM/NJCM-bulletin* 2014, p. 637-648.

Lagos in het kader van een FRONTEX Joint Return Operation⁶ te monitoren. Het rapport en de regeringsreactie zijn beschikbaar op <http://www.cpt.coe.int/en/states/nld.htm>.

Het EHRM deed meerdere interessante uitspraken het afgelopen jaar over detentieomstandigheden in de diverse lidstaten van de Raad van Europa. Zo besteedde het EHRM aandacht aan de situatie van gehandicapten in detentiefaciliteiten in de zaak *Semikhvostov tegen Rusland* (6 februari 2014, appl.no. 2689/12). In casu betrof het een aan een rolstoel gebonden gedetineerde in een gevangenis. Voor de toegang tot de eetzaal en sanitaire voorzieningen was de gedetineerde afhankelijk van hulp van medegedetineerden. Het Hof oordeelde dat artikel 3 EVRM niet een verplichting behelst om iemand vrij te laten om van gezondheidsredenen of om hem over te plaatsen naar een openbaar ziekenhuis. Wel rust er een positieve verplichting op de staat om te voorzien in adequate detentieomstandigheden, inclusief het voorzien in redelijke aanpassingen voor gedetineerden met een fysieke handicap. Veel van deze voorzieningen hadden gerealiseerd kunnen worden op een redelijk goedkope en eenvoudige wijze. De Staat kan deze verantwoordelijkheid niet afwentelen op medegedetineerden door hen aan te wijzen om de noodzakelijke zorg te bieden.

4.4 Gebruik van geweldsmiddelen

In de Straatsburgse jurisprudentie wordt doorgaans onderscheid gemaakt tussen de inzet van geweldsmiddelen in een gecontroleerde situatie (zoals een verhoorkamer) en de inzet van deze middelen in een operationele situatie (zoals een aanhouding). Doorgaans zal het EHRM kritischer zijn ten aanzien van de eerste categorie zaken.

Een voorbeeld van deze eerste categorie is de zaak *Tali tegen Estland* (13 februari 2014, appl.no. 66393/10) over het gebruik van pepperspray in een gevangenis. Het Hof erkende dat penitentiaire autoriteiten soms problemen kunnen ondervinden bij de handhaving van de orde in detentiefaciliteiten, met name in geval van opstandige gevangenen met een gewelddadig verleden. Echter, pepperspray zou niet gebruikt mogen worden in een afgesloten ruimte jegens iemand die al onder controle gebracht is. De effecten van het gebruik van pepperspray kunnen immers zeer ernstig zijn (zoals ademhalingsproblemen, braken en zelfs inwendige bloedingen). Het Hof verwees daarbij naar relevante CPT-standaarden.

Uiteraard kunnen schendingen van het Verdrag ook ten aanzien van de tweede categorie zaken worden geconstateerd. Een voorbeeld daarvan is de zaak *Anzhelo Georgiev tegen Bulgarije* (30 september 2014, appl.no. 51284/09) over het gebruik van tasers bij een politie-inal in een bedrijfspand. Het EHRM constateerde unaniem een schending van het Verdrag waarbij het verwees naar het ontbreken van een specifieke wettelijke regeling voor het gebruik van tasers en het gebrek aan training binnen het politieapparaat over het gebruik van dit geweldsmiddel. Ook in deze uitspraak verwees het EHRM naar de relevante bevindingen van het CPT, in dit geval ten aanzien van het gebruik van tasers.

6 Zie hierover meer uitgebreid frontex.europa.eu/operations/return/ ('Frontex-coordinated returns by air group together non-EU nationals from several Member States for a flight. Returnees are transported from several Member States to the Member State organising the flight, where they embark an aircraft and travel together to the destination airport in a third country').

4.5 Medische controle bij politiecontact

Wij brengen graag de zaak *Rudyak tegen Oekraïne* (4 september 2014, appl.no. 40514/06) onder de aandacht, inzake het voorzien in een medische controle bij binnenkomst in een politiekantoor. Aangezien we bij de *Salduz*-discussie geleerd hebben dat elk woordje in een Hofuitspraak kan tellen, kiezen we ervoor om paragraaf 58 integraal weer te geven:

'The Court further notes that no medical examination of the applicant was performed upon his arrival at the police station. The Court reiterates in this respect that a medical examination, together with the right of access to a lawyer and the right to inform a third party of one's detention, constitute fundamental safeguards against the ill-treatment of detained persons which should apply as from the very outset of deprivation of liberty, regardless of how it may be described under the legal system concerned (apprehension, arrest, and so forth) (see the 2nd General Report of the European Committee for the Prevention of Torture, CPT/Inf/E (2002) 1 – Rev. 2006, § 36, and *Korobov v. Ukraine*, no. 39598/03, § 70, 21 July 2011). This would not only ensure the applicant's rights are respected but would also enable the respondent Government to discharge their burden of providing a plausible explanation for those injuries. The absence of such a medical examination in the present case was even more disturbing, given that the applicant was arrested when no criminal proceedings were apparently pending against him and that he allegedly refused to have a lawyer present, while the applicant submitted that he had been beaten because he had requested the presence of a lawyer.'

Er valt veel te zeggen over deze passage, maar dat gaat het bestek van deze kroniek te buiten. In hoeverre het hierboven beschreven oordeel was ingegeven door de specifieke feiten van de casuspositie, is lastig voor ons om in te schatten. De gebruikte bewoordingen doen in elk geval vermoeden dat sprake is van een meer algemeen geldende rechtsregel.

4.6 Kindermisbruik

In de zaak *O'Keefe tegen Ierland* (28 januari 2014, appl.no. 35810/09) moest de Grote Kamer van het EHRM oordelen over seksueel misbruik op een katholieke school. Klaagster in deze zaak werd door één van haar leraren zo'n twintig maal seksueel misbruikt. Zij stelde voor het EHRM dat de Ierse staat haar onvoldoende bescherming had geboden tegen dit seksueel misbruik. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof rusten er positieve verplichtingen op de staat om het welzijn van kinderen te beschermen, ook tegen het geweld van derden, wanneer de overheid weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat kinderen worden misbruikt of mishandeld (denk bijvoorbeeld aan de uitspraak *X & Y tegen Nederland* van 26 maart 1985, appl.no. 8978/80). Er zal in elk geval voorzien moeten worden in een effectief mechanisme voor detectie en aangifte, net als een adequaat mechanisme voor rechtsbescherming achteraf. Klaagster hoefde niet te bewijzen dat de staat wetenschap had van een concreet risico voor haar persoonlijk, noch dat het misbruik niet had plaatsgevonden als de staat adequaat had opgetreden. Evenmin kon de staat deze aansprakelijkheid onder het EVRM afwentelen op het management van de desbetreffende scholen. Er waren namelijk al voor 1973 signalen bekend bij de overheid dat er problemen bestonden inzake seksueel misbruik binnen deze scholen.

4.7 Behandeling preventief gehechten in de rechtszaal

In de categorie *faits divers* valt de uitspraak van de Grote Kamer in de Russische zaken *Svinarenko & Slyadnev* (17 juli 2014, appl.nos. 32541/08 & 43441/08) waarin een zeldzame schending van artikel 3 EVRM werd geconstateerd omwille van de behandeling van de klagers in een rechtszaal. Het Hof oordeelde dat plaatsing van de verdachten in een stalen kooi tijdens het onderzoek ter terechtzitting een vernederende behandeling in de zin van artikel 3 van het Verdrag was.

5 Vrijheidsberoving

5.1 Voorlopige hechtenis

Op 9 december 2014 constateerde het EHRM een schending in de zaak *Geisterfer tegen Nederland* (appl.no. 15911/08) betreffende de voorlopige hechtenis van de betrokkene. Richard Geisterfer was één van de verdachten – naast onder anderen Willem Holleeder – in het zogenaamde Kolbak-onderzoek inzake georganiseerde afpersingen in de onroerendgoedwereld. Een onderdeel van onderzoek Kolbak betrof de afpersing van de op 2 november 2005 geliquideerde Cees Houtman. Op 30 januari 2006 werd de klager aangehouden en in verzekering gesteld. De klager bleef vervolgens in voorlopige hechtenis tot 7 mei 2007. Op die dag werd zijn voorlopige hechtenis geschorst omdat het strafproces tegen hoofdverdachte Holleeder voor onbepaalde tijd moest worden aangehouden als gevolg van een door hem te ondergane hartoperatie. Mede in het licht van de wens van de rechtbank om de diverse nauw gerelateerde strafzaken gelijktijdig te behandelen, besloot de rechtbank de voorlopige hechtenis van de klager te schorsen tot het moment dat de inhoudelijke behandeling van de strafzaken hervat kon worden. De schorsing van de voorlopige hechtenis van de klager duurde vier maanden. Op 25 september 2007 werd de inhoudelijke behandeling van de strafzaken hervat en werd de schorsing van de voorlopige hechtenis van de klager opgeheven. Vervolgens zat de klager wederom in voorlopige hechtenis, tot 4 december 2007. Op 21 december 2007 werd de klager door de rechtbank veroordeeld tot een gevangenisstraf van 18 maanden met aftrek van voorlopige hechtenis, wegens deelname aan een criminele organisatie, het medeplegen van afpersing en overtredingen van de Wet wapens en munitie. Deze veroordeling hield stand in hoger beroep en in cassatie.

De klager stelde dat zijn voorlopige hechtenis tussen 27 september 2007 en 4 december 2007 onrechtmatig was in het licht van artikel 5 EVRM. Het klaagschrift bevatte grofweg twee redeneringen:

- a) de voorlopige hechtenis van de klager werd meermaals verlengd onder verwijzing naar de geschokte rechtsorde (artikel 67a Sv). De klager stelde dat niet valt in te zien dat de rechtsorde nog steeds dermate geschokt was na de schorsing van zijn voorlopige hechtenis gedurende vier maanden dat herleving van de voorlopige hechtenis rechtmatig was;
- b) de klager stelde dat de nationale gerechten de voortdurende van zijn voorlopige hechtenis gebrekkig hadden gemotiveerd.

Het EHRM verwees naar standaardjurisprudentie inzake de (verlenging van) voorlopige hechtenis.⁷ Het Hof aanvaardde dat bepaalde strafbare feiten, gezien de bijzondere ernst en de publieke

⁷ Zie o.a. EHRM 29 maart 2010, appl.no. 3394/03 (Medvedyev e.a./Frankrijk) en EHRM 24 juli 2003, appl.no. 46133/99 (Smirnova/Rusland).

reactie daarop, sociale onrust kunnen veroorzaken die voorlopige hechtenis kunnen rechtvaardigen voor een bepaalde tijd. Echter, daarvan kan alleen sprake zijn indien aangetoond kan worden dat vrijlating van de verdachte de openbare orde daadwerkelijk zou schokken ('would actually disturb public order') én indien de openbare orde feitelijk bedreigd blijft ('if public order remains actually threatened'). In zijn algemeenheid kan de legitimiteit van voortzetting van de voorlopige hechtenis niet in abstracto beoordeeld worden onder verwijzing naar de ernst van de onderliggende strafbare feiten. In casu constateerde het EHRM dat de nationale rechter op 25 september 2007 slechts in algemene bewoordingen verwees naar de belangen van het openbaar ministerie. Bovendien is niet gebleken dat de vrijlating van de betrokkene op 7 mei 2007 aanleiding heeft gegeven tot enige publieke onrust. Het EHRM constateerde unaniem een schending van het Verdrag.

6 Recht op een eerlijk proces

6.1 Uitlokking

Wanneer een verdachte klaagt dat hij door of namens de overheid is uitgelokt tot de strafbare feiten waarvan hij wordt verdacht, is in de EHRM-jurisprudentie niet alleen van belang of daadwerkelijk sprake is geweest van uitlokking (materiële toets), maar ook of de nationale rechter het desbetreffende verweer van de verdachte voldoende heeft onderzocht (procedurele toets). In de zaken *Sandu tegen Moldavië* (11 februari 2014, appl.no. 16463/08) en *Lagutin e.a. tegen Rusland* (24 april 2014, no. 6228/09) constateerde het EHRM een schending van dit procedurele element. In beide zaken hadden de verdachten in de nationale procedure geklaagd dat zij uitgelokt waren. In de Straatsburgse procedure stelden zij dat de nationale rechters deze verweren zonder voldoende motivering hadden verworpen. In beide zaken werd door het EHRM een schending van artikel 6, eerste lid, EVRM geconstateerd. In *Sandu* oordeelde het Hof dat de nationale rechters onvoldoende hadden onderzocht of de activiteiten van een burger, die namens de politie werden uitgevoerd, konden worden aangemerkt als uitlokking en of er aanwijzingen bestonden dat de bewezen verklaarde omkoping ook zou hebben plaatsgevonden zonder de interventie van die burger. In *Lagutin* overwoog het Hof dat de nationale rechters hadden moeten onderzoeken waarom de undercover-operatie in kwestie was opgezet, in welke mate de politie daarbij was betrokken en op welke manieren de verdachten mogelijk waren aangezet tot het verstrekken van drugs.

6.2 Onschuldpresumptie

In hoeverre mag een rechtbank in een veroordelend vonnis overwegingen wijden aan de rol van een ander dan de verdachte bij het begaan van het strafbare feit wanneer die ander niet gelijktijdig wordt berecht? Deze vraag was aan de orde in de zaak *Karaman tegen Duitsland* (EHRM 27 februari 2014, appl.no. 17103/10). Een medeverdachte van de klager in deze zaak was veroordeeld wegens het in georganiseerd verband gebruiken van gelden voor eigen belangen, terwijl deze gelden waren ingezameld voor goede doelen. In het vonnis was overwogen dat de medeverdachte dit feit samen met de klager had begaan, waarbij de rol van de klager werd

omschreven als een leidende rol. De klager stond zelf niet terecht. Tegen hem werd in Turkije een procedure gestart wegens hetzelfde feit, maar ten tijde van de uitspraak door het Hof had de Turkse rechter zich nog niet inhoudelijk uitgelaten over de beschuldiging. De klager was van opvatting dat de onschuldpresumptie was geschonden, omdat de rechtbank zich had uitgelaten over zijn schuld, zonder dat deze in een procedure tegen hemzelf was vastgesteld. Het Hof deelde deze opvatting niet. Het overwoog dat het in complexe strafzaken soms onvermijdelijk is dat de rechter de rol van derden benoemt, omdat deze van belang kan zijn voor de vaststelling van de schuld van de persoon die terechtstaat.⁸ In deze zaak was dat inderdaad het geval, omdat moest worden vastgesteld of de klager deel had uitgemaakt van een criminele organisatie. Verder achtte het Hof relevant dat uit de bewoordingen in het vonnis bleek dat de klager werd beschouwd als een persoon ten aanzien van wie de schuld in een afzonderlijke procedure moest worden vastgesteld.

6.3 Recht op rechtsbijstand

Sinds de uitspraak van het EHRM in de zaak *Salduz tegen Turkije* (27 november 2008, appl.no. 36391/02), heeft het Hof diverse uitspraken gedaan over het recht op rechtsbijstand in het kader van politieverhooren. In de zaak *Blaj tegen Roemenië* (8 april 2014, no. 36259/04), was de klager verhoord, onmiddellijk nadat hij op heterdaad was betrapt op het aannemen van steekpenningen. Hij werd niet aangehouden, maar wel verhoord als 'person caught in the act of committing an offence'. Hij gaf antwoord op enkele vragen, zoals de vraag of een andere persoon iets voor hem had achtergelaten in zijn werkkamer. In Straatsburg voerde hij aan dat hij daarbij rechtsbijstand had moeten krijgen. Het Hof overwoog dat bij de beoordeling hiervan relevant is of het stellen van de vragen gelijkgesteld kan worden aan een verhoor. Omdat slechts enkele vragen werden gesteld die uitsluitend betrekking hadden op hetgeen feitelijk was voorgevallen toen hij op heterdaad werd betrapt, hij zijn antwoorden later in de procedure niet had betwist en zijn antwoorden niet van beslissende betekenis waren voor het bewijs, oordeelde het Hof dat het recht op rechtsbijstand niet was geschonden.

In veel *Salduz*-zaken kon het recht op rechtsbijstand niet worden uitgeoefend zonder dat met het onthouden van rechtsbijstand een specifiek doel werd beoogd. Rechtsbijstand kan echter ook heel bewust worden onthouden. Dat kan gerechtvaardigd zijn. Het recht op rechtsbijstand mag onder omstandigheden worden beperkt. In zijn uitspraak in de zaak *Ibrahim e.a. tegen Verenigd Koninkrijk* (16 december 2014, appl.no. 50541/08 e.a.) gaf het EHRM een overzicht van de relevante beoordelingsaspecten wanneer de overheid een verdachte opzettelijk rechtsbijstand bij een politieverhoor heeft onthouden. In de eerste plaats moet een goede reden bestaan. Het Hof spreekt van een *compelling reason* die de vertraging in het bieden van rechtsbijstand rechtvaardigt. In de tweede plaats moet worden beoordeeld of door de toelating tot het bewijs van de verklaring die de verdachte zonder rechtsbijstand heeft afgelegd, het recht op een eerlijk proces is geschonden. Ter beoordeling van dit tweede aspect noemde het EHRM vijf factoren: (1) het algemene wettelijke kader en waarborgen die daarin besloten liggen, (2) de kwaliteit van het

8 Vgl. EHRM 24 maart 2009, appl.no. 32271/04 (Poppe/Nederland) over de vraag of het noemen van de namen van de klagers in de vonnissen met betrekking tot medeverdachten de onpartijdigheid had aangetast van de rechters die later ook over de schuld van de klagers oordeelden.

bewijsmateriaal en de vraag of op grond van de wijze van verkrijging ervan reden bestaat om te twifelen aan de betrouwbaarheid ervan, (3) de vraag of de verklaring snel na het afleggen is ingetrokken, in het bijzonder wanneer de verdachte nadien wel rechtsbijstand genoot, (4) de procedurele waarborgen die tijdens het strafproces zijn toegepast, in het bijzonder de mogelijkheid om het bewijsmateriaal te betwisten en (5) de kracht van het overige bewijsmateriaal. Uiteindelijk gaat het erom dat het proces als geheel eerlijk is geweest. Toepast op de verschillende klagers, constateerde het Hof dat zich een klemmende reden had voorgedaan om pas na het eerste politieverhoor rechtsbijstand toe te laten. Er was namelijk sprake geweest van een *safety interview*, dat tot doel had informatie te vergaren omtrent een mogelijke terroristische aanslag. Ook de toelating als bewijsmateriaal kon de Straatsburgse toetsing doorstaan, onder meer omdat een wettelijke basis bestond voor de vertraagde rechtsbijstand, geen aanwijzingen bestonden dat de klagers onder dwang hadden verklaard en de verklaringen van de klagers verre van beslissend waren. Deze zaak is in behandeling genomen door de Grote Kamer, die voor 25 november 2015 een hoorzitting heeft gepland.

De jurisprudentie van het EHRM inzake het recht op rechtsbijstand voorafgaande aan een politieverhoor is inmiddels stevig ingeburgerd in de Nederlandse rechtspraak. De EHRM-jurisprudentie leidde tot een heftige discussie in de Nederlandse praktijk. Volstaat het bieden van consultatiebijstand of moet ook voorzien worden in verhoorbijstand? In 2009 overwoog de Hoge Raad: 'Uit de rechtspraak van het EHRM kan echter niet worden afgeleid dat de verdachte recht heeft op de aanwezigheid van een advocaat bij het politieverhoor' (HR 30 juni 2009, NJ 2009/349, ECLI:NL:HR:2009:BH3079). Op 1 april 2014 (ECLI:NL:HR:2014:770) herhaalde de Hoge Raad – in weerwil van de conclusie van advocaat-generaal Spronken – dit standpunt en voegde daaraan toe: 'Overigens kan niet worden uitgesloten dat het uitblijven van een wettelijke regeling te eniger tijd tot een andere afweging zal leiden bij de beoordeling van toekomstige gevallen waarin vragen naar de inhoud en de reikwijdte van het recht op "verhoorbijstand" aan de Hoge Raad worden voorgelegd'. Aan jeugdige verdachten komt volgens het arrest uit 2009 overigens wel verhoorbijstand toe (r.o. 2.6). In cassatie wordt zo nu en dan geklaagd over het niet hebben kunnen benutten van consultatiebijstand. Zie bijvoorbeeld HR 9 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3550 (verhoor gestart omdat raadsman niet binnen twee uur is verschenen; geen cassatie) en HR 21 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:133 (ten onrechte afstand van consultatiebijstand aangenomen).

Een voorstel tot een wettelijke regeling is inmiddels aanhangig bij de Tweede Kamer (kamerstuknummer 34157). Een conceptversie hiervan was voornamelijk bedoeld ter implementatie van de Salduz-jurisprudentie in Nederland. Ondertussen is de focus verschoven naar de implementatie van EU-richtlijn 2013/48/EU, die uiterlijk op 27 november 2016 moet zijn gerealiseerd. Waar discussie kan bestaan over de vraag of uit de Salduz-jurisprudentie een algemeen recht op verhoorbijstand kan worden afgeleid, is artikel 3, derde lid, sub b van de EU-richtlijn duidelijk: dat recht moet er komen. In het wetsvoorstel wordt dit geregeld in het nieuwe artikel 28d Sv. Het eerdere conceptwetsvoorstel beperkte het recht op verhoorbijstand tot verdachten die werden verdacht van een strafbaar feit waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van minimaal zes jaar is gesteld. Deze beperking is vervallen. Het recht op verhoorbijstand komt toe aan aangehouden verdachten en aan verdachten die zijn uitgenodigd voor een verhoor. De hulpofficier van justitie mag, met toestemming van de officier van justitie, weigeren een raadsman toe te laten tot het verhoor, maar alleen indien dit wordt gerechtvaardigd door een dringende noodzaak om (a) ernstige negatieve gevolgen voor het leven, de vrijheid, of de fysieke integriteit

van een persoon te voorkomen, of (b) te voorkomen dat substantiële schade aan het onderzoek wordt toegebracht. Speciaal voor kwetsbare verdachten en verdachten die worden verdacht van een twaalffarenfeit, bepaalt artikel 28b, eerste lid, Sv dat een raadsman aan hen moet worden toegevoegd. Wanneer bepaalde andere categorieën verdachten aangeven dat zij prijsstellen op een raadsman, zal deze eveneens moeten worden toegevoegd. Artikel 28a, eerste lid, Sv bepaalt dat vrijwillig en ondubbelzinnig afstand kan worden gedaan van het recht op rechtsbijstand. De verdachte die tijdens het verhoor wil worden bijgestaan door een raadsman, kan daartoe een verzoek doen. Alleen wanneer door de rechtsbijstand de orde of de voortgang van het verhoor zou worden verstoord, mag het verzoek worden afgewezen. Het recht voorafgaand aan het politieverhoor een raadsman te raadplegen wordt geregeld in artikel 28c Sv. Dit houdt in dat de verdachte zich gedurende maximaal een half uur mag onderhouden met een raadsman.

Het komt voor dat een niet-aangehouden verdachte is gehoord, zonder dat hij is uitgenodigd voor een verhoor. Hij wordt bijvoorbeeld op straat aangehouden en ter plaatse verhoord. Het wetsvoorstel voorziet niet in deze situatie. In een arrest van 18 november 2014 (ECLI:NL:HR:2014:3288) moest de Hoge Raad oordelen over het verhoor van een niet-aangehouden verdachte die geen verhoorbijstand had gekregen. Volgens de raadvrouw van de verdachte had hij recht op rechtsbijstand, omdat hij een verstandelijke beperking had. De Hoge Raad oordeelde dat de vaststelling van een verstandelijke beperking aan het gerechtshof was voorbehouden en refereerde aan zijn eerder ingenomen standpunt: het is aan de wetgever om vast te stellen dat bepaalde categorieën verdachten gerechtigd zijn tot verhoorbijstand.

6.4 Ondervragingsrecht

In 2011 heeft de Grote Kamer van het EHRM een baanbrekende uitspraak gedaan in de zaken *Al-Khawaja & Tahery tegen Verenigd Koninkrijk* (15 december 2011, appl.nos. 26766/05 & 22228/06). Uit deze uitspraak en de daarop volgende jurisprudentie kan een beslismodel worden afgeleid om te beoordelen of het recht belastende getuigen te ondervragen is geschonden.⁹ Een schending kan worden vastgesteld (1) omdat geen goede reden bestond voor het niet kunnen ondervragen van de getuige door de verdediging of (2) omdat de door de getuige eerder afgelegde verklaring in beslissende mate heeft bijgedragen aan de veroordeling en onvoldoende compensatie is geboden. Langzamerhand verschijnen echter barstjes in het model. Hoewel het enkele ontbreken van een goede reden de vaststelling van een schending kan rechtvaardigen, onderzoekt het Hof dikwijls óók de beslissendheid van de getuigenverklaring en compensatie. Dit deed het bijvoorbeeld in de zaak *Kazakov tegen Rusland* (4 december 2014, appl.no. 16412/06), waarin het overwoog dat het ondervragingsrecht was geschonden vanwege het ontbreken van een goede reden, het beslissende karakter van de getuigenverklaring én het ontbreken van voldoende compensatie. Hierdoor wordt de indruk gewekt dat het gaat om de optelsom van factoren en dat het enkele ontbreken van een goede reden niet voldoende zou zijn geweest om een schending te kunnen vaststellen. In zijn *concurring opinion* bij deze uitspraak sprak rechter Sicilianos in dit kader van een *triple jump*, die niet in overeenstemming is met de uitgangspunten van *Al-Khawaja & Tahery*. In de zaak *Schatschaschwili tegen Duitsland* (17 april 2014, appl.no. 9154/10) wekte het Hof sterk

⁹ Zie daarover uitvoerig B. de Wilde, *Stille getuigen. Het recht belastende getuigen in strafzaken te ondervragen (artikel 6 lid 3 sub d EVRM)* (diss. Amsterdam – VU), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

de suggestie dat ook bij niet-beslissende getuigenverklaringen compensatie vereist kan zijn. Reisinger spreekt in dit verband van een genuanceerde uitleg van het beslismodel.¹⁰ De zaak *Schatschaschwili* is momenteel aanhangig bij de Grote Kamer, die hopelijk meer duidelijk zal verschaffen over de betekenis van het beslismodel.

In de uitspraak in de zaken *Al-Khawaja & Tahery* speelde het arrest *Horncastle* van het Britse Supreme Court een belangrijke rol. In dit arrest motiveerde het Supreme Court uitvoerig waarom het meende dat de zogenaamde *sole or decisive rule* niet van toepassing was op het Britse recht.¹¹ De Grote Kamer heeft dit arrest afgewacht voordat zij uitspraak deed in de zaken *Al-Khawaja & Tahery*. Op deze manier is een rechterlijke dialoog op gang gebracht. Ondertussen heeft het EHRM ook uitspraak gedaan in de zaak *Horncastle e.a. tegen Verenigd Koninkrijk* (EHRM 16 december 2014, appl.no. 4184/10). In deze zaak was de *sole or decisive rule* niet toegepast. Het Hof toetste wel aan deze regel en stelde vast dat de verklaringen van de getuigen niet van beslissende betekenis waren. Ten aanzien van één getuige onderzocht het Hof of voldoende compensatie was geboden. Ten aanzien van een andere getuige liet het Hof dat onderzoek achterwege, omdat dat niet noodzakelijk was, nu de verklaring niet beslissend was. Dat is een interessante overweging tegen de achtergrond van de hiervoor besproken zaak *Schatschaschwili*.

De Nederlandse Hoge Raad heeft op 1 juli 2014 een overzichtsarrest gewezen (NJ 2014/441, ECLI:NL:HR:2014:1496) met betrekking tot de vraag volgens welke maatstaf getuigenverzoeken moeten worden beoordeeld en welke factoren relevant zijn bij de beoordeling of aan die maatstaf is voldaan. In een hele reeks arresten is de toepassing van deze regels vervolgens getoetst. Omdat het overzichtsarrest niet primair vanuit mensenrechtenperspectief is gemotiveerd, volstaan wij met een attendering. Wij wijzen ten slotte nog op een arrest van 17 juni 2014 (NJ 2014/499, ECLI:NL:HR:2014:1448), waarin de Hoge Raad oordeelde dat het gerechtshof het verzoek van de verdachte om een getuige te horen over de vordering van de benadeelde partij mocht afwijzen, omdat de benadeelde partij niet bevoegd is om getuigen aan te brengen. Onder verwijzing naar HR 13 december 2011, NJ 2012/11, ECLI:NL:HR:2011:BQ0834 achtte de Hoge Raad het aan de verdachte toestaan van een getuigenverhoor strijdig met het beginsel van *equality of arms*.

6.5 Ontwikkelingen in EU-verband

De Routekaart ter versterking van de procedurele rechten van verdachten¹² is nog gaande. Op 1 oktober 2013 is de wet ter implementatie van Richtlijn 2010/64/EU¹³ betreffende het recht op vertolking en vertaling in strafprocedures in werking getreden.¹⁴ Een verdachte die de Nederlandse taal niet machtig is heeft recht op kosteloze tolkenbijstand in een taal die hij wel voldoende beheerst, als hij met zijn raadsman spreekt, wanneer hij wordt gehoord, en ter zitting. Bovendien komt hem het recht toe op schriftelijke vertaling van essentiële processtukken. Wanneer een verzoek daartoe wordt afgewezen, kan de verdachte daartegen bezwaar maken

10 J.C. Reisinger, 'Van Straatsburg aan Nederland. Compensatie geeft de doorslag', *Strafblad* 2014, p. 306-307.

11 Supreme Court (Verenigd Koninkrijk) 9 december 2009, *R v. Horncastle e.a.* [2009] UKSC 14.

12 Resolutie van de Raad van 30 november 2009 over een routekaart ter versterking van de procedurele rechten van verdachten en beklagden in strafprocedures (*PbEU* 2009, C 295/01).

13 *PbEU* 2010, L 280/1.

14 Wet van 28 februari 2013, *Stb.* 2013, 85.

bij de rechter-commissaris. Ook onder de nieuwe wet bestaat geen recht op bijstand in de moedertaal. Een verdachte die bij de Hoge Raad klaagde over het uitblijven daarvan onder het oude recht, werd niet in het gelijk gesteld (HR 18 februari 2014, *NJ* 2014/164, ECLI:NL:HR:2014:358).

Op 5 november 2014 kwam een wet tot stand die Richtlijn 2012/13/EU,¹⁵ betreffende het recht op informatie in strafprocedures, heeft geïmplementeerd.¹⁶ In het nieuwe artikel 27c Sv worden verschillende verplichtingen tot het verstrekken van informatie gegeven. Zo zal een verdachte die wordt staande gehouden of aangehouden, moeten worden medegedeeld van welk feit hij wordt verdacht. Niet staande gehouden of aangehouden verdachten moeten deze mededeling krijgen voorafgaand aan hun eerste verhoor. Ten aanzien van andere informatieverplichtingen maakt artikel 27c Sv een onderscheid tussen aangehouden en niet-aangehouden verdachten. Niet aangehouden verdachten moeten alleen op de hoogte worden gesteld van het recht op rechtsbijstand en van het recht op een tolk dan wel op vertaling van stukken. In aanvulling daarop moeten aangehouden verdachten ook schriftelijk een cautie krijgen en op de hoogte worden gesteld van hun recht op kennisneming van processtukken en – in geval van voorarrest – van de termijn van voorgeleiding voor de rechter-commissaris en van de mogelijkheid om te verzoeken om opheffing of schorsing van de voorlopige hechtenis.

6.6 Overig

Onder het recht op een eerlijk proces valt een grote diversiteit aan onderwerpen, die wij niet allemaal even uitgebreid kunnen behandelen. Wij signaleren graag nog enkele ontwikkelingen in de rechtspraak. In zijn uitspraak in de zaken *Natsolishvili & Togonidze tegen Georgië* (29 april 2014, appl.no. 9043/05) ging het Hof uitvoerig in op de voorwaarden waaronder *plea bargaining* toelaatbaar is en waaronder een in het kader van *plea bargaining* afgelegde verklaring van de verdachte tegen hem mag worden gebruikt als bewijs. In de zaken *H & J tegen Nederland* (beslissing van 13 november 2014, appl.nos. 978/09 & 992/09) oordeelde het Hof over de vraag of de bij de IND door de klagers afgelegde verklaringen voor het bewijs mochten worden gebruikt in de latere tegen hen gevoerde strafrechtelijke procedures. Volgens de klagers maakte het gebruik daarvan een ongerechtvaardigde inbreuk op zowel *nemo tenetur* (niet verklaren zou hebben geleid tot terugzending naar land van herkomst) als het recht op privacy (schending van de toegezegde vertrouwelijkheid). De Hoge Raad verwierp de ten aanzien van deze punten geformuleerde klachten.¹⁷ Het Hof ging daarmee akkoord, omdat geen sprake is geweest van enige dwang om een verklaring af te leggen en omdat de toegezegde vertrouwelijkheid was bedoeld om de asielaanvragers te beschermen tegen represailles door de Afghaanse overheid, maar niet om hen immuun te maken voor strafrechtelijke vervolging.

In een arrest van 8 april 2014 (ECLI:NL:HR:2014:1614) was de Hoge Raad van oordeel dat het gerechtshof ten onrechte had aangenomen dat de verdachte afstand had gedaan van zijn recht aanwezig te zijn bij zijn berechting, omdat daarbij niet mocht worden vertrouwd op de mededeling van de griffie van het gerechtshof. In een arrest van 15 april 2014 (*NJ* 2014/341,

15 *PbEU* 2012, L 142/1.

16 Wet van 5 november 2014, *Stb.* 2014, 433, in werking getreden op 1 januari 2015.

17 HR 8 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7421 (zevende middel, inhoudelijk alleen besproken door de A-G).

ECLI:NL:HR:2014:1451) ging de Hoge Raad in op de vraag welke consequentie mag worden verbonden aan de onmogelijkheid een tegenonderzoek uit te voeren. Het gerechtshof had besloten tot bewijsuitsluiting, omdat het deskundigenverslag onrechtmatig was verkregen en omdat geen sprake was van *equality of arms*. De Hoge Raad overwoog echter dat de enkele omstandigheid dat een tegenonderzoek niet kon worden uitgevoerd, omdat de monsters in het ongereede waren geraakt, het deskundigenverslag niet onrechtmatig verkregen had gemaakt, terwijl de omstandigheden van de zaak doorslaggevend waren bij de beoordeling of het niet respecteren van *equality of arms* gevolgen moest krijgen.

7 Recht op privacy

7.1 Dataretentie exit?

Op 8 april 2014 heeft het Hof van Justitie van de EU de Dataretentierichtlijn (2006/24/EG) ongeldig verklaard in zijn uitspraak in de zaken *Digital Rights Ireland & Seitlinger* (C-293/12 & C-594/12). Deze richtlijn verplichtte de EU-staten ertoe gegevens van telefoon- en internetgebruik minimaal zes maanden en maximaal twee jaar te bewaren. Het Hof heeft getoetst of de richtlijn in overeenstemming was met het recht op privacy, neergelegd in de artikelen 7 en 8 van het EU-Grondrechtenhandvest. Het constateerde dat de richtlijn weliswaar een algemeen belang dient, namelijk de bestrijding van ernstige criminaliteit, maar niet voldoet aan het evenredigheidsbeginsel. De verplichtingen die de richtlijn oplegde, gingen verder dan wat noodzakelijk was. Ten eerste omdat alle gegevens van alle burgers zouden moeten worden bewaard, zonder dat bijvoorbeeld enig verband met het plegen van criminaliteit hoefde te bestaan. Ten tweede omdat de toegang tot de bewaarde gegevens onvoldoende was geregeld door materiële en procedurele voorwaarden te stellen. Ten derde omdat de bewaartermijn minimaal zes maanden bedraagt, zonder dat hierbij enige differentiatie is aangebracht tussen de verschillende categorieën gegevens en zonder dat duidelijk is op basis waarvan een langere bewaartermijn noodzakelijk zou kunnen zijn. Voor Nederland is de consequentie van het arrest dat de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens op losse schroeven is komen te staan. De Haagse kortgedingrechter heeft de wet naar aanleiding van het arrest buiten werking gesteld.¹⁸ Eind 2014 werd een conceptwetsvoorstel openbaar gemaakt waarin noodzakelijk geachte aanpassingen in de Telecommunicatiewet en het Wetboek van Strafvordering zijn opgenomen.¹⁹ Voordat dit conceptwetsvoorstel zich tot wet zal hebben ontwikkeld, zal veel tijd zijn verstreken. De Eerste Kamer heeft de regering verzocht om voorlopige maatregelen te treffen, maar deze heeft aangegeven de voorkeur te geven aan een wettelijke regeling.²⁰

18 Rb. Den Haag 11 maart 2015, ECLI:HR:RBDHA:2015:2498.

19 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 33 542, 16. Zie over dit voorstel A.C. Diesfeldt & F.C.W. de Graaf, 'Dataretentie. Een kwestie van alles of niets?', *NJB* 2015, p. 740-747.

20 *Kamerstukken I* 2014/15, 31145, AB.

7.2 Communicatie van gedetineerden met familie in eigen taal

Een heel ander aspect van het recht op privacy was in het geding in de zaak *Nusret Kaya e.a. tegen Turkije* (EHRM 22 april 2014, appl.nos. 43750/06 e.a.). De klagers stelden dat het recht op familieleven geschonden was doordat zij vanuit de gevangenis niet zonder beperkingen telefoongesprekken met familieleden mochten voeren in de Koerdische taal. Er mocht in beginsel uitsluitend in het Turks worden gecommuniceerd en alleen met inachtneming van bepaalde formaliteiten in het Koerdisch. Het EHRM overwoog dat maatregelen die de communicatie van gedetineerden beperken op zichzelf niet onverenigbaar zijn met artikel 8 EVRM. Het recht op vrijheid van taalgebruik valt weliswaar niet onder de bescherming van het EVRM, maar wanneer geen betekenisvol contact met familie kan worden onderhouden, kan het recht op privacy wel aangetast zijn. Het Hof achtte van belang dat Koerdisch een van de meest gebruikte talen in Turkije is en dat de taalkundige beperking voor alle gedetineerden gold, ongeacht of zij een concreet veiligheidsrisico opleverden. Het opleggen van een verplichting voor gedetineerden om aan te tonen dat familieleden geen Turks spraken, was niet voldoende onderbouwd met relevante argumenten. Daarom was een meerderheid van de Kamer van oordeel dat de beperkingen in de communicatie niet noodzakelijk waren in een democratische samenleving. Twee rechters deelden deze opvatting niet. Zij meenden dat het voor alle gedetineerden mogelijk was om in het Koerdisch te telefoneren en dat het feit dat daarbij bepaalde formaliteiten in acht moesten worden genomen geen disproportionele maatregel vormde.

8 Vrijheid van godsdienst

8.1 Boerkaverbod

In zaak *S.A.S. tegen Frankrijk* (1 juli 2014, appl.no. 43835/11) oordeelde de Grote Kamer van het EHRM over het verbod om gezichtsbedekkende kleding te dragen. In een groot aantal Europese landen, waaronder Nederland, wordt van tijd tot tijd geopperd om een dergelijk verbod in te voeren. In Frankrijk is het, te beperkt wel aangeduid als een boerkaverbod, daadwerkelijk ingevoerd. Op de dag van de inwerkingtreding van de desbetreffende wet, diende een Franse moslima een klacht in bij het Hof, omdat zij meende dat het verbod een ontoelaatbare inbreuk oplevert op haar vrijheid van godsdienst en privacy. Hoewel zij geen boete heeft gekregen, achtte het Hof haar klacht wel ontvankelijk, omdat zij haar gedrag zou moeten aanpassen vanwege het verbod. Het Hof kon eenvoudig vaststellen dat sprake is van een inbreuk op de vrijheid van godsdienst én het recht op privacy en dat deze inbreuk op een wet is gebaseerd. Lastiger was het om vast te stellen of deze inbreuk terug te voeren is op een van de in het Verdrag genoemde gronden om deze rechten te mogen beperken. Het Hof kwam – gebaseerd op de redenen die de Franse wetgever had aangedragen – uit op het belang van respect voor de minimumvereisten van het gemeenschappelijk leven in de samenleving en voerde dat vervolgens terug op het doel van ‘bescherming van de rechten en vrijheden van anderen’, genoemd in het tweede lid van de artikelen 8 en 9 EVRM. Ouwerkerk is kritisch over deze redenering: ‘Het belang van samen leven is voor zover mij bekend noch wettelijk beschermd noch algemeen aanvaard, laat staan dat in deze waarde iets te herkennen is van fundamentele beschermwaardig-

heid in EVRM-verband.²¹ Het is volgens haar eerder een uitgangspunt of ideaal dan een afdwingbaar recht. Het EHRM concludeerde dat het verbod proportioneel is. Frankrijk heeft een ruime *margin of appreciation*, onder andere omdat geen consensus bestaat tussen de verdragsstaten, en is daarbinnen gebleven. Daarbij is onder meer van belang dat overtreding van het verbod met de laagst mogelijke geldboete kan worden bestraft.

De Nederlandse regering heeft in 2015 aangekondigd dat zij een wetsvoorstel zal indienen waarin gezichtsbedekkende kleding zal worden verboden in onderwijs- en zorginstellingen, overheidsgebouwen en openbaar vervoer. Dit zal het vijfde wetsvoorstel worden over dit onderwerp. Om uiteenlopende redenen hebben de eerste vier voorstellen het niet tot wet gebracht.

9 Vrijheid van meningsuiting

9.1 Journalistiek bronbeschermingsrecht

Bij de Tweede Kamer is het wetsvoorstel bronbescherming in strafzaken (kamerstuknummer 34032) aanhangig. De kern hiervan wordt gevormd door het nieuwe artikel 218a Sv. Dit creëert een nieuwe categorie van verschoningsgerechtigden: 'Getuigen die als journalist of publicist in het kader van nieuwsgaring, beschikken over gegevens van personen die deze gegevens ter openbaarmaking hebben verstrekt onder voorwaarde dat de verstrekking niet tot hen kan worden herleid'. Anders dan bij andere verschoningsrechten wordt in het tweede lid voorgesteld dat de rechter-commissaris bevoegd wordt om een beroep op het verschoningsrecht af te wijzen wanneer hij oordeelt dat 'bij het onbeantwoord blijven van vragen aan een zwaarder wegend maatschappelijk belang een onevenredig grote schade zou worden toegebracht.' Het wetsvoorstel bouwt voort op jurisprudentie van het EHRM²² en op een aanbeveling van de Raad van Ministers van de Raad van Europa.²³

In zijn beslissing in de zaak *Ostade Blade tegen Nederland* (27 mei 2014, appl.no. 8406/06) sprak het EHRM zich uit over bronbescherming. Een tijdschrift had aangekondigd een brief te zullen plaatsen waarin bomaanslagen werden opgeëist. Het kantoor van het tijdschrift werd doorzocht, teneinde de originele brief en een database met abonnees van het tijdschrift in beslag te nemen. Diverse voorwerpen en computers werden in beslag genomen. Het tijdschrift diende vervolgens een claim in voor schadevergoeding, gebaseerd op ongerechtvaardigde inbreuken op de vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy. Deze werd door het gerechtshof afgewezen, omdat een goede grond had bestaan voor het uitvoeren van de doorzoeking en deze niet disproportioneel was geweest. De Hoge Raad vernietigde het arrest (HR 2 september 2005, NJ 2006/291, ECLI:NL:HR:2005:AS6926), onder meer omdat het gerechtshof bij de toetsing van de noodzakelijkheid van de inbreuken onvoldoende onderscheid had gemaakt tussen de vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy. Het Gerechtshof Amsterdam behandelde de zaak

21 J.W. Ouwerkerk, 'Het EHRM over het Franse boerkaverbod: Gepast terughoudend of krampachtig vermijdend?', *DD* 2015 (1), p. 42-56.

22 EHRM 27 maart 1996, appl.no. 17488/90 (Goodwin/Verenigd Koninkrijk); EHRM 22 november 2007, appl.no. 64752/01 (Voskuil/Nederland); EHRM 14 september 2010, appl.no. 38224/03; EHRM 22 november 2012, appl.no. 39315/06 (De Telegraaf/Nederland).

23 Recommendation R (2000) 7 on the right of journalists not to disclose their sources of information.

opnieuw. Het wees de schadevergoedingsvordering af. Dit oordeel bleef in cassatie in stand. Het EHRM achtte de klacht over schending van artikel 10 EVRM kennelijk ongegrond. Het overwoog dat het hier niet ging om informatievoorziening aan het publiek, maar om een informant die beweerde zelf strafbare feiten te hebben begaan. Daarom kwam hem minder bescherming toe dan niet-criminele informanten. Er was weliswaar sprake van een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting, maar deze was gerechtvaardigd ter voorkoming van strafbare feiten en was niet disproportioneel.

In een arrest van 31 maart 2005 (ECLI:NL:HR:2015:768) oordeelde de Hoge Raad over derdenwerking van inbreuk op bronbescherming. In deze zaak was een journaliste van De Telegraaf afgeluisterd door de AIVD toen zij sprak met een AIVD-medewerker. Deze medewerker werd later vervolgd wegens het doorspelen van staatsgeheime informatie. De afgeluisterde gesprekken zijn als bewijs gebruikt tegen de AIVD-medewerker. Het gerechtshof oordeelde, in navolging van de CTIVD dat het afluisteren van de journalist geen proportionele maatregel was geweest. Het besloot echter dat hieraan niet het gevolg hoefde te worden verbonden dat het materiaal moest worden uitgesloten om aan het bewijs mee te werken tegen de AIVD-medewerker. Het gebruik leverde volgens het gerechtshof geen schending op van het recht op een eerlijk proces. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand, omdat de AIVD-medewerker zelf niet als journalist kon worden aangemerkt en dus niet de bescherming genoot die wel aan journalisten toekomt. Wij attenderen graag op de uitvoerig onderbouwde conclusie van A-G Spronken.

9.2 Belediging en bedreiging

In een zaak waarover de Hoge Raad op 7 januari 2014 oordeelde (*NJ* 2014/172, ECLI:NL:HR:2014:485) was Geert Wilders in de raptekst bedreigd met de dood. De maker van de rap stelde dat deze als kunstuiting moest worden beschouwd. De Hoge Raad oordeelde echter dat dit enkele feit geen rechtvaardiging bood voor de bedreiging. In de zaak die leidde tot het arrest van 16 december 2014 (*NJ* 2015/108, ECLI:NL:HR:2014:3583), had een lokale politicus zich volgens de tenlastelegging beledigend uitgelaten over homoseksuelen en aangezet tot discriminatie van homoseksuelen. Het gerechtshof had hem vrijgesproken, omdat deze uitlatingen in de context van een politiek debat waren gedaan en niet de strekking hadden om te bedreigen of te intimideren. Om die reden achtte het gerechtshof het niet meer noodzakelijk om te beoordelen of de uitlatingen strafbaar waren op grond van de artikelen 137c en 137d Wetboek van Strafrecht (Sr). De Hoge Raad heeft een streep gezet door de laatstgenoemde overweging. Het gerechtshof heeft niet het juiste beoordelingskader toegepast. Het had moeten onderzoeken of de uitlatingen onnodig grievend waren en een afweging moeten maken tussen het belang om bij te dragen aan het publieke debat en 'de verantwoordelijkheid die de politicus in het publieke debat draagt om te voorkomen dat hij uitlatingen verspreidt die strijdig zijn met de wet en met de grondbeginselen van de democratische rechtsstaat.' Het gerechtshof heeft ten onrechte slechts onderzocht of uitlatingen aanzetten tot haat of geweld of discriminatie. Het had ook moeten onderzoeken of de uitlatingen aanzetten tot onverdraagzaamheid. Dit laatste vindt annotator Rozemond (bij *NJ* 2015/108) opmerkelijk, omdat het niet wordt genoemd in de tekst van de artikelen 137c en 137d Sr.

9.3 Aansprakelijkheid van internetproviders

Mag een internetprovider aansprakelijk worden gesteld voor strafbare uitlatingen van derden via door hen beheerde websites? Deze vraag was aan de orde in de zaak *Delfi AS tegen Estland* (EHRM [GK] 16 juni 2015, appl.no. 64569/09). Op een nieuwswebsite was een bericht geplaatst waarop door derden commentaar was gegeven dat beledigend was voor anderen. De zaak betrof weliswaar privaatrechtelijke aansprakelijkheid, maar omdat de overwegingen van het Hof bij strafrechtelijke aansprakelijkheid vermoedelijk grotendeels zouden overeenkomen, bespreken wij deze uitspraak toch in deze bijdrage. De kern van de overwegingen van de Grote Kamer wordt gevormd door de beoordeling van de noodzakelijkheid van de inbreuk op vrijheid van meningsuiting. Daarbij zijn vijf aspecten van belang: de context van de commentaren, de maatregelen die Delfi AS had getroffen om beledigende commentaren te voorkomen of te verwijderen, de aansprakelijkheid van de personen die de commentaren hebben geplaatst en de gevolgen van de nationale procedure voor het bedrijf. Op basis van al deze factoren tezamen genomen was het Hof van oordeel dat de oplegging van een schadevergoedingsverplichting aan het bedrijf geen schending van de vrijheid van meningsuiting opleverde. In deze zaak was aansprakelijkheid van de internetprovider dus toelaatbaar, maar het Hof heeft niet uitgesloten dat het bij andere omstandigheden bereid zou zijn een schending vast te stellen.

9.4 Naaktlopen als meningsuiting?

In de zaak *Gough tegen Verenigd Koninkrijk* (28 oktober 2014, appl.no. 49327/11) heeft het EHRM geoordeeld over de klacht van een man die uit principiële overwegingen naakt in het openbaar wilde kunnen wandelen en die voor deze wandelingen keer op keer was bestraft, uiteindelijk zelfs met gevangenisstraf. Het EHRM meende dat weliswaar de vrijheid van meningsuiting was aangetast, maar dit noodzakelijk was in een democratische samenleving. De klager was voor zijn aanhoudingen verzocht om kleren aan te trekken, maar dit had hij geweigerd. Gevangenisstraf was weliswaar een zware sanctie, maar omdat de man steeds weer in herhaling viel, was deze sanctie niet disproportioneel.