

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/58743> holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Brink, Yannick Nelson van den

Title: Voorlopige hechtenis in het Nederlandse jeugdstrafrecht : wet en praktijk in het licht van internationale en Europese kinder- en mensenrechten

Date: 2018-01-25

2 Het verbod op onrechtmatige en willekeurige vrijheidsbeneming van minderjarigen

2.1 INLEIDING

Het recht op persoonlijke vrijheid is een fundamenteel mensenrecht dat inhoudt dat een ieder in beginsel het recht heeft om fysiek vrijelijk te kunnen bewegen.¹ De toepassing van vrijheidsbenemende interventies in het jeugdstrafrecht, zoals het in voorlopige hechtenis nemen van een minderjarige verdachte, vormt dan ook een directe inbreuk op het recht op persoonlijke vrijheid van de betreffende minderjarige.² Een adequate bescherming van het recht op persoonlijke vrijheid veronderstelt dat de toepassing van vrijheidsbenemende interventies is gebonden aan rechtswaarborgen.³ Eén van de meest fundamentele rechtswaarborgen is dat een ieder – in het bijzonder iedere minderjarige⁴ – dient te worden beschermd tegen onrechtmatige en willekeurige vrijheidsbeneming.⁵ Het verbod op ‘onrechtmatige’ (“*unlawful*”) en ‘willekeurige’ (“*arbitrary*”) vrijheidsbeneming is dan ook stevig verankerd in onder meer artikel 9, eerste lid IVBPR, artikel 37(b) IVRK en artikel 5, eerste lid EVRM.⁶

Hoewel het vereiste van rechtmatigheid en het verbod op willekeur kunnen overlappen, hebben deze een zelfstandige betekenis en aan beide voorwaarden dient te zijn voldaan wil vrijheidsbeneming gerechtvaardigd zijn.⁷ De toepassing van vrijheidsbenemende dwangmiddelen ten aanzien van minderjarigen dient aldus een dubbele toets te doorstaan.⁸ Om helder

1 Zie Schabas & Sax 2006, p. 59; Nowak 2005, p. 211-212; Trechsel 2005, p. 408-409, met verwijzing naar: EHRM 9 juni 1976, Appl. Nrs. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72 (*Engel e.a. t. Nederland*), par. 58.

2 Liefwaard 2008, p. 172-173.

3 *Ibid.*

4 Kinderrechtencomité 2007, par. 78 e.v.

5 Zie o.m.: Schabas & Sax 2006, p. 76 e.v.; Nowak 2005, p. 211-212; Trechsel 2005, p. 420 e.v.; Liefwaard 2008, p. 173 e.v.

6 De noties ‘*lawfulness*’ en ‘*arbitrariness*’ lenen zich slecht voor een accurate Nederlandse vertaling. Dit komt onder meer tot uitdrukking in het feit dat ‘*unlawful*’ in de officiële Nederlandse vertaling van de tekst van artikel 37(b) IVRK wordt vertaald als ‘onwettig’, terwijl deze term in de tekst van het artikel 5, eerste lid EVRM wordt vertaald als ‘onrechtmatig’. Voorts is het de vraag of ‘willekeurig’ per definitie kan doorgaan voor een exacte vertaling van de term ‘*arbitrary*’. Ten behoeve van de leesbaarheid wordt in het navolgende niettemin gekozen voor het gebruik van de Nederlandstalige termen ‘(on)rechtmatigheid’ en ‘willekeur’ als vertaling van de termen ‘*(un)lawfulness*’ en ‘*arbitrariness*’.

7 Mensenrechtencomité 2014, par. 11. Zie ook: Schabas & Sax 2006, p. 76.

8 *Ibid.*

te krijgen welke eisen deze dubbele toets stelt aan de toepassing van voorlopige hechtenis van minderjarige verdachten, wordt in dit hoofdstuk beoogd op basis van de verdragsteksten en hun totstandkominggeschiedenis, commentaren en aanbevelingen van internationale mensenrechtencomités, rechtspraak van onder meer het EHRM, rechtswetenschappelijke literatuur en andere gezaghebbende bronnen de betekenis en implicaties van de noties van ‘rechtmatigheid’ en ‘willekeur’ inzichtelijk te maken (par. 2.3 e.v.). Allereerst zal worden ingegaan op de reikwijdte van het recht op persoonlijke vrijheid (par. 2.2).

2.2 INBREUKEN OP HET RECHT OP PERSOONLIJKE VRIJHEID

De rechtswaarborgen tegen onrechtmatigheid en willekeur, zoals neergelegd in artikel 37(b) IVRK, artikel 9, eerste lid IVBPR en artikel 5, eerste lid EVRM, zijn uitsluitend van toepassing als sprake is van een inbreuk op het recht op persoonlijke vrijheid. Dit betreft het recht om fysiek vrijelijk te kunnen bewegen *in strikte zin*, hetgeen onderscheiden moet worden van het recht op vrije verplaatsing (zie par. 2.2.2).⁹ Het recht op persoonlijke vrijheid leent zich echter het best voor definiëring aan de hand van hetgeen waartegen het bescherming biedt, te weten vrijheidsbeneming.¹⁰ Schabas & Sax beschouwen dit als de ‘negatieve kant’ van het recht op persoonlijke vrijheid.¹¹ Artikel 37 IVRK beperkt zich zelfs volledig tot deze ‘negatieve kant’, daar deze bepaling – anders dan artikel 9, eerste lid IVBPR en artikel 5, eerste lid EVRM – het recht op persoonlijke vrijheid niet expliciet verwoordt, maar niettemin voorziet in waarborgen tegen inbreuken op dit recht.¹²

2.2.1 Definitie en reikwijdte van ‘vrijheidsbeneming’

Artikel 37(b) IVRK verklaart zich van toepassing op situaties die kunnen worden aangemerkt als ‘vrijheidsberoving’ (lees: ‘*deprivation of liberty*’, ook wel vertaald als ‘vrijheidsbeneming’ of ‘vrijheidsontneming’¹³) van minderjarigen, waaronder in ieder geval ‘aanhouding’, ‘inhechtenisneming’ en ‘gevangenneming’. Noch artikel 37 IVRK als zodanig, noch het op deze bepaling betrekking hebbende *General Comment no. 10* van het Kinderrechtencomité voorziet in een duidelijke uitleg van wat vrijheidsberoving inhoudt. Een nadere definiëring kan evenwel worden gevonden in de in

9 Het recht op vrije verplaatsing is neergelegd in onder meer artikel 2 van het Vierde Protocol bij het EVRM en artikel 12 IVBPR.

10 Trechsel 2005, p. 409.

11 Schabas & Sax 2006, p. 59.

12 *Ibid.*

13 De term ‘*deprivation of liberty*’ is in de officiële Nederlandstalige teksten van verschillende internationale verdragen en standaarden vertaald als ‘vrijheidsberoving’, ‘vrijheidsontneming’ of ‘vrijheidsbeneming’. Deze verschillende Nederlandstalige termen zien aldus op hetzelfde concept.

1990 door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties aangenomen 'Havana Rules' inzake de bescherming van jeugdigen die hun vrijheid zijn ontnomen.¹⁴ In regel 11(b) van de Havana Rules wordt 'vrijheidsberoving' gedefinieerd als elke vorm van detentie, gevangenneming of plaatsing van een persoon in een publieke of private gesloten instelling, waaruit het de persoon niet vrij staat om weg te gaan, op grond van een bevel van een rechtelijke, bestuurlijke of andere publieke autoriteit. In de *General Guidelines for periodic reports* verwijst het Kinderrechtencomité expliciet naar deze definitie van vrijheidsberoving ter invulling van het verzoek om informatie over de implementatie van artikel 37(b) IVRK.¹⁵ Schabas & Sax leiden hieruit af dat vrijheidsberoving in de zin van artikel 37(b) IVRK alle situaties behelst waarin een kind op grond van een bevel van een overheidsautoriteit wordt ingesloten in een bepaalde, afgebakende ruimte zonder dat het kind de mogelijkheid heeft hieruit op basis van eigen wil te vertrekken.¹⁶ Dit omvat een variëteit aan gevallen, waaronder opsluiting van minderjarigen in politiecellen en (jeugd)detentiecentra, maar bijvoorbeeld ook gesloten plaatsing in een zorginstelling.¹⁷

In artikel 9, eerste lid IVBPR wordt als inbreuk op het recht op persoonlijke vrijheid uitdrukkelijk genoemd: 'vrijheidsontneming', waaronder 'arrestatie' en 'gevangenhouding'. Volgens Nowak wordt met 'arrestatie' bedoeld op de handeling waarmee een persoon zijn persoonlijke vrijheid wordt ontnomen, hetgeen in het algemeen de gehele initiële periode van vrijheidsontneming beslaat tot het moment dat de persoon voor een "*competent authority*" wordt gebracht. De term 'gevangenhouding' verwijst naar de toestand van vrijheidsontneming als zodanig, ongeacht of dit volgt uit een arrestatie, een veroordeling, ontvoering of een andere handeling.¹⁸ Meer concreet stelt Nowak dat inbreuk op het recht op persoonlijke vrijheid wordt gemaakt wanneer sprake is van gedwongen detentie van een persoon op een strak omgrensde locatie, zoals onder meer het gedwongen verblijf in een gevangenis of ander detentiecentrum, psychiatrische instelling, opvoedingsinstelling of afkickkliniek, evenals een bevel tot huisarrest.¹⁹

Artikel 5, eerste lid EVRM verwijst expliciet naar 'arrestatie', 'detentie' en 'vrijheidsontneming' als inbreuken op het recht op persoonlijke vrijheid. Het EHRM heeft meermaals overwogen dat bij de beoordeling of sprake is van vrijheidsontneming, de feitelijke situatie van de betreffende persoon als startpunt heeft te gelden en dat voorts verschillende criteria in overweging dienen te worden genomen, waaronder het type, de duur, de effecten en de

14 'UN Minimum rules for the protection of juveniles deprived of their liberty', Resolutie 45/113, 14 december 1990.

15 Kinderrechtencomité 1996, par. 138.

16 Schabas & Sax 2006, p. 60.

17 Zie voor een overzicht: *Ibid.*, p. 61-62.

18 Nowak 2005 p. 221.

19 *Ibid.*, p. 212. Dat huisarrest een inbreuk op het recht op persoonlijke vrijheid in de zin van artikel 9, eerste lid IVBPR oplevert, volgt onder meer uit: MRC 28 maart 2007, Comm. Nr. 1172/2003 (*Abbassi t. Algarije*), par. 8.3.

uitvoering van de betreffende maatregel (zie ook par. 2.2.2).²⁰ Trechsel stelt in dit kader dat aanvaard kan worden dat ‘vrijheidsontneming’ is aan te duiden als een maatregel genomen door een publieke autoriteit waardoor een persoon tegen diens wil voor een bepaalde tijd in een beperkte ruimte wordt gehouden en waarbij deze persoon door dwang, of de dreiging daarvan, wordt verhinderd om deze ruimte te verlaten.²¹ Uit de rechtspraak van het EHRM is op te maken dat hiervan niet alleen sprake is in het geval van opsluiting in een cel, maar bijvoorbeeld ook in gevallen van gesloten plaatsing in een ziekenhuis²² of huisarrest.²³ Hiervoor is het niet noodzakelijk dat de deuren van de ruimte op slot zitten of dat (elektronisch) toezicht wordt toegepast; de enkele dreiging van dwang – bijvoorbeeld door de mogelijke sancties die volgen bij het verlaten van de ruimte – volstaat.²⁴ Wel dient de vrijheidsontneming van een zekere duur te zijn, wil het binnen de reikwijdte van artikel 5 EVRM vallen. Zo oordeelde de ECRM dat een twee uur durend verblijf van twee kinderen op het politiebureau – in een ruimte waarvan de deuren niet op slot waren – om te worden verhoord door de politie, geen vrijheidsontneming in de zin van artikel 5 EVRM oplevert.²⁵ In een andere zaak heeft het EHRM het voor 8,5 uur vasthouden van een verdachte in een afgesloten cel op het politiebureau daarentegen wel als vrijheidsontneming aangemerkt.²⁶

Of in een concreet geval sprake is van vrijheidsontneming kan voorts afhangen van de omstandigheden waarin de betreffende persoon verkeert en de mate van vrijheid die hij of zij voorheen genoot.²⁷ Zo vormt het opleggen van extra beperkingen ten aanzien van een persoon wiens vrijheid reeds is ontnomen – zoals het plaatsen van een gedetineerde in een isoleercel als disciplinaire straf – geen (afzonderlijke) vrijheidsontneming in de zin van artikel 5 EVRM, daar het verschil met de voorgaande situatie relatief klein is.²⁸ Hierbij is de feitelijke situatie van de betreffende persoon doorslaggevend. Zo is een persoon die lopende zijn gevangenisstraf voorwaardelijk

20 Zie o.m.: EHRM 9 juni 1976, Appl. Nrs. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72 (*Engel e.a. t. Nederland*), par. 59; EHRM 25 juni 1996, Appl. Nr. 19776/92 (*Amuur t. Frankrijk*), par. 42; EHRM 15 maart 2012, Appl. Nrs. 39692/09, 40713/09 en 41008/09 (*Austin e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 57; EHRM 17 juli 2012, Appl. Nr. 2913/06 (*Munjaz t. Verenigd Koninkrijk*), par. 66; EHRM 12 september 2012, Appl. Nr. 10593/08 (*Nada t. Zwitserland*), par. 225; EHRM 23 februari 2017, Appl. Nr. 43395/09 (*De Tommaso t. Italië*), par. 80.

21 Trechsel 2005, p. 412.

22 EHRM 28 november 2002, Appl. Nr. 58442/00 (*Lavents t. Letland*), par. 63.

23 Zie EHRM 5 juli 2016, Appl. Nr. 23755/07, EHRC 2017/30, m.nt. Crijns (*Buzadji t. Moldavië*), par. 104 en EHRM 23 februari 2017, Appl. Nr. 43395/09 (*De Tommaso t. Italië*), par. 87, en de daarin opgenomen verwijzingen naar eerdere EHRM-rechtspraak. Zie ook: paragraaf 2.2.2.

24 Trechsel 2005, p. 415.

25 ECRM 1981, Appl. Nr. 8819/79 (*X & Y t. Duitsland*), aangehaald in: Trechsel 2005, p. 416.

26 EHRM 1 maart 2016, Appl. Nr. 52942/09 (*Popovicu t. Roemenië*), par. 56-60.

27 Trechsel 2005, p. 417-418.

28 Zie ECRM 9 december 1987, Appl. Nr. 11703/85 (*D. t. Duitsland*), aangehaald in: Trechsel 2005, p. 418.

in vrijheid is gesteld feitelijk niet langer zijn vrijheid ontnomen. Dit impliceert evenwel dat een beslissing tot opheffing van de voorwaardelijke invrijheidstelling en daarmee voortzetting van de gevangenisstraf resulteert in een (nieuwe) vrijheidsbeneming.²⁹

2.2.2 Vrijheidsbeneming versus vrijheidsbeperking

In het internationale en Europese mensenrechtenkader wordt onderscheid gemaakt tussen *vrijheidsbeneming* en *vrijheidsbeperking*. Daar waar vrijheidsbeneming een inbreuk betreft op het recht op persoonlijke vrijheid, gaat het bij vrijheidsbeperking om een inbreuk op het recht op vrije verplaatsing, zoals neergelegd in artikel 12 IVBPR en artikel 2 Vierde Protocol EVRM. Het verschil tussen een inbreuk op de persoonlijke vrijheid en een beperking van de vrijheid van verplaatsing ligt niet zozeer in de aard, doch in de intensiteit van de beperkingen op het vrijelijk kunnen bewegen.³⁰ Het betreft een graadueel verschil, waarbij de grens tussen een inbreuk op de persoonlijke vrijheid en de beperking van de vrijheid van verplaatsing niet altijd eenvoudig is te trekken.³¹ Volgens de rechtspraak van het EHRM moet dit per geval op basis van de feitelijke situatie worden beoordeeld, waarbij onder meer het type, de duur, de effecten en de uitvoering van de betreffende maatregel relevante factoren kunnen zijn.³²

Niettemin zijn er in de rechtspraak van het EHRM wel een aantal vaste lijnen te ontdekken. Zo is het inmiddels bestendige rechtspraak dat huis-arrest, gelet op de intensiteit van deze maatregel, wordt erkend als een vorm van vrijheidsbeneming in de zin van artikel 5 EVRM.³³ Als het enkel gaat

29 Vgl. EHRM 2 maart 1987, Series A. Nr. 114 (*Weeks t. Verenigd Koninkrijk*), par. 40. Zie in het kader van artikel 9, eerste lid IVBPR: MRC 18 oktober 2007, Comm. Nr. 1385/2005 (*Manuel t. Nieuw Zeeland*), par. 7.2.

30 Zie o.m.: EHRM 6 november 1980, Series A. Nr. 39 (*Guzzardi t. Italië*), par. 93; EHRM 28 mei 1985, Series A. Nr. 93 (*Ashingdane t. Verenigd Koninkrijk*), par. 41. Voorts stelt Nowak in het kader van artikel 12 IVBPR dat iedere inbreuk op de persoonlijke vrijheid tevens een beperking van de vrijheid van verplaatsing inhoudt, maar dat de vrijheid van verplaatsing veel ruimer is, daar het ook minder ingrijpende beperkingen van de bewegingsvrijheid omvat. Zie: Nowak 2005, p. 265.

31 EHRM 6 november 1980, Series A. Nr. 39 (*Guzzardi t. Italië*), par. 93. Vgl. Nowak 2005, p. 265.

32 Zie o.m.: EHRM 9 juni 1976 (*Engel e.a. t. Nederland*), par. 59; EHRM 25 juni 1996, Appl. Nr. 19776/92 (*Amuur t. Frankrijk*), par. 42; EHRM 15 maart 2012, Appl. Nrs. 39692/09, 40713/09 en 41008/09 (*Austin e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 57; EHRM 12 september 2012, Appl. Nr. 10593/08 (*Nada t. Zwitserland*), par. 225; EHRM 23 februari 2017, Appl. Nr. 43395/09 (*De Tommaso t. Italië*), par. 80.

33 EHRM 5 juli 2016, Appl. Nr. 23755/07, EHRC 2017/30, m.nt. Crijns (*Buzadji t. Moldavië*), par. 104, met verwijzing naar EHRM 2 augustus 2001, Appl. Nr. 44955/98 (*Mancini t. Italië*), par. 17; EHRM 28 november 2002, Appl. Nr. 58442/00 (*Lavents t. Letland*), par. 64-66; EHRM 30 september 2004, Appl. Nr. 40896/98 (*Nikolova t. Bulgarije*), par. 60; EHRM 15 juli 2014, Appl. Nr. 47306/07 (*Ninescu t. Moldavië*), par. 53; EHRM 28 april 2015, Appl. Nr. 6858/11 (*Delijorgji t. Albanië*), par. 75. Zie nog recent: EHRM 23 februari 2017, Appl. Nr. 43395/09 (*De Tommaso t. Italië*), par. 87.

om huisarrest tijdens de nachtelijke uren (een avondklok), dan is er daarentegen geen sprake van vrijheidsbeneming, maar van vrijheidsbeperking in de zin van artikel 2 Vierde Protocol bij het EVRM.³⁴ Dit geldt in beginsel ook voor bijvoorbeeld een locatiegebod, waarbij een persoon verplicht is om binnen een bepaald gebied te verblijven, alsook voor een verbod om zich op bepaalde locaties te begeven, een verbod om contact te hebben met bepaalde personen, de verplichting om zich op gezette momenten te melden bij de toezichthoudende autoriteiten en andere vormen van intensief toezicht.³⁵ Dat dergelijke interventies in beginsel worden beschouwd als vormen van vrijheidsbeperking en niet als vrijheidsbeneming sluit tevens aan bij de opvattingen van het Mensenrechtencomité over vrijheidsbeperking in de zin van artikel 12 IVBPR.³⁶

Tegelijkertijd volgt uit de rechtspraak van het EHRM dat interventies, die individueel beschouwd geen vrijheidsbeneming, maar vrijheidsbeperking opleveren, in onderlinge samenhang – door de “cumulatie en combinatie” van interventies – zodanig ingrijpend kunnen zijn dat alsnog sprake is van vrijheidsbeneming in de zin van artikel 5 EVRM.³⁷ Hiervan was bijvoorbeeld sprake in de zaak *Guzzardi t. Italië*, waarin het EHRM heeft overwogen dat de omstandigheden dat klager verplicht moest verblijven in een gebied van zeer kleine omvang, gelegen op een eiland, in de nachtelijke uren zijn woning niet mocht verlaten, vrijwel permanent onder toezicht stond en slechts zeer beperkt mogelijkheden had om sociale contacten te hebben met de buitenwereld, tezamen zodanig ingrijpend zijn dat in dit geval sprake is van vrijheidsbeneming.³⁸ Toch lijkt het EHRM hier in beginsel terughoudend mee om te gaan. Zo is het EHRM in de zaak *Villa t. Italië* tot het oordeel gekomen dat de omstandigheden dat de klager verplicht was om op een bepaalde locatie te wonen, die gemeente niet mocht verlaten, in de nachtelijke uren zijn woning niet mocht verlaten, verplicht was contact te onderhouden met een psychiatrische instelling en zich eens per maand moest melden bij de politie die toezicht op hem hield, ook in onderlinge samenhang bezien geen vrijheidsbeneming opleveren in de zin van artikel 5 EVRM.³⁹ Ook in diverse andere zaken heeft het EHRM op basis van een beoordeling van de feitelijke situatie geconcludeerd dat de combinatie van overwegend vrijheidsbeper-

34 EHRM 23 februari 2017, Appl. Nr. 43395/09 (*De Tommaso t. Italië*), par. 84-89, met verwijzing naar o.m. EHRM 6 april 2000, Appl. Nr. 26772/95 (*Labita t. Italië*), par. 63 en 193; EHRM 1 juli 2004, Appl. Nr. 36681/97 (*Vito Sante Santoro t. Italië*), par. 13 en 37; EHRM 20 april 2010, Appl. Nr. 19675/06 (*Villa t. Italië*), par. 43-44.

35 *Ibid.*

36 Vgl. MRC 3 maart 1983, Comm. Nr. 138/1983 (*Ngalula Mpandanjila et al. t. Zaïre*), par. 8 en 10; MRC 29 november 1989, Comm. Nrs. 241/1987 en 242/1987 (*Birindwa ci Bithash-wiwa & Tshisekedi wa Mulumba t. Zaïre*), par. 13a en b. Vgl. Nowak 2005, p. 212; Schabas & Sax 2006, p. 59.

37 EHRM 6 november 1980, Series A. Nr. 39 (*Guzzardi t. Italië*), par. 95. Zie ook: EHRM 23 februari 2017, Appl. Nr. 43395/09 (*De Tommaso t. Italië*), par. 80.

38 EHRM 6 november 1980, Series A. Nr. 39 (*Guzzardi t. Italië*), par. 93-95.

39 EHRM 20 april 2010, Appl. Nr. 19675/06 (*Villa t. Italië*), par. 43-44.

kende interventies in de desbetreffende zaken niet binnen de reikwijdte valt van artikel 5 EVRM.⁴⁰

Aldus heeft het EHRM in zijn rechtspraak grofweg kenbaar gemaakt welke interventies, afzonderlijk beschouwd, als vrijheidsbeneming dan wel als vrijheidsbeperking zijn te kwalificeren. Of een cumulatie en combinatie van *an sich* vrijheidsbeperkende maatregelen vrijheidsbeneming oplevert, valt evenwel niet in abstracto te zeggen. De scheidslijn tussen vrijheidsbeneming en vrijheidsbeperking is aldus fluïde. Op basis van het voorgaande kan er evenwel vanuit worden gegaan dat voorlopige hechtenis van minderjarigen in beginsel is te kwalificeren als vrijheidsbeneming, ook als dit in de vorm van huisarrest ten uitvoer wordt gelegd. Dit betekent dat de toepassing van voorlopige hechtenis ten aanzien van minderjarige verdachten in beginsel binnen de reikwijdte valt van artikel 37(b) IVRK, artikel 9 IVBPR en artikel 5 EVRM en de daaruit voortvloeiende waarborgen tegen onrechtmatige en willekeurige vrijheidsbeneming.

2.3 INTERNATIONALE WAARBORGEN TEGEN ONRECHTMATIGE EN WILLEKEURIGE VRIJHEIDSBENEMING

Het kinder- en mensenrechtelijke verbod op onrechtmatige en willekeurige vrijheidsbeneming brengt verschillende waarborgen met zich mee voor de voorlopige hechtenis van minderjarigen. Voordat de waarborgen die voortvloeien uit de Europese standaarden die zijn neergelegd in het EVRM aan de orde komen (par. 2.4), zal in deze paragraaf nader worden ingegaan op de waarborgen die voortvloeien uit internationale kinder- en mensenstandaarden die zijn vastgelegd in het IVRK en het IVBPR. Deze waarborgen beogen individuen wereldwijd te beschermen tegen onrechtmatige en willekeurige vrijheidsbeneming, waarbij artikel 37(b) IVRK zich specifiek toespitst op de bescherming van minderjarigen.

Artikel 37(b) IVRK is nauw verwant met artikel 9, eerste lid IVBPR. Het verbod op onrechtmatige en willekeurige vrijheidsbeneming in artikel 37(b) IVRK is volgens de *travaux préparatoires* van het IVRK in belangrijke mate gebaseerd op artikel 9, eerste lid IVBPR.⁴¹ De totstandkomingsgeschiedenis van artikel 9, eerste lid IVBPR, alsmede de op deze bepaling betrekking hebbende rechtspraak en *General Comment No. 35* van het Mensenrechtencomité (MRC) van de Verenigde Naties, kunnen dan ook waardevolle bron-

40 Zie o.m.: EHRM 22 februari 1994, Appl. Nr. 12954/87 (*Raimondo t. Italië*), par. 13 en 39; EHRM 12 september 2012, Appl. Nr. 10593/08 (*Nada t. Zwitserland*), par. 224-234; EHRM 23 februari 2017, Appl. Nr. 43395/09 (*De Tommaso t. Italië*), par. 79-91. Vgl. ook HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:610, EHRC 2016/237 (*JZ t. Prokuratura Rejonowa Łódź – Śródmieście*), par. 54.

41 Zie UN Doc. E/CN.4/1989/39 (p. 18-26) en UN Doc. E/CN.4/1989/48 (p. 94-110), zoals weergegeven in Detrick 1992, p. 460 e.v. Zie ook Detrick 1999, p. 629; Schabas & Sax 2006, p. 39-40 en 51 e.v.

nen van inspiratie zijn voor de invulling van het in artikel 37(b) IVRK opgenomen rechtmatigheidsvereiste en verbod op willekeur met betrekking tot vrijheidsbeneming van minderjarigen.⁴² Daarnaast biedt artikel 9, eerste lid IVBPR als zodanig ook bescherming aan minderjarigen. De hierin opgenomen term ‘niemand’ impliceert immers dat op grond van deze bepaling ook minderjarigen niet mogen worden onderworpen aan onrechtmatige en willekeurige vrijheidsbeneming.

2.3.1 Rechtmatigheid

De rechtmatigheidseis die is neergelegd in artikel 9, eerste lid IVBPR schrijft voor dat “niemand zijn vrijheid mag worden ontnomen, behalve op wettige gronden en op wettige wijze”. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepaling volgt dat dit voorschrift inhoudt dat de nationale, formele wetgeving – of haar equivalent, een ongeschreven norm van *common law* – dient te voorzien in een heldere vastlegging van de gronden voor vrijheidsbeneming en de procedures die gevolgd dienen te worden om een persoon rechtmatig diens vrijheid te ontnemen.⁴³ Hieraan wordt niet voldaan als de gronden en procedures voor vrijheidsbeneming enkel zijn neergelegd in lagere, administratieve regelgeving. Vrijheidsbeneming mag slechts gebaseerd zijn op bepalingen uit lagere regelgeving als deze bepalingen uitvoering geven aan een formele wet die voorziet in een duidelijke grondslag voor de vrijheidsbeneming en de te volgen procedure reguleert.⁴⁴ Het in artikel 9, eerste lid IVBPR neergelegde rechtmatigheids criterium stelt aldus eisen aan de regulering van vrijheidsbeneming in de nationale wetgeving, maar ook aan bijvoorbeeld rechters, officieren van justitie of politiebeambten die op basis van dit criterium gehouden zijn om de wettelijke procedures te volgen en vrijheidsbeneming uitsluitend toe te passen op wettelijke gronden.

De *Working Group on Arbitrary Detention* van de Verenigde Naties heeft in zijn rapportages evenwel aanvaard dat rechtmatigheid in het kader van artikel 9, eerste lid IVBPR, naast nationale wetgeving, ook betrekking heeft op internationale juridische standaarden.⁴⁵ Ook het Kinderrechtencomité van

42 Schabas & Sax 2006, p. 76; Liefwaard 2008, p. 174.

43 Nowak 2005, p. 223-224; Liefwaard 2008, p. 174.

44 Een formeel wettelijk kader dat voorziet in helder omschreven gronden en procedures voor vrijheidsbeneming, nader uitgewerkt in lagere, administratieve regelgeving, voldoet derhalve in beginsel aan de vereisten die het in artikel 9, eerste lid IVBPR neergelegde rechtmatigheidsvoorschrift stelt aan de nationale wetgeving. Zie: Nowak 2005, p. 224. En voorts: Liefwaard 2008, p. 174-175.

45 Zie bijvoorbeeld *Report of Working Group on Arbitrary Detention, Addendum, Mission to China*, UN DOC.E/CN/4/2005/6/Add.4, par. 54. Dit kan – *mutatis mutandis* – ook worden afgeleid uit de rechtspraak van het MRC in het kader van artikel 9, vierde lid IVBPR, waarin meermaals is overwogen dat de term ‘legaliteit’ betrekking heeft op zowel nationaal als internationaal recht. Zie o.m.: MRC 3 april 1997, Comm. Nr. 560/1993 (*A. t. Australië*), par. 9.5; MRC 31 oktober 2006, Comm. Nr. 1324/2004 (*Shafiq t. Australië*), par. 7.4. En voorts: Nowak 2005, p. 224; Liefwaard 2008, p. 175.

de Verenigde Naties heeft in zijn landenrapportages met betrekking tot artikel 37(b) IVRK uitdrukkelijk gesteld dat het rechtmatigheids criterium ziet op zowel nationale wetgeving als internationale standaarden.⁴⁶ Dit impliceert dat rechtmatigheid meebrengt dat de gronden en procedures voor vrijheidsbeneming van minderjarigen in de nationale wetgeving – alsmede de toepassing daarvan – ook verenigbaar dienen te zijn met het internationale recht, waaronder het IVBPR en het IVRK.⁴⁷

Dit weerspiegelt een holistische benadering van het internationale kader van kinder- en mensenrechten. In een dergelijke holistische benadering zijn alle rechten van de mens essentieel en is de eerbiediging van elk afzonderlijk recht afhankelijk van de eerbiediging van andere rechten.⁴⁸ Zo kan voorlopige hechtenis van een minderjarige slechts rechtmatig zijn in de zin van artikel 37(b) IVRK en artikel 9, eerste lid IVBPR indien dit als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke passende duur wordt toegepast (vgl. art. 37(b), tweede volzin IVRK) en als de daaraan voorafgaande wettelijke procedure in overeenstemming is met de waarborgen die voortvloeien uit het recht op een eerlijk proces (art. 40, tweede lid IVRK en art. 14 en 15 IVBPR). Hiermee samenhangend, dienen de wettelijke procedure en grondslag voor voorlopige hechtenis in overeenstemming te zijn met het recht van de verdachte om voor onschuldig te worden gehouden tot zijn schuld volgens de wet is bewezen (art. 40, tweede lid, onder b(i) IVRK en art. 14, tweede lid IVBPR). Ook volgt uit het rechtmatigheidsvereiste dat zowel de wettelijke regeling van voorlopige hechtenis als de toepassingspraktijk oog moet hebben voor de re-integratiedoelstelling van het jeugdstrafrecht (art. 40, eerste lid IVRK en art. 14, vierde lid IVBPR) en voor het uitgangspunt dat het belang van het kind een eerste overweging moet zijn in beslissingen over de voorlopige hechtenis van minderjarigen (art. 3, eerste lid IVRK).

Voorts impliceert een dergelijke holistische benadering dat ook de ratio van het kinder- en mensenrechtelijk kader als geheel in ogenschouw moet worden genomen.⁴⁹ Hieruit vloeit voort dat de nationale wettelijke regeling van de voorlopige hechtenis van minderjarigen, en de toepassing daarvan in de praktijk, blijk moet geven van de eerbiediging van de uit het internationale kader van kinderrechten voortvloeiende bijzondere positie van de minderjarige in het strafrecht.⁵⁰

46 Zie o.m.: Kinderrechtencomité, *Concluding Observations: Kazachstan* (CRC/C/15/Add.213, 2003), par. 67(d), aangehaald in: Schabas & Sax 2006, p. 77.

47 Zie Schabas & Sax 2006, p. 77.

48 Vgl. Kinderrechtencomité 2003, par. 18. En voorts: Mijnaerends 2000, p. 87; Donnelly 2003, p. 31; Blaak e.a. 2012, p. 9.

49 *Ibid.*

50 Zie Kinderrechtencomité 2007.

2.3.2 Willekeur

In aanvulling op het rechtmatigheidsvereiste schrijft artikel 9, eerste lid IVBPR voor dat niemand mag worden onderworpen aan willekeurige arrestatie of gevangenhouding. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepaling volgt dat het verbod op willekeur, als aanvulling op het vereiste van rechtmatigheid, in deze bepaling is opgenomen als alternatief voor een limitatieve opsomming van alle toelaatbare gevallen van vrijheidsbeneming.⁵¹ Hiermee is beoogd een ieder niet alleen bescherming te bieden tegen vrijheidsbeneming die als onrechtmatig is aan te merken, maar ook tegen onrechtvaardige, onvoorzienbare, onredelijke en disproportionele vrijheidsbeneming.⁵² Het verbod op willekeurige arrestatie en gevangenhouding richt zich op zowel de wetgever als de rechtsprekende en uitvoerende instanties, zoals rechters, officieren van justitie en politiebeambten: noch de wet, noch de concrete toepassing daarvan mag willekeurig zijn.⁵³

Het MRC heeft in zijn rechtspraak nader invulling gegeven aan de notie van willekeur. Zo heeft het MRC in de zaak *Van Alphen t. Nederland*, met verwijzing naar de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 9, eerste lid IVBPR, overwogen dat willekeur (“*arbitrariness*”) niet gelijkgesteld dient te worden met “*against the law*”, maar ruimer moet worden geïnterpreteerd om zo ook elementen van ongepastheid, onrechtvaardigheid en gebrek aan voorzienbaarheid te omvatten. Concreet betekent dit volgens het MRC dat de voorlopige hechtenis die volgt op een rechtmatige arrestatie van een verdachte van een strafbaar feit, niet slechts rechtmatig dient te zijn, doch ook redelijk in de omstandigheden van het geval. Voorts dient de voorlopige hechtenis noodzakelijk te zijn in de omstandigheden van het geval, bijvoorbeeld om te voorkomen dat de verdachte vlucht, het bewijs beïnvloedt of recidiveert.⁵⁴ Liefwaard wijst erop dat het MRC hiermee heeft voorzien in een kader voor de beoordeling of vrijheidsbeneming verenigbaar met artikel 9, eerste lid IVBPR moet worden geacht.⁵⁵ In dit beoordelingskader ziet ‘redelijkheid’ op elementen als gepastheid, rechtvaardigheid en voorzienbaarheid van de vrijheidsbeneming, terwijl de ‘noodzakelijkheid’ van de vrijheidsbeneming afhangt van de specifieke omstandigheden van het geval, zoals het gevaar

51 In artikel 5, eerste lid EVRM is wel een dergelijke opsomming van toelaatbare gevallen van vrijheidsbeneming opgenomen. Nowak (2005, p. 225) stelt dat aangenomen mag worden dat de daarin uitdrukkelijk genoemde gevallen in beginsel als *niet-willekeurig* in de zin van artikel 9, eerste lid IVBPR moeten worden beschouwd.

52 Nowak 2005, p. 225; Schabas & Sax, 2006, p. 76.

53 Nowak 2005, p. 224; Schabas & Sax 2006, p. 79; Liefwaard 2008, p. 175.

54 MRC 23 juli 1990, Comm. Nr. 305/1988 (*Van Alphen t. Nederland*), par. 5.8. Zie ook: MRC 21 juli 1994, Comm. Nr. 458/1991 (*Mukong t. Kameroen*), par. 9.8; MRC 16 juli 2010, Comm. Nr. 1502/2006 (*Marinich t. Wit Rusland*), par. 10.4; MRC 26 juli 2010, Comm. Nr. 1369/2005 (*Kulov t. Kirgizië*), par. 8.3.

55 Liefwaard 2008, p. 176. Vgl. ook: MRC 4 december 2012, Comm. Nr. 1940/2010 (*Cedeño t. Venezuela*), par. 7.10.

dat een verdachte vlucht, het bewijs beïnvloedt of recidiveert.⁵⁶ Liefwaard leidt uit deze uitspraak tevens af dat beslissingen tot arrestatie of gevangenhouding zorgvuldig moeten worden gemotiveerd om zo achteraf te kunnen beoordelen of de vrijheidsbeneming willekeurig was of niet.⁵⁷

De redelijkheid- en noodzakelijkheidstoets is niet alleen relevant voor de (initiële) beslissing tot vrijheidsbeneming, maar ook voor het voortduren van de vrijheidsbeneming.⁵⁸ Uit de rechtspraak van het MRC kan worden afgeleid dat vrijheidsbeneming niet langer mag duren dan de periode die door de autoriteiten gerechtvaardigd kan worden.⁵⁹ Er dienen dan ook factoren te zijn die het voortduren van vrijheidsbeneming in een concreet geval legitimeren, zoals, in het kader van de voorlopige hechtenis, het gevaar dat een verdachte vlucht, het bewijs beïnvloedt of recidiveert.⁶⁰ Zodra dergelijke factoren niet langer aanwezig zijn, is de vrijheidsbeneming in strijd met het verbod op willekeur.⁶¹

2.3.3 Voorlopige hechtenis en artikel 9 IVBPR

Als het gaat om voorlopige hechtenis van een verdachte van een strafbaar feit, dan dient artikel 9, eerste lid IVBPR in samenhang te worden gelezen met artikel 9, derde lid IVBPR. Op grond van deze bepaling heeft een verdachte die in voorlopige hechtenis verblijft het recht om binnen een redelijke termijn te worden berecht of op vrije voeten te worden gesteld. Hierbij geldt dat het geen regel mag zijn dat personen die op hun berechting wachten in voorlopige hechtenis worden gehouden.

Het MRC benadrukt in *General Comment No. 35*, onder verwijzing naar eigen rechtspraak, dat voorlopige hechtenis van een verdachte gebaseerd moet zijn op een individuele beoordeling waarin alle relevante omstandigheden worden betrokken en waarbij enkel tot toepassing van dit dwangmiddel mag worden over gegaan als dit redelijk en noodzakelijk is voor doelen zoals het afwenden van vluchtgevaar, gevaar voor belemmering van de waarheidsvinding of recidivegevaar.⁶² De gronden voor voorlopige hechtenis moeten worden gespecificeerd in de nationale wet en mogen niet vaag

56 Liefwaard 2008, p. 176.

57 *Ibid.*

58 Zie: Conte & Burchill 2009, p. 114.

59 MRC 4 november 2011, Comm. Nr. 1547/2007 (*Torobekov t. Kirgizië*), par. 6.3. Vgl. ook MRC 30 april 1997, Comm. Nr. 560/1993 (*A. t. Australië*), par. 9.4; MRC 13 november 2003, Comm. Nr. 900/1999 (*C. t. Australië*), par. 8.2; MRC 20 juli 2007, Comm. Nrs. 1255,1256,1259, 1260,1266,1268,1270 & 1288/2004 (*Shams e.a. t. Australië*), par. 7.2.

60 Vgl. MRC 23 juli 1990, Comm. Nr. 305/1988 (*Van Alphen t. Nederland*), par. 5.8.

61 RC 4 november 2011, Comm. Nr. 1547/2007 (*Torobekov t. Kirgizië*), par. 6.3. Vgl. ook *mutatis mutandis*: MRC 30 april 1997, Comm. Nr. 560/1993 (*A. t. Australië*), par. 9.4. Zie ook: Joseph, Schultz & Castan 2004, p. 312-315.

62 Mensenrechtencomité 2014, par. 38, met verwijzing naar: MRC 19 augustus 2010, Comm. Nr. 1502/2006 (*Marinich t. Wit Rusland*), par. 10.4; MRC 4 november 2011, Comm. Nr. 1547/2007 (*Torobekov t. Kirgizië*), par. 6.3; MRC 4 december 2012, Comm. Nr. 1940/2010 (*Cedeño t. Venezuela*), par. 7.10.

en expansief zijn. In dit verband noemt het MRC de “publieke veiligheid” expliciet als voorbeeld van een te vaag en ruim geformuleerde grond.⁶³ Voorts volgt uit het noodzakelijkheidsvereiste dat rechters gehouden zijn om alternatieven voor voorlopige hechtenis te overwegen, zoals borgtocht, een enkelband of andere voorwaarden die in de plaats kunnen worden gesteld van voorlopige hechtenis.⁶⁴ Het MRC benadrukt hierbij in het bijzonder – met verwijzing naar de aanbevelingen van het Kinderrechtencomité (zie onderstaande par. 2.3.4) – dat voorlopige hechtenis van minderjarigen zoveel mogelijk moet worden vermeden (lees: “*avoided to the fullest extent possible*”).⁶⁵

Voor wat betreft de duur van de voorlopige hechtenis, onderstreept het MRC dat niet de duur van de potentieel op te leggen straf, maar de noodzakelijkheid van het voortduren van het voorarrest bepalend moet zijn.⁶⁶ Dit betekent volgens het MRC dat een voortdurende voorlopige hechtenis periodiek door een rechter dient te worden getoetst op redelijkheid en noodzakelijkheid in het licht van mogelijke alternatieven.⁶⁷ De duur van de voorlopige hechtenis mag in elk geval niet langer zijn dan de maximale vrijheidsstraf die de verdachte, bij een veroordeling voor het strafbare feit waarvoor hij wordt vervolgd, opgelegd kan krijgen.⁶⁸

Als een verdachte tijdens het proces niet in vrijheid kan worden gesteld, moet hij binnen een redelijke termijn worden berecht, zo volgt uit artikel 9, derde lid IVBPR.⁶⁹ Als het gaat om een minderjarige verdachte, dan dient deze bepaling in samenhang te worden gelezen met artikel 10, tweede lid (b) IVBPR. Hieruit volgt dat minderjarige verdachten die in voorlopige hechtenis zitten ‘zo spoedig mogelijk’ berecht moeten worden, hetgeen sneller is dan ‘binnen een redelijke termijn’.⁷⁰ Hoewel noch de totstandkomingsgeschiedenis, noch het MRC concreet invulling geeft aan de frase ‘zo spoedig mogelijk’ door het stellen van een aanvaardbare termijn, laat het MRC geen twijfel bestaan over de ratio achter dit voorschrift: voorlopige hechtenis van minderjarigen moet zoveel mogelijk worden vermeden, maar als het toch noodzakelijk is dan hebben minderjarigen het recht om op een voortvarende wijze (“*in especially speedy fashion*”) te worden berecht.⁷¹

63 Mensenrechtencomité 2014, par. 38.

64 *Ibid.*, met verwijzing naar: MRC 17 november 2008, Comm. Nr. 1178/2003 (*Smantser t. Wit Rusland*), par. 10.3.

65 Mensenrechtencomité 2014, par. 38. Zie ook: Mensenrechtencomité 2007, par. 42.

66 Mensenrechtencomité 2014, par. 38.

67 *Ibid.*, met verwijzing naar: MRC 15 maart 2006, Comm. Nr. 1085/2002 (*Taright t. Algarije*), par. 8.3-8.4.

68 Mensenrechtencomité 2014, par. 38.

69 *Ibid.*, par. 37, met verwijzing naar: MRC 22 juli 2009, Comm. Nr. 1397/2005 (*Engo t. Kameroen*), par. 7.2.

70 Mensenrechtencomité 1993, par. 13; Mensenrechtencomité 2007, par. 43; Mensenrechtencomité 2014, par. 37. Zie ook: Nowak 2005, p. 233.

71 Mensenrechtencomité 2014, par. 37. Vgl. Nowak 2005, p. 252.

2.3.4 Voorlopige hechtenis en artikel 37(b) IVRK: uiterste maatregel en zo kort mogelijk

Gelet op de nauwe verwantschap tussen artikel 9, eerste lid IVBPR en artikel 37(b) IVRK, kan de bovenstaande uiteenzetting over de betekenis van rechtmatigheid en willekeur voor vrijheidsbeneming – in het bijzonder voorlopige hechtenis van minderjarigen – grotendeels van overeenkomstige toepassing worden verklaard op artikel 37(b) IVRK.⁷² Niettemin stellen Schabas & Sax dat aan de waarde van artikel 37 IVRK tekort wordt gedaan wanneer men stelt dat dit slechts een op het kind toegespitste herhaling is van eerder in andere mensenrechtenverdragen neergelegde waarborgen voor vrijheidsbeneming.⁷³ Dit zou voorbijgaan aan de belangrijke aanvulling in de tekst van artikel 37(b) IVRK, die niet is opgenomen in andere mensenrechtenverdragen en specifiek geldt voor kinderen. Deze bepaling schrijft immers uitdrukkelijk voor dat de aanhouding, inhechtenisneming of gevangenneming van een kind niet alleen rechtmatig en niet-willekeurig dient te zijn, maar ook slechts gehanteerd mag worden als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke passende duur. Dit volgt uit het principiële uitgangspunt dat inbreuken op de persoonlijke vrijheid van kinderen zoveel mogelijk moeten worden beperkt.⁷⁴

Schabas & Sax stellen dat het rechtmatigheidsvereiste in artikel 37(b) IVRK dan ook niet beperkt is tot de gronden en procedures voor vrijheidsbeneming,⁷⁵ doch ook ziet op de twee aanvullende, onderling nauw samenhangende uitgangspunten dat vrijheidsbeneming ten aanzien van minderjarigen een uiterste maatregel is en slechts voor de kortst mogelijke passende duur mag worden toegepast. Dit impliceert dat nationale wetgeving waarin deze beginselen van ‘uiterste maatregel’ en ‘kortst mogelijke passende duur’ onvoldoende naar voren komen, niet voldoet aan het rechtmatigheidsvereiste van artikel 37(b) IVRK.⁷⁶ Aannemelijk is voorts dat het verbod op willekeur in artikel 37(b) IVRK een extra zorgvuldige en diepgaande redelijkheid- en noodzakelijkheidstoets van vrijheidsbeneming inhoudt, waarbij het uitgangspunt dat vrijheidsbeneming van minderjarigen slechts als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke passende duur mag worden toegepast voornamelijk tot uitdrukking komt in de noodzakelijkheidstoets.

72 Vgl. Detrick 1999, p. 629.

73 Schabas & Sax (2006, p. 35) benadrukken dan ook het unieke, kind-gerichte karakter van de in artikel 37 IVRK opgenomen standaarden voor vrijheidsbeneming: *“In fact, Article 37 standards on deprivation of liberty constitute a unique blend of general human rights norms, children’s rights concepts and criminal justice developments, a significant feature to be kept in mind for interpretation and implementation.”*

74 Liefwaard 2008, p. 187.

75 Zoals in het kader van artikel 9, eerste lid IVBPR het geval is.

76 Schabas & Sax 2006, p. 78.

Dat dit uitgangspunt ook specifiek geldt voor voorlopige hechtenis van minderjarigen, blijkt wel uit het feit dat het criterium van vrijheidsbeneming als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke passende duur uit artikel 37(b) IVRK volgens de *travaux préparatoires* van het IVRK is gebaseerd op regel 13 van de Beijing Rules.⁷⁷ In regel 13.1 wordt expliciet voorgeschreven dat voorlopige hechtenis van minderjarigen enkel als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke duur wordt toegepast. Regel 13.2 vult aan dat de voorlopige hechtenis van minderjarigen, zodra mogelijk, moet worden vervangen door alternatieven. Verder komt dit uitgangspunt eveneens terug in de Havana Rules, waarin in regel 17 wordt benadrukt dat voorlopige hechtenis van minderjarigen, mede gelet op de onschuldpresumptie, zoveel mogelijk moet worden vermeden en beperkt moet blijven tot exceptionele gevallen en dat, om die reden, alle inspanningen moeten worden verricht om alternatieven toe te passen.

Ook het Kinderrechtencomité van de Verenigde Naties heeft in *General Comment No. 10* uitgebreid aandacht voor de voorlopige hechtenis van minderjarigen en de implicaties die artikel 37(b) IVRK daarvoor heeft.⁷⁸ Het Comité geeft aan bezorgd te zijn over de constatering dat in veel landen minderjarigen maanden of zelfs jaren in voorlopige hechtenis doorbrengen. Verdragsstaten moeten dan ook voorzien in een effectief aanbod van alternatieven voor voorlopige hechtenis van minderjarigen. Hierbij benadrukt het Comité dat de ontwikkeling van alternatieven het gebruik van voorlopige hechtenis dient te verminderen en dat ervoor gewaakt moet worden dat dit geen 'aanzuigende werking' tot gevolg heeft. Voorts roept het Comité de verdragsstaten op om adequate wetgeving te ontwikkelen om het gebruik van voorlopige hechtenis ten aanzien van minderjarigen te verminderen, waarin heldere richtlijnen zijn opgenomen om te bepalen of een minderjarige in voorlopige hechtenis moet worden geplaatst of gehouden. Ook dient de wetgeving de duur van de voorlopige hechtenis te beperken en te voorzien in een regelmatige rechterlijke toetsing van de legaliteit van de voorlopige hechtenis, bij voorkeur iedere twee weken.⁷⁹ Hierbij benadrukt het Comité dat de termijnen voor voorlopige hechtenis van minderjarigen korter dienen te zijn dan de termijnen die gelden voor volwassenen, waarbij wordt aanbevolen om een zaak waarbij de minderjarige verdachte in voorlopige hechtenis verblijft uiterlijk binnen 30 dagen op zitting te brengen en uiterlijk binnen zes maanden af te doen met een uitspraak in eerste aanleg.⁸⁰ Verdragsstaten dienen evenwel te waarborgen dat minderjarigen in voorlopige hechtenis zo spoedig mogelijk in vrijheid kunnen worden gesteld, desnoods onder voorwaarden.⁸¹

77 Zie: Detrick 1999, p. 630.

78 Kinderrechtencomité 2007, par. 78 e.v.

79 *Ibid.*, par. 80-83.

80 *Ibid.*, par. 83. Vgl. ook: par. 52.

81 *Ibid.*, par. 80-81.

Het voorgaande maakt duidelijk dat het rechtmatigheidsvereiste en het verbod op willekeur in artikel 9, eerste lid (jo. derde lid) IVBPR en artikel 37(b) IVRK, het uitgangspunt in zich dragen dat voorlopige hechtenis van minderjarigen enkel als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke duur mag worden toegepast. Dit brengt, zoals is beschreven, verplichtingen met zich mee voor de nationale wetgever, voor de rechters die over voorlopige hechtenis van minderjarigen beslissen, alsook voor de Staat die moet voorzien in de faciliteiten om te kunnen waarborgen dat aan dit uitgangspunt kan worden voldaan.

2.4 EUROPESE WAARBORGEN TEGEN ONRECHTMATIGE EN WILLEKEURIGE VRIJHEIDSBENEMING

Evenals het IVRK en het IVBPR, bevat ook het EVRM een bepaling die de minderjarige bescherming biedt tegen onrechtmatige en willekeurige vrijheidsbeneming. Artikel 5, eerste lid EVRM bepaalt dat een ieder recht heeft op vrijheid en veiligheid van zijn persoon.⁸² Het eerste lid van deze bepaling schrijft voorts voor dat niemand zijn vrijheid mag worden ontnomen, behalve in de gevallen die in de onderhavige bepaling zijn opgesomd en uitsluitend indien dit overeenkomstig een wettelijk voorgeschreven procedure geschiedt. Deze limitatief opgesomde gevallen betreffen kortweg: (a) rechtmatige detentie na strafrechtelijke veroordeling, (b) rechtmatige arrestatie of detentie wegens het niet voldoen aan een rechterlijk bevel of een wettelijke verplichting, (c) rechtmatige arrestatie en detentie van een verdachte van een strafbaar feit teneinde hem voor de rechter te brengen, (d) rechtmatige detentie van een minderjarige met het doel toe te zien op zijn opvoeding, (e) rechtmatige detentie van zieken, verslaafden en landlopers en (f) rechtmatige detentie van vreemdelingen om onrechtmatige toegang tot het land te beletten of hangende een uitwijzings- of uitleveringsprocedure. De belangrijkste onderliggende doelstelling van artikel 5, eerste lid EVRM is het voorkomen van willekeurige vrijheidsbeneming.⁸³

82 Ondanks dat de minderjarige in deze bepaling niet uitdrukkelijk wordt genoemd, brengt de term 'een ieder' met zich mee dat ook minderjarigen de volledige bescherming van artikel 5 EVRM genieten. Zie EHRM 28 november 1988, Series A. Nr. 144 (*Nielsen t. Denemarken*), par. 58. Zie ook Liefwaard 2008, p. 178 en 182.

83 Dit is uitdrukkelijk overwogen door het EHRM in o.m.: EHRM 24 oktober 1979, Series A. Nr. 33 (*Winterwerp t. Nederland*), par. 42; EHRM 24 november 1994, Series A. Nr. 296-C (*Kemmache t. Frankrijk*), par. 42; en EHRM 29 januari 2008, Appl. Nr. 13229/03 (*Saadi t. Verenigd Koninkrijk*), par. 66-74. Zie hierover: Liefwaard 2008, p. 179-185; Jacobs, White & Ovey 2010, p. 212-213.

2.4.1 Een tweeledig rechtmatigheidsvereiste

Artikel 5, eerste lid EVRM bevat een tweeledig rechtmatigheidsvereiste. Zo schrijft de aanhef van artikel 5, eerste lid EVRM voor dat iedere vrijheidsbeneming dient te geschieden “overeenkomstig een wettelijk voorgeschreven procedure”. Voorts bevat elk van de in artikel 5, eerste lid (sub a-f) EVRM opgesomde gronden van vrijheidsbeneming afzonderlijk de voorwaarde dat een arrestatie of detentie “rechtmatig” dient te geschieden.⁸⁴ In de zaak *Winterwerp t. Nederland* heeft het EHRM expliciet invulling gegeven aan dit rechtmatigheidsvereiste. Hieruit volgt dat deze tweeledige eis in de eerste plaats verwijst naar nationale wetgeving. De nationale wetgeving moet voorzien in procedurele voorschriften en materiële gronden voor vrijheidsbeneming waaraan in een concreet geval van vrijheidsbeneming geconformeerd dient te worden.⁸⁵ Met andere woorden: iedere arrestatie of detentie dient een procedurele en materiële basis te hebben in de nationale wetgeving.⁸⁶

Dat de nationale wetgeving voorziet in materiële bases en procedurele voorschriften voor vrijheidsbeneming en dat hier in een concreet geval van vrijheidsbeneming aan wordt geconformeerd, is echter niet voldoende om te stellen dat aan het rechtmatigheidsvereiste van artikel 5, eerste lid EVRM is voldaan. Dit vereiste brengt namelijk met zich dat de nationale wetgeving aan bepaalde kwaliteitseisen moet voldoen. Zo moet de wetgeving voldoende duidelijk en precies zijn geformuleerd, toegankelijk en voorzienbaar zijn.⁸⁷ Dit veronderstelt volgens het EHRM dat de wet- en regelgeving voldoende duidelijk en precies moet zijn om willekeurige detentie te voorkomen en om het voor de burger mogelijk te maken om – eventueel door middel van een gepast (juridisch) advies en tot op een hoogte die redelijk moet worden geacht gegeven de omstandigheden van het geval – te voorzien welke consequenties verbonden kunnen zijn aan een bepaalde gedraging.⁸⁸

Het rechtmatigheidsvereiste van artikel 5, eerste lid EVRM vereist ook dat vrijheidsbeneming in lijn is met juridische standaarden die hun oorsprong vinden in het internationale recht.⁸⁹ De procedure en gronden voor vrijheidsbeneming in de nationale wetgeving, en de toepassing daarvan

84 Trechsel 2005, p. 419-420.

85 EHRM 24 oktober 1979, Series A. Nr. 33 (*Winterwerp t. Nederland*), par. 45.

86 Aangezien de term ‘rechtmatig’ in sub a-f van artikel 5, eerste lid EVRM zowel alle materiële als procedurele regels van nationale wetgeving omvat, bestaat er enige overlap met het in de aanhef van artikel 5, eerste lid EVRM opgenomen vereiste dat vrijheidsbeneming overeenkomstig een wettelijk voorgeschreven procedure dient te geschieden. Zie: EHRM 24 oktober 1979, Series A. Nr. 33 (*Winterwerp t. Nederland*), rov. 39.

87 EHRM 25 juni 1996, Appl. Nr. 19776/92 (*Amuur t. Frankrijk*), par. 50.

88 Zie onder meer: EHRM 23 september 1998, Appl. Nr. 67/1997/851/1058 (*Steel e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 54; EHRM 28 maart 2000, Appl. Nr. 19776/92 (*Baranowski t. Polen*), par. 52; EHRM 29 maart 2010, Appl. Nr. 3394/03 (*Medvedyev e.a. t. Frankrijk*), par. 80; EHRM 31 juli 2012, Appl. Nr. 21203/10 (*Van der Velden t. Nederland*), par. 31.

89 Zie o.m.: EHRM 29 maart 2010, Appl. Nr. 3394/03 (*Medvedyev e.a. t. Frankrijk*), par. 79; EHRM 31 juli 2012, Appl. Nr. 21203/10 (*Van der Velden t. Nederland*), par. 31.

in de praktijk, dienen met dergelijke standaarden in overeenstemming te zijn. Dit geldt in elk geval voor standaarden die onderdeel uitmaken van het EVRM, waaronder ook de algemene beginselen die daarin expliciet en impliciet zijn neergelegd.⁹⁰ In dit verband heeft het EHRM in *Winterwerp t. Nederland* uitdrukkelijk overwogen dat de frase “overeenkomstig een wettelijke procedure” in artikel 5, eerste lid EVRM met zich brengt dat procedurele voorschriften betreffende vrijheidsbeneming in nationale wetgeving in overeenstemming dienen te zijn met de aan dit voorschrift ten grondslag liggende notie dat de nationale wetgeving moet voorzien in een eerlijke en gedegen procedure, inhoudende dat iedere vrijheidsbenemende interventie wordt opgelegd en uitgevoerd door een geschikte autoriteit en dat vrijheidsbeneming nimmer willekeurig mag zijn.⁹¹ Ook heeft het EHRM gesteld dat “rechtmatig” als bedoeld in artikel 5, eerste lid (sub a-f) EVRM eist dat iedere arrestatie en detentie niet alleen in overeenstemming is met de nationale wetgeving, maar ook met het onderliggende doel van de betreffende grond voor vrijheidsbeneming in artikel 5, eerste lid (sub a-f) EVRM waarvan het rechtmatigheidsvereiste onderdeel uitmaakt, alsmede met de onderliggende doelstelling van artikel 5, eerste lid EVRM als geheel: de bescherming van het individu tegen willekeurige vrijheidsbeneming.⁹² Hieruit kan worden afgeleid dat op de nationale wetgever de taak rust om te zorgen dat de wettelijke gronden voor vrijheidsbeneming in lijn zijn met de ratio van de in artikel 5, eerste lid (sub a-f) EVRM opgesomde gronden en dat de wetgeving voldoende waarborgen bevat tegen willekeurige vrijheidsbeneming.⁹³

Tenslotte lijkt de tenuitvoerlegging van vrijheidsbeneming op het eerste gezicht in mindere mate binnen de reikwijdte van het rechtmatigheidsvereiste van artikel 5, eerste lid EVRM te vallen. In *Bizzotto t. Griekenland* heeft het EHRM overwogen dat “rechtmatigheid” in de zin van artikel 5, eerste lid EVRM in beginsel niet omvat de regelingen voor tenuitvoerlegging van de vrijheidsbeneming.⁹⁴ Niettemin volgt uit de eerder gewezen uitspraak inzake *Bouamar t. België* dat het rechtmatigheidsvereiste wel impliceert dat de vrijheidsbeneming in overeenkomst met de doelstellingen van de in artikel 5, eerste lid EVRM opgesomde gronden voor vrijheidsbeneming dient te geschieden.⁹⁵ Er is aldus enige verbinding vereist tussen de grondslag die de vrijheidsbeneming legitimeert en de plaats waar, en omstandigheden

90 EHRM 24 oktober 1979, Series A. Nr. 33 (*Winterwerp t. Nederland*), par. 45; EHRM 28 maart 2000, Appl. Nr. 19776/92 (*Baranowski t. Polen*), par. 51; EHRM 2 oktober 2012, Appl. Nr. 41242/08 (*Plesó t. Hongarije*), par. 69.

91 EHRM 24 oktober 1979, Series A. Nr. 33 (*Winterwerp t. Nederland*), par. 45. Zie ook: EHRM 8 juli 2004, Appl. Nr. 48787/99 (*Ilaşcu e.a. t. Moldavië en Rusland*), par. 461.

92 EHRM 24 oktober 1979, Series A. Nr. 33 (*Winterwerp t. Nederland*), par. 39.

93 Vgl. EHRM 31 juli 2012, Appl. Nr. 13472/06 (*Liuzza t. Litouwen*), par. 54; EHRM 2 augustus 1984, Series A. Nr. 82 (*Malone t. Verenigd Koninkrijk*), par. 67; EHRM 25 juni 1996, Appl. Nr. 19776/92 (*Amuur t. Frankrijk*), par. 53.

94 EHRM 15 november 1996, NJ 1998, 203 (*Bizzotto t. Griekenland*), par. 34.

95 EHRM 29 februari 1988, Appl. Nr. 9106/80 (*Bouamar t. België*), par. 50.

waaronder dit ten uitvoer wordt gelegd.⁹⁶ Indien dit niet het geval is, zal dit onverenigbaar zijn met de ratio van artikel 5, eerste lid EVRM.

Het rechtmatigheidsvereiste van artikel 5, eerste lid EVRM heeft aldus implicaties op drie niveaus: wetgeving, oplegging en tenuitvoerlegging van vrijheidsbeneming. Uiteindelijk zijn deze implicaties op alle drie de niveaus ingegeven door de centrale, onderliggende doelstelling van artikel 5, eerste lid EVRM: het beschermen van het individu tegen willekeurige vrijheidsbeneming. Het rechtmatigheidsvereiste wordt aldus voor een belangrijk gedeelte ingekleurd door het verbod op willekeur, waaruit volgt dat – althans in het kader van artikel 5, eerste lid EVRM – deze twee noties in beginsel niet los van elkaar kunnen worden gezien. Dit volgt ook uitdrukkelijk uit het standpunt van het EHRM dat willekeurige vrijheidsbeneming in een democratische samenleving die de *rule of law* eerbiedigt nooit als rechtmatig kan worden beschouwd.⁹⁷ Dit geeft aanleiding om de notie van willekeur in het kader van artikel 5, eerste lid EVRM nader uit te werken.

2.4.2 Willekeur

Het verbod op willekeurige vrijheidsbeneming ligt, zoals gezegd, ten grondslag aan artikel 5, eerste lid EVRM, doch is daarin niet expliciet opgenomen en uitgewerkt.⁹⁸ Ook heeft het EHRM in zijn rechtspraak tot op heden niet voorzien in een algemene definitie of een limitatieve opsomming van gedragingen die vrijheidsbeneming mogelijk willekeurig maken. Wel heeft het EHRM in twee overzichtsarresten, *James, Wells en Lee t. Verenigd Koninkrijk*, en eerder in *Saadi t. Verenigd Koninkrijk*, een viertal uit de vaste rechtspraak van het EHRM gedestilleerde principiële uitgangspunten geformuleerd die invulling geven aan de notie van willekeur. Het EHRM overweegt in dit verband dat deze vier uitgangspunten op een flexibele wijze moeten worden toegepast, gelet op de mogelijke onderlinge overlap en het gegeven dat de invulling van de notie van willekeur varieert, hetgeen tot op zekere hoogte afhangt van het type vrijheidsbeneming.⁹⁹

Ten eerste is vrijheidsbeneming in beginsel willekeurig indien, ondanks dat de vrijheidsbeneming overeenkomstig de nationale wetgeving geschiedt, sprake is van een element van kwade trouw of misleiding aan de zijde

96 EHRM 28 mei 1985, NJ 1991, 623 (*Ashingdane t. Verenigd Koninkrijk*), par. 44.

97 EHRM 24 oktober 1979, Series A. Nr. 33 (*Winterwerp t. Nederland*), par. 39.

98 Zie o.m.: *Ibid.*, par. 42; EHRM 24 november 1994, Series A. Nr. 296-C (*Kemmache t. Frankrijk*), par. 42; en EHRM 29 januari 2008, Appl. Nr. 13229/03 (*Saadi t. Verenigd Koninkrijk*), par. 66-74. En voorts: Liefwaard 2008, p. 179-185; Jacobs, White & Ovey 2010, p. 212-213.

99 EHRM 18 september 2012, Appl. Nrs. 25119/09, 57715/09 en 57877/09 (*James, Wells en Lee t. Verenigd Koninkrijk*), par. 191; EHRM 29 januari 2008, Appl. Nr. 13229/03 (*Saadi t. Verenigd Koninkrijk*), par. 68.

van de autoriteiten.¹⁰⁰ Ten tweede vereist het verbod op willekeur dat zowel het bevel als de tenuitvoerlegging van vrijheidsbeneming feitelijk in overeenstemming is met de doelstelling van de door de relevante subparagraaf (a-f) van artikel 5, eerste lid EVRM toegestane restricties op de vrijheid van de persoon.¹⁰¹ Ten derde veronderstelt het verbod op willekeur dat er enige verbinding moet zijn tussen de in artikel 5, eerste lid (sub a-f) EVRM neergelegde grondslag die de vrijheidsbeneming legitimeert en de plaats waar, en omstandigheden waaronder dit ten uitvoer wordt gelegd.¹⁰² Ten vierde behelst het verbod op willekeur een beoordeling van de noodzakelijkheid van de vrijheidsbeneming in het licht van het beoogde doel.¹⁰³ Dit wordt ook wel aangeduid als 'proportionaliteitstoets'.¹⁰⁴

Deze proportionaliteitstoets kan worden beschouwd als de meest prominente implicatie van het verbod op willekeur, in aanvulling op het rechtmatigheidsvereiste: het is niet voldoende dat vrijheidsbeneming in overeenstemming is met de nationale wetgeving, het moet ook noodzakelijk c.q. proportioneel zijn in de omstandigheden van het geval.¹⁰⁵ De reikwijdte van deze toets is volgens het EHRM evenwel afhankelijk van de in een concreet geval van toepassing zijnde grond voor vrijheidsbeneming in artikel 5, eerste lid (a-f) EVRM. Uit het overzichtsarrest *Saadi t. Verenigd Koninkrijk* volgt uitdrukkelijk dat het verbod op willekeur in de context van artikel 5, eerste lid (b, d en e) EVRM een vergaande proportionaliteitstoets inhoudt.¹⁰⁶ Zo wordt in die context overwogen dat vrijheidsbeneming een dermate ingrijpende maatregel is dat dit slechts als 'ultimum remedium' mag worden toegepast, uitsluitend wanneer minder ingrijpende alternatieven niet geschikt worden geacht om de belangen van het individu of van de maatschappij die door de detentie worden gediend te waarborgen.¹⁰⁷ Hierbij moet worden gezocht naar een evenwicht tussen het belang van het bereiken van de doelstelling van de vrijheidsbeneming voor de maatschappij en het belang van het recht op vrijheid van de persoon, waarbij ook de duur van de vrijheidsbeneming

100 EHRM 18 september 2012, Appl. Nrs. 25119/09, 57715/09 en 57877/09 (*James, Wells en Lee t. Verenigd Koninkrijk*), par. 192; EHRM 29 januari 2008, Appl. Nr. 13229/03 (*Saadi t. Verenigd Koninkrijk*), par. 69.

101 EHRM 18 september 2012, Appl. Nrs. 25119/09, 57715/09 en 57877/09 (*James, Wells en Lee t. Verenigd Koninkrijk*), par. 193; EHRM 29 januari 2008, Appl. Nr. 13229/03 (*Saadi t. Verenigd Koninkrijk*), par. 69.

102 EHRM 18 september 2012, Appl. Nrs. 25119/09, 57715/09 en 57877/09 (*James, Wells en Lee t. Verenigd Koninkrijk*), par. 194; EHRM 29 januari 2008, Appl. Nr. 13229/03 (*Saadi t. Verenigd Koninkrijk*), par. 69.

103 EHRM 29 januari 2008, Appl. Nr. 13229/03 (*Saadi t. Verenigd Koninkrijk*), par. 70.

104 EHRM 18 september 2012, Appl. Nrs. 25119/09, 57715/09 en 57877/09 (*James, Wells en Lee t. Verenigd Koninkrijk*), par. 195.

105 Zie o.m.: EHRM 4 april 2000, Appl. Nr. 26629/95 (*Witold Litwa t. Polen*), par. 78; EHRM 4 mei 2006, Appl. Nr. 38797/03 (*Ambruszkiewicz t. Polen*), par. 31; EHRM 27 februari 2007, Appl. Nr. 65559/01 (*Nešták t. Slowakije*), par. 74.

106 EHRM 29 januari 2008, Appl. Nr. 13229/03 (*Saadi t. Verenigd Koninkrijk*), par. 70.

107 Zie o.m.: EHRM 4 april 2000, Appl. Nr. 26629/95 (*Witold Litwa t. Polen*), par. 78.

een relevante factor is.¹⁰⁸ In de context van artikel 5, eerste lid (a en f) EVRM is deze uit het verbod op willekeur voortvloeiende proportionaliteitstoets daarentegen aanzienlijk minder vergaand of zelfs vrijwel afwezig.¹⁰⁹

Opvallend is dat in beide overzichtsarresten geen aandacht wordt besteed aan de uit het verbod op willekeur voortvloeiende proportionaliteitstoets in het kader van sub c van artikel 5, eerste lid EVRM (kortweg de voorlopige hechtenisgrond; zie par. 2.4.3). In de zaak *Ladent t. Polen* heeft het EHRM evenwel – met expliciete verwijzing naar de in *Saadi t. Verenigd Koninkrijk* geformuleerde uitgangspunten – overwogen dat het verbod op willekeur in de context van artikel 5, eerste lid (c) EVRM een vergaande beoordeling van de noodzakelijkheid van de vrijheidsbeneming in zich draagt, qua intensiteit gelijk aan de toets in het kader van artikel 5, eerste lid (b, d en e) EVRM.¹¹⁰ Het EHRM bestempelt deze beoordeling van de noodzakelijkheid ook in de context van artikel 5, eerste lid (c) EVRM uitdrukkelijk als een ‘proportionaliteitstoets’.¹¹¹

2.4.3 Voorlopige hechtenis en artikel 5 EVRM

Het EVRM biedt in artikel 5, eerste lid (c) een grondslag om een persoon waartegen een ‘redelijke verdenking’ bestaat dat hij een strafbaar feit heeft begaan, rechtmatig zijn vrijheid te ontnemen ten einde hem te berechten. Hiermee vormt deze bepaling de grondslag voor een rechtmatige toepassing van voorlopige hechtenis. Het is vaste rechtspraak van het EHRM dat artikel 5, eerste lid (c) EVRM in samenhang moet worden gelezen met artikel 5, derde lid EVRM, waarmee het een geheel vormt.¹¹² Uit laatstgenoemde bepaling vloeit voort dat verdachten, waar mogelijk, hangende het proces in vrijheid worden gesteld en, als invrijheidstelling niet mogelijk is, het recht hebben om binnen een redelijke termijn te worden berecht. Het EHRM benadrukt in dit

-
- 108 Zie o.m.: EHRM 25 september 2003, Appl. Nr. 52792/99 (*Vasileva t. Denemarken*), par. 37.
- 109 Zo heeft het EHRM in het kader van sub a van deze bepaling overwogen dat het opleggen van vrijheidsbenemende straffen en de duur daarvan een aangelegenheid is die in eerste instantie de nationale autoriteiten aangaat en niet zozeer het EHRM (vgl. EHRM 16 december 1999, Appl. Nr. 24724/94 (*T. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 103). In het kader van sub f heeft het EHRM overwogen dat zolang een persoon gedetineerd is met het oog op deportatie of met het doel hem te beletten op onrechtmatige wijze het land binnen te komen, er geen vereiste is dat de detentie redelijkerwijs noodzakelijk moet zijn. Niettemin eist de proportionaliteit dat ook in het kader van sub f de duur van de detentie niet langer mag zijn dan hetgeen redelijkerwijs nodig is met het oog op de doelstelling die hiermee wordt nagestreefd (Vgl. EHRM 15 november 1996, Appl. Nr. 22414/93 (*Chahal t. Verenigd Koninkrijk*), par. 112-113). Zie: EHRM 29 januari 2008, Appl. Nr. 13229/03 (*Saadi t. Verenigd Koninkrijk*), par. 71-72.
- 110 EHRM 18 maart 2008, Appl. Nr. 11036/03 (*Ladent t. Polen*), par. 54-55. Vgl. ook EHRM 4 mei 2006, Appl. Nr. 38797/03 (*Ambruszkiewicz t. Polen*), par. 29-32.
- 111 EHRM 18 maart 2008, Appl. Nr. 11036/03 (*Ladent t. Polen*), par. 55; EHRM 14 oktober 2010, Appl. Nr. 38717/04 (*Khayredinov t. Oekraïne*), par. 27-28; EHRM 12 februari 2015, Appl. Nr. 74297/11 (*Podvezko t. Oekraïne*), par. 20.
- 112 EHRM 22 februari 1989, Series A. Nr. 148 (*Ciulla t. Italië*), par. 38; EHRM 24 juli 2003, Appl. Nrs. 46133/99 en 48183/99 (*Smirnova t. Rusland*), par. 56.

verband dat artikel 5, derde lid EVRM geen keuze geeft tussen ofwel een proces binnen een redelijke termijn, ofwel voorlopige vrijlating van de verdachte gedurende het proces: “*The presumption is in favour of release*”.¹¹³

Het EHRM hanteert in zijn rechtspraak in het kader van artikel 5, eerste lid (c) jo. derde lid EVRM, gelet op het recht op vrijheid van de persoon en de onschuldpresumptie, als uitgangspunt dat een verdachte in beginsel zijn proces in vrijheid mag afwachten.¹¹⁴ Van dit uitgangspunt mag slechts worden afgeweken indien er ‘relevante en voldoende redenen’ zijn die (voortzetting van) voorlopige hechtenis rechtvaardigen.¹¹⁵ In het standaardarrest *Smirnova t. Rusland* heeft het EHRM “*four basic acceptable reasons for refusing bail*” vastgesteld, waaruit volgt dat voorlopige hechtenis enkel gerechtvaardigd kan zijn op grond van het gevaar dat verdachte vlucht, de waarheidsvinding belemmert, wederom een strafbaar feit pleegt of dat zijn vrijlating onrust in de samenleving veroorzaakt.¹¹⁶ Voorlopige hechtenis mag bovendien slechts worden toegepast als dit ‘noodzakelijk’ is en niet kan worden volstaan met minder ingrijpende alternatieven.¹¹⁷ Verder is voorlopige hechtenis uitsluitend gerechtvaardigd indien er specifieke aanwijzingen zijn dat een evident publiek belang dat hiermee wordt gediend, niettegenstaande de onschuldpresumptie, zwaarder weegt dan het recht op persoonlijke vrijheid van het individu.¹¹⁸ Voorts mag de voorlopige hechtenis niet langer voortduren dan ‘redelijk’ is¹¹⁹ en in elk geval niet worden gebruikt om vooruit te lopen op een vrijheidsstraf.¹²⁰

113 Zie o.m.: EHRM 27 juni 1968, Appl. Nr. 1936/63 (*Neumeister t. Oostenrijk*), par. 4; EHRM 21 december 2000, Appl. Nr. 33492/96 (*Jabłoński t. Polen*), par. 83; EHRM 3 oktober 2006, Appl. Nr. 543/03 (*McKay t. Verenigd Koninkrijk*), par. 41; EHRM 6 november 2012, Appl. Nr. 36653/09 (*Trifković t. Kroatië*), par. 115; EHRM 24 april 2014, Appl. Nrs. 46398/09, 50570/09 en 50576/09 (*Miladinov t. Macedonië*), par. 47.

114 *Ibid.*

115 EHRM 24 juli 2003, Appl. Nrs. 46133/99 en 48183/99 (*Smirnova t. Rusland*), par. 58-59. Zie ook: EHRM 6 april 2000, Appl. Nr. 26772/95 (*Labita t. Italië*), par. 153; EHRM 24 juni 2016, Appl. Nr. 72508/13 (*Merabishvili t. Georgië*), par. 83.

116 EHRM 24 juli 2003, Appl. Nrs. 46133/99 en 48183/99 (*Smirnova t. Rusland*), par. 58-59.

117 EHRM 21 december 2000, Appl. Nr. 33492/96 (*Jabłoński t. Polen*), par. 83; EHRM 28 juli 2005, Appl. Nr. 75112/01 (*Czarnecki t. Polen*), par. 42; EHRM 20 september 2011, Appl. Nr. 39602/05 (*Fedorenko t. Rusland*), par. 71-74; EHRM 3 juli 2014, Appl. Nr. 48929/08 (*Dubinskiy t. Rusland*), par. 59.

118 EHRM 24 juli 2003, Appl. Nrs. 46133/99 en 48183/99 (*Smirnova t. Rusland*), par. 61. Zie ook: EHRM 6 mei 2008, Appl. Nr. 20817/04 (*Nart t. Turkije*), par. 29; EHRM 11 maart 2014, Appl. Nr. 62631/11 (*Gál t. Hongarije*), par. 40; EHRM 1 december 2015, Appl. Nr. 26211/13 (*Šoš t. Kroatië*), par. 81.

119 Zie o.m.: EHRM 27 juni 1968, Appl. Nr. 1936/63 (*Neumeister t. Oostenrijk*), par. 4; EHRM 21 december 2000, Appl. Nr. 33492/96 (*Jabłoński t. Polen*), par. 83; EHRM 3 oktober 2006, Appl. Nr. 543/03 (*McKay t. Verenigd Koninkrijk*), par. 41; EHRM 24 april 2014, Appl. Nrs. 46398/09, 50570/09 en 50576/09 (*Miladinov t. Macedonië*), par. 47; EHRM 26 april 2016, Appl. Nr. 12301/12 (*Merčep t. Kroatië*), par. 76.

120 Zie o.m.: EHRM 27 augustus 1992, Appl. Nr. 12850/87 (*Tomasi t. Frankrijk*), par. 91. Zie ook: EHRM 27 juni 1968, Appl. Nr. 1936/63 (*Neumeister t. Oostenrijk*), par. 4; EHRM 21 december 2000, Appl. Nr. 33492/96 (*Jabłoński t. Polen*), par. 83. En voorts: Trechsel 2005, p. 516.

Gesteld kan worden dat het EHRM met deze eisen invulling geeft aan de proportionaliteitstoets die de toepassing van voorlopige hechtenis moet doorstaan, wil deze toepassing aanvaardbaar zijn in het licht van het aan artikel 5 EVRM ten grondslag liggende verbod op willekeurige vrijheidsbeneming.¹²¹ Hiermee gelden deze eisen als voorwaarden voor een rechtmatige en niet-willekeurige toepassing van voorlopige hechtenis. De bovengenoemde eisen, die steunen op een omvangrijk corpus aan rechtspraak, worden in de volgende subparagrafen nader uitgewerkt.

2.4.3.1 'Redelijke verdenking'

Het EHRM beschouwt het bestaan van een 'redelijke verdenking' ("*reasonable suspicion*") dat de gearresteerde persoon een strafbaar feit heeft gepleegd als een *conditio sine qua non* voor de rechtmatigheid van voorlopige hechtenis.¹²² Dit volgt expliciet uit de tekst van artikel 5, eerste lid (c) EVRM. Een 'redelijke verdenking' vereist het bestaan van feiten of informatie die een objectief waarnemer ervan zouden overtuigen dat de persoon in kwestie mogelijkerwijs het strafbare feit heeft gepleegd.¹²³ Dit veronderstelt dat aan een 'redelijke verdenking' een deugdzaam feitenonderzoek door de autoriteiten ten grondslag moet liggen.¹²⁴ Wat precies onder 'redelijk' moet worden verstaan, hangt evenwel af van de omstandigheden van het geval.¹²⁵ Voor toepassing van voorlopige hechtenis op grond van artikel 5, eerste lid (c) EVRM is in elk geval niet vereist dat de autoriteiten reeds beschikken over zodanig bewijs dat dit voldoende is om tot een veroordeling te komen.¹²⁶ Aanvankelijk hoeven de indicaties van schuld zelfs niet eens voldoende te zijn om een vervolging in te stellen.¹²⁷ Wel heeft het EHRM over-

121 Vgl. EHRM 18 maart 2008, Appl. Nr. 11036/03 (*Ladent t. Polen*), par. 54-55; EHRM 14 oktober 2010, Appl. Nr. 38717/04 (*Khayredinov t. Oekraïne*), par. 27-28; EHRM 12 februari 2015, Appl. Nr. 74297/11 (*Podvezko t. Oekraïne*), par. 20.

122 Zie o.m.: EHRM 8 juni 1995, Appl. Nr. 16026/90 (*Mansur t. Turkije*), par. 52; EHRM 6 november 2012, Appl. Nr. 36653/09 (*Trifković t. Kroatië*), par. 118; EHRM 24 april 2014, Appl. Nrs. 46398/09, 50570/09 en 50576/09 (*Miladinov t. Macedonië*), par. 46; EHRM 3 juli 2014, Appl. Nr. 48929/08 (*Dubinskiy t. Rusland*), par. 59.

123 Zie o.m.: EHRM 30 augustus 1990, Appl. Nrs. 12244/86, 12245/86, 12383/86 (*Fox, Campbell en Hartley t. Verenigd Koninkrijk*), par. 32; EHRM 22 mei 2014, Appl. Nr. 15172/13 (*Ilgar Mammadov t. Azerbeidzjan*), par. 88; EHRM 5 november 2015, Appl. Nr. 69861/11 (*Qing t. Portugal*), par. 45; EHRM 17 maart 2016, Appl. Nr. 69981/14 (*Rasul Jafarov t. Azerbeidzjan*), par. 116.

124 Vgl. EHRM 13 november 2003, Appl. Nrs. 23145/93 25091/94 (*Elçi e.a. t. Turkije*), par. 674; EHRM 6 november 2007, Appl. Nr. 8207/06 (*Stepuleac t. Moldavië*), par. 73.

125 EHRM 30 augustus 1990, Appl. Nrs. 12244/86, 12245/86, 12383/86 (*Fox, Campbell en Hartley t. Verenigd Koninkrijk*), par. 32; EHRM 22 mei 2014, Appl. Nr. 15172/13 (*Ilgar Mammadov t. Azerbeidzjan*), par. 88.

126 EHRM 29 november 1988, Appl. Nrs. 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85 (*Brogan e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 53.

127 *Ibid.*

wogen dat de vereiste graad van verdenking toeneemt naarmate de voorlopige hechtenis langer voortduurt.¹²⁸

De redelijke verdenking moet op grond van artikel 5, eerste lid (c) EVRM betrekking hebben op een 'strafbaar feit' ("offence"). De term 'strafbaar feit' heeft in dit kader een autonome betekenis.¹²⁹ De classificatie van een feit als 'strafbaar feit' in de nationale wetgeving is weliswaar een relevante factor,¹³⁰ maar ook in gevallen waarin de nationale strafwetgeving niet in een dergelijke classificatie voorziet kan sprake zijn van een 'strafbaar feit' in de zin van artikel 5, eerste lid (c) EVRM.¹³¹ Hierbij kunnen de aard van de procedure en de zwaarte van de sanctie die op het feit staat gesteld worden meegewogen.¹³² Het EHRM lijkt voor toepassing van voorlopige hechtenis echter geen minimumeisen te stellen aan de ernst van het strafbare feit waarop de verdenking betrekking heeft.¹³³ Wel kan uit de rechtspraak van het EHRM worden afgeleid dat het moet gaan om een specifiek en concreet strafbaar feit.¹³⁴ Het is onvoldoende om in algemene zin te verwijzen naar criminele of gevaarzettende activiteiten.¹³⁵

Uit de EHRM-rechtspraak volgt voorts dat de redelijke verdenking dat de verdachte zich heeft schuldig gemaakt aan een dergelijk strafbaar feit aanwezig moet zijn ten tijde van de aanhouding en moet blijven bestaan zolang het voorarrest voortduurt.¹³⁶ 'Na enige tijd' ("after a certain lapse of time") is de aanwezigheid van een redelijke verdenking als zodanig echter niet meer voldoende om een verdachte in voorarrest te houden.¹³⁷ Dan zullen ook andere 'relevante en voldoende redenen' aanwezig moeten zijn die

128 EHRM 28 oktober 1994, Appl. Nr. 14310/88 (*Murray t. Verenigd Koninkrijk*), par. 56; EHRM 22 mei 2014, Appl. Nr. 15172/13 (*Ilgar Mammadov t. Azerbeidzjan*), par. 88-90; EHRM 17 maart 2016, Appl. Nr. 69981/14 (*Rasul Jafarov t. Azerbeidzjan*), par. 116.

129 Vgl. EHRM 10 juni 1996, Appl. Nr. 19380/92 (*Benham t. Verenigd Koninkrijk*), par. 56. Zie ook: Trechsel 2005, p. 426-427. En voorts: de door het EHRM gepubliceerde 'Guide on Article 5 of the Convention' (juni 2014), par. 73, te raadplegen via www.echr.coe.int.

130 Dit kan worden afgeleid uit: EHRM 23 september 1998, Appl. Nr. 24838/94 (*Steel e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 46-49. Vgl. ook: EHRM 10 juni 1996, Appl. Nr. 19380/92 (*Benham t. Verenigd Koninkrijk*), par. 56.

131 *Ibid.*

132 *Ibid.*

133 Dit lijkt het EHRM aan de nationale autoriteiten te willen overlaten. Dit kan ook worden afgeleid uit de Straatsburgse rechtspraak in het kader van artikel 5, eerste lid (a) EVRM, waarin het EHRM de beslissing of een veroordeelde voor een bepaald strafbaar feit moet worden bestraft met een vrijheidsbenemende sanctie overlaat aan de nationale autoriteiten, mits deze sanctie een grondslag heeft in de nationale wetgeving en deze is opgelegd overeenkomstig de wettelijk voorgeschreven procedure. Zie: EHRM 16 december 1999, Appl. Nr. 24724/94 (*T. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 103; EHRM 18 september 2012, Appl. Nrs. 25119/09, 57715/09 en 57877/09 (*James, Wells en Lee t. Verenigd Koninkrijk*), par. 195.

134 Vgl. EHRM 6 november 1980, Appl. Nr. 7367/76 (*Guzzardi t. Italië*), par. 102; EHRM 21 juni 2011, Appl. Nr. 30194/09 (*Shimovolos t. Rusland*), par. 53-57.

135 *Ibid.*

136 EHRM 22 mei 2014, Appl. Nr. 15172/13 (*Ilgar Mammadov t. Azerbeidzjan*), par. 90.

137 Zie o.m.: EHRM 10 november 1969, Series A Nr. 9 (*Stögmüller t. Oostenrijk*), par. 4; EHRM 3 oktober 2006, Appl. Nr. 543/03 (*McKay t. Verenigd Koninkrijk*), par. 45; EHRM 24 april 2014, Appl. Nrs. 46398/09, 50570/09 en 50576/09 (*Miladinov t. Macedonië*), par. 46.

de (voortzetting van de) voorlopige hechtenis kunnen rechtvaardigen.¹³⁸ In een recente uitspraak in de zaak *Buzadji t. Moldavië* heeft het EHRM nadrukkelijk overwogen dat het criterium ‘na enige tijd’ gelijk staat aan het criterium ‘onverwijld’ (“*promptly*”), dat ingevolge artikel 5, derde lid EVRM geldt voor de tijd waarbinnen een aangehouden verdachte voor een rechter (of andere bevoegde magistraat) moet worden geleid om de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming de toetsen. Dit betekent dat er vanaf het eerste moment dat de vrijheidsbeneming van de verdachte wordt getoetst door een rechter, naast een redelijke verdenking, ook ‘relevante en voldoende redenen’ moeten zijn om voortzetting van de voorlopige hechtenis te rechtvaardigen.¹³⁹

2.4.3.2 ‘Relevante en voldoende redenen’

Het EHRM heeft als uitgangspunt gesteld dat een verdachte in beginsel zijn proces in vrijheid mag afwachten.¹⁴⁰ Dit uitgangspunt kan slechts uitzondering lijden als er ‘relevante en voldoende redenen’ (“*relevant and sufficient reasons*”) om voorlopige hechtenis toe te passen (of voort te zetten) aanwezig worden geacht.¹⁴¹ Zoals gezegd, heeft het EHRM in het standaardarrest *Smirnova t. Rusland* ‘vier algemeen aanvaardbare redenen’ (“*four basic acceptable reasons*”) vastgesteld die toepassing van voorlopige hechtenis kunnen rechtvaardigen, te weten het gevaar dat de verdachte, bij invrijheidstelling, (1) vlucht, (2) de waarheidsvinding belemmert, (3) recidiveert of (4) dat zijn vrijlating maatschappelijke onrust veroorzaakt.¹⁴²

In een aantal recente uitspraken, waarin het EHRM redenen voor voorlopige hechtenis opsomt die in eerdere rechtspraak als mogelijk ‘relevant’ en ‘voldoende’ zijn gekwalificeerd, wordt echter nog een vijfde reden onder-

138 *Ibid.* Hierbij benadrukt het EHRM dat de rechtvaardiging van elke periode van detentie, hoe kort dan ook, overtuigend moet kunnen worden aangetoond.

139 EHRM 5 juli 2016, Appl. Nr. 23755/07, EHRC 2017/30, m.nt. Crijns (*Buzadji t. Moldavië*), par. 92-102.

140 EHRM 24 juli 2003, Appl. Nrs. 46133/99 en 48183/99 (*Smirnova t. Rusland*), par. 58-59. Het EHRM heeft meermaals benadrukt dat artikel 5, derde lid EVRM de rechter geen keuze geeft tussen ofwel een proces binnen een redelijke termijn, ofwel voorlopige vrijlating van de verdachte gedurende het proces. Het EHRM is duidelijk: “*The presumption is in favour of release*”. Zie o.m.: EHRM 27 juni 1968, Appl. Nr. 1936/63 (*Neumeister t. Oostenrijk*), par. 4; EHRM 21 december 2000, Appl. Nr. 33492/96 (*Jabłoński t. Polen*), par. 83; EHRM 3 oktober 2006, Appl. Nr. 543/03 (*McKay t. Verenigd Koninkrijk*), par. 41; EHRM 6 november 2012, Appl. Nr. 36653/09 (*Trifković t. Kroatië*), par. 115; EHRM 24 april 2014, Appl. Nrs. 46398/09, 50570/09 en 50576/09 (*Miladinov t. Macedonië*), par. 47.

141 EHRM 24 juli 2003, Appl. Nrs. 46133/99 en 48183/99 (*Smirnova t. Rusland*), par. 58-59. Zie ook: EHRM 6 april 2000, Appl. Nr. 26772/95 (*Labita t. Italië*), par. 153; EHRM 24 juni 2016, Appl. Nr. 72508/13 (*Merabishvili t. Georgië*), par. 83.

142 Het EHRM verwoordt dit als: “*the risk that the accused will fail to appear for trial; the risk that the accused, if released, would take action to prejudice the administration of justice or commit further offences or cause public disorder*”. Zie: EHRM 24 juli 2003, Appl. Nrs. 46133/99 en 48183/99 (*Smirnova t. Rusland*), par. 58-59.

scheiden, te weten de bescherming van de veiligheid van de verdachte.¹⁴³ Hierbij wordt verwezen naar de zaak *I.A. t. Frankrijk* uit 1998, waarin het EHRM heeft geaccepteerd dat voorlopige hechtenis, in uitzonderlijke omstandigheden, gerechtvaardigd kan zijn ter bescherming van de verdachte tegen ernstig gevaar dat is ontstaan als gevolg van het strafbare feit waarvan hij wordt verdacht, zoals het gevaar dat uitgaat van op wraak beluste familieleden van het slachtoffer.¹⁴⁴ Opvallend is dat het EHRM deze reden in het later gewezen *Smirnova*-arrest (2003) niet heeft erkend als 'algemeen aanvaardbare reden' voor toepassing van voorlopige hechtenis. Ook in recente rechtspraak spreekt het EHRM nog steeds van de eerder aangehaalde 'vier algemeen aanvaardbare redenen'.¹⁴⁵ Hieruit zou kunnen worden opgemaakt dat EHRM weliswaar niet wil uitsluiten dat de bescherming van de veiligheid van de verdachte in exceptionele gevallen toepassing van voorlopige hechtenis kan rechtvaardigen, maar deze reden kennelijk niet heeft willen kwalificeren als 'algemeen aanvaardbare' grond voor voorlopige hechtenis.¹⁴⁶

Tegen deze achtergrond, wordt in het onderhavige onderzoek uitgegaan van de vier door het EHRM als 'algemeen aanvaardbaar' erkende gronden die voorlopige hechtenis toelaatbaar maken onder artikel 5 EVRM.¹⁴⁷ Hierbij geldt als voorwaarde dat een grond voor voorlopige hechtenis slechts aanvaardbaar kan zijn als deze deugdelijk is gemotiveerd; de rechtvaardiging van voorlopige hechtenis, hoe kort dan ook, moet overtuigend worden aangetoond door de autoriteiten.¹⁴⁸

143 Zie: EHRM 5 juli 2016, Appl. Nr. 23755/07, *EHRC* 2017/30, m.nt. Crijns (*Buzadji t. Moldavië*), par. 88; EHRM 20 december 2016, Appl. Nr. 629/11 (*Ara Harutyunyan t. Armenië*), par. 50.

144 Overigens was het EHRM in de betreffende zaak van oordeel dat het gevaar voor de veiligheid van de verdachte te inconsequent door de autoriteiten was aangevoerd en bovendien onvoldoende was gespecificeerd om als grond de voorlopige hechtenis te kunnen rechtvaardigen. Zie EHRM 23 september 1998, Appl. Nr. 1/1998/904/1116 (*I.A. t. Frankrijk*), par. 108.

145 Zie recent: EHRM 21 maart 2017, Appl. Nr. 34458/03 (*Porowski t. Polen*), par. 139. En eerder: EHRM 25 juni 2015, Appl. Nr. 36229/11 (*Isayeva t. Azerbeidzjan*), par. 86; EHRM 11 februari 2014, Appl. Nr. 33682/05 (*Karoly t. Roemenië*), par. 17. Vgl. ook de door het EHRM gepubliceerde 'Guide on Article 5 of the Convention' (juni 2014), par. 164-178, te raadplegen via www.echr.coe.int.

146 Dit past ook in de lijn van de standaardoverweging uit de rechtspraak van het EHRM dat er een zwaarwegend *publiek belang* moet zijn dat de voorlopige hechtenis rechtvaardigt, waaruit *a contrario* kan worden afgeleid dat voorlopige hechtenis in beginsel niet mag worden toegepast op basis van een individueel belang van de verdachte.

147 Deze gronden – en de eisen die daaraan worden gesteld – gelden ongeacht de plaats waar de voorlopige hechtenis ten uitvoer wordt gelegd. Zie EHRM 5 juli 2016, Appl. Nr. 23755/07, *EHRC* 2017/30, m.nt. Crijns (*Buzadji t. Moldavië*), par. 111-114, waarin het EHRM overweegt dat het gegeven dat voorlopige hechtenis in de vorm van huisarrest als minder ingrijpend zal worden ervaren dan voorlopige hechtenis in een beveiligde justitiële inrichting, niet rechtvaardigt dat minder strenge eisen worden gesteld aan de gronden voor toepassing daarvan.

148 EHRM 12 februari 2015, Appl. Nr. 74297/11 (*Podvezko t. Oekraïne*), par. 20.

A. Vluchtgevaar

Het gevaar dat een verdachte vlucht nadat hij een strafbaar feit heeft begaan is in artikel 5, eerste lid (c) EVRM uitdrukkelijk opgenomen als een legitieme grond voor voorlopige hechtenis.¹⁴⁹ Het vaststellen van een algemeen vluchtgevaar is hiervoor echter niet voldoende. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat vluchtgevaar moet worden beoordeeld op basis van concrete factoren die de aanwezigheid van dit gevaar mogelijk kunnen versterken of dit gevaar juist dusdanig kunnen minimaliseren dat het geen voorlopige hechtenis kan rechtvaardigen.¹⁵⁰ De hoogte van de straf die de verdachte bij veroordeling boven het hoofd hangt, kan hierbij een relevante factor zijn, maar is op zichzelf niet voldoende om de aanwezigheid van vluchtgevaar op te baseren.¹⁵¹

Bij de beoordeling van vluchtgevaar dienen ook de persoonlijke omstandigheden van de verdachte te worden betrokken, zoals zijn karakter en moraal, bezittingen, binding met de staat waarin hij wordt vervolgd en contacten in het buitenland.¹⁵² Zo kunnen de omstandigheden dat een verdachte binding heeft met verschillende landen, geen familie heeft in het land van vervolging en aanzienlijke financiële middelen tot zijn beschikking heeft reden geven om de verleiding voor de desbetreffende verdachte om bij invrijheidstelling het strafproces te ontvluchten aanzienlijk te achten.¹⁵³ Ook de omstandigheid dat de verdachte substantiële financiële schulden heeft open staan in de staat waarin hij wordt vervolgd, kan volgens het EHRM reden zijn om te constateren dat een vlucht naar het buitenland voor de verdachte verleidelijk kan zijn.¹⁵⁴ Voorts kan ook de omstandigheid dat een verdachte zich al eerder aan strafprocedures heeft onttrokken,¹⁵⁵ dan wel tijdens de huidige strafprocedure reeds een poging heeft ondernomen om de staat waarin de vervolging plaatsvindt te ontvluchten,¹⁵⁶ aanleiding geven

149 Zie hierover ook: Trechsel 2005, p. 524-525; Corstens 2014, p. 453-454.

150 Zie o.m.: EHRM 26 juni 1991, Appl. Nr. 12369/86 (*Letellier t. Frankrijk*), par. 43; EHRM 27 augustus 1992, Appl. Nr. 12850/87 (*Tomasi t. Frankrijk*), par. 98; EHRM 8 juni 1995, Appl. Nr. 16026/90 (*Mansur t. Turkije*), par. 55; EHRM 8 mei 2005, Appl. Nr. 45100/98 (*Panchenko t. Rusland*), par. 105; EHRM 26 juni 2012, Appl. Nr. 33376/07 (*Piruzyan t. Armenië*), par. 95; EHRM 3 juli 2014, Appl. Nr. 48929/08 (*Dubinskiy t. Rusland*), par. 67.

151 *Ibid.*

152 EHRM 27 juni 1968, Appl. Nr. 1936/63 (*Neumeister t. Oostenrijk*), par. 10; EHRM 26 januari 1993, Appl. Nr. 14379/88 (*W. t. Zwitserland*), par. 33; EHRM 26 juni 2012, Appl. Nr. 33376/07 (*Piruzyan t. Armenië*), par. 95; EHRM 5 januari 2016, Appl. Nr. 50255/12 (*Süveges t. Hongarije*), par. 92; EHRM 17 mei 2016, Appl. Nr. 8026/04 (*Yegorychev t. Rusland*), par. 54.

153 EHRM 26 januari 1993, Appl. Nr. 14379/88 (*W. t. Zwitserland*), par. 33, aangehaald door Trechsel 2005, p. 525. Zie ook: EHRM 13 juli 1995, Appl. Nr. 19382/92 (*Van der Tang t. Spanje*), par. 64-67; EHRM 17 februari 2005, Appl. Nr. 56271/00 (*Sardinas Albo t. Italië*), par. 93.

154 EHRM 31 juli 2000, Appl. Nr. 35848/97 (*Barfuss t. Tsjechië*), par. 69, aangehaald door Trechsel 2005, p. 525.

155 EHRM 25 april 2000, Appl. Nr. 31315/96 (*Punzelt t. Tsjechië*), par. 76; EHRM 17 februari 2005, Appl. Nr. 56271/00 (*Sardinas Albo t. Italië*), par. 93.

156 EHRM 6 juni 2000, Appl. Nr. 33644/96 (*Český t. Tsjechië*), par. 79.

om vluchtgevaar aan te nemen en op basis daarvan toepassing van voorlopige hechtenis te rechtvaardigen. Ook het feit dat een verdachte ten tijde van de aanhouding in het bezit was van een vals paspoort is een omstandigheid die de rechter kan meenemen bij de beoordeling of sprake is van vluchtgevaar.¹⁵⁷

Hier staat tegenover dat bepaalde persoonlijke omstandigheden van de verdachte, zoals het hebben van een stabiele familierelatie en sterke sociale bindingen in de staat waarin de vervolging plaats vindt, als mitigerende factoren moeten worden beschouwd bij de beoordeling of sprake is van vluchtgevaar.¹⁵⁸ Ook praktische belemmeringen om te kunnen vluchten, zoals de omstandigheid dat identiteits- en reisdocumenten en spaartegoeden van de verdachte door de autoriteiten in beslag zijn genomen, moeten door de rechter worden meegenomen in de beoordeling.¹⁵⁹ In dit verband moet worden benadrukt dat het op de weg van de autoriteiten (lees: de officier van justitie en/of de rechter) ligt om overtuigend aan te tonen dat er sprake is van vluchtgevaar en dat niet van de verdachte kan worden verwacht dat hij het tegendeel bewijst. Een dergelijke 'verschuiving van de bewijslast' naar een verdachte wiens vrijheid is ontnomen, staat volgens het EHRM gelijk aan het omverwerpen van de regel van artikel 5 EVRM, die ertoe strekt dat vrijheidsbeneming een exceptionele afwijking van het recht op persoonlijke vrijheid betreft die slechts in een beperkt aantal strikt afgebakende gevallen gerechtvaardigd is.¹⁶⁰

B. Gevaar voor belemmering van de waarheidsvinding

Een tweede 'algemeen aanvaardbare' grond voor voorlopige hechtenis is de aanwezigheid van het gevaar dat de verdachte, bij invrijheidstelling, de waarheidsvinding belemmert door bijvoorbeeld bewijsmateriaal te vernietigen of verklaringen van medeverdachten of getuigen te beïnvloeden.¹⁶¹ Hieronder valt onder meer het gevaar dat de verdachte zal proberen door intimidatie of anderszins druk uit te oefenen op getuigen.¹⁶² Ook 'collusiegevaar' valt volgens het EHRM onder deze legitieme grond voor voorlopige hechtenis.¹⁶³ Hiervan is sprake indien een gevaar bestaat dat de verdachte, bij invrijheidstelling, heimelijk zal samenspannen met medeverdachten of getuigen om sporen uit te wissen of verklaringen onderling af te stemmen

157 EHRM 17 februari 2005, Appl. Nr. 56271/00 (*Sardinas Albo t. Italië*), par. 93.

158 Zie o.m.: EHRM 9 oktober 2008, Appl. Nr. 62936/00 (*Moiseyev t. Rusland*), par. 153.

159 *Ibid.*

160 EHRM 24 maart 2016, Appl. Nr. 51445/09 (*Zherebin t. Rusland*), par. 60. Zie ook: EHRM 26 juli 2001, Appl. Nr. 33977/96 (*Ilijkov t. Bulgarije*), par. 85; EHRM 7 april 2005, Appl. Nr. 54071/00 (*Rokhlina t. Rusland*), par. 67.

161 Zie o.m.: EHRM 23 september 1998, Appl. Nr. 1/1998/904/1116 (*I.A. t. Frankrijk*), par. 110. Zie hierover ook: Trechsel 2005, p. 525-526.

162 EHRM 27 augustus 1992, Appl. Nr. 12850/87 (*Tomasi t. Frankrijk*), par. 92-95

163 EHRM 5 juli 2016, Appl. Nr. 23755/07, EHRC 2017/30, m.nt. Crijns (*Buzadji t. Moldavië*), par. 88.

en zodoende de waarheidsvinding te bemoeilijken.¹⁶⁴ Het is evenwel aan de autoriteiten om aan te tonen dat er sprake is van een dergelijk gevaar voor belemmering van de waarheidsvinding en dus niet aan de verdachte om het tegendeel te bewijzen.¹⁶⁵

Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat het gevaar dat de verdachte bij invrijheidstelling de waarheidsvinding zal belemmeren uit concrete omstandigheden moet blijken.¹⁶⁶ Hierbij kunnen in elk geval de aard, omvang en complexiteit van de zaak relevante factoren zijn. Zo kan de grote omvang en complexiteit van een zaak, waarbij grote hoeveelheden dossierstukken moeten worden onderzocht en een veelheid aan getuigen moet worden gehoord, een groter risico met zich brengen dat een in vrijheid gestelde verdachte kans ziet om bewijsmateriaal te vernietigen of te manipuleren.¹⁶⁷ Ook de ernst van de verdenking en de straf die de verdachte bij een veroordeling boven het hoofd hangt, kunnen relevante factoren zijn bij de beoordeling van het gevaar dat de verdachte de waarheidsvinding zal belemmeren.¹⁶⁸ Voorts kan ook de persoonlijkheid van de verdachte en zijn houding in het strafproces een rol spelen. Zo kan een gevaar voor belemmering van de waarheidsvinding worden afgeleid uit gedragingen van de verdachte voor en na zijn arrestatie, bijvoorbeeld indien deze blijik geven van de intentie om systematisch bewijsmateriaal te vernietigen.¹⁶⁹ Verder kunnen ook de antecedenten van de verdachte een relevante factor zijn. Hierbij valt te denken aan zaken waarin de verdachte reeds in eerdere procedures heeft getracht bewijsmateriaal te verdoezelen of getuigen te manipuleren.¹⁷⁰

Het EHRM erkent aldus het gevaar dat een verdachte het onderzoek frustrereert en de waarheidsvinding belemmert als een legitieme reden om voorlopige hechtenis toe te passen, althans in de *beginfase* van het onderzoek.¹⁷¹ In zijn vaste rechtspraak overweegt het EHRM dat, bij een normale gang van zaken, collusiegevaar of andere gevaren voor belemmering van de waarheidsvinding afnemen naarmate het onderzoek verder vordert.¹⁷² Op de langere termijn (lees: zodra het meeste bewijsmateriaal is verzameld en

164 Corstens 2014, p. 458-460; Trechsel 2005, p. 526.

165 Een 'verschuiving van de bewijslast' naar de verdachte zou niet in lijn zijn met artikel 5 EVRM. Zie: EHRM 24 maart 2016, Appl. Nr. 51445/09 (*Zherebin t. Rusland*), par. 60. Zie ook: EHRM 26 juli 2001, Appl. Nr. 33977/96 (*Ilijkov t. Bulgarije*), par. 85; EHRM 7 april 2005, Appl. Nr. 54071/00 (*Rokhlina t. Rusland*), par. 67.

166 Vgl. EHRM 12 december 1991, Appl. Nr. 12718/87 (*Clooth t. België*), par. 44; EHRM 17 mei 2016, Appl. Nr. 8026/04 (*Yegorychev t. Rusland*), par. 55.

167 EHRM 26 januari 1993, Appl. Nr. 14379/88 (*W. t. Zwitserland*), par. 35-36.

168 In dit verband heeft het EHRM echter wel benadrukt dat de ernst van de verdenking op zichzelf geen legitieme grond is om een verdachte langdurig in voorlopige hechtenis te houden. Zie o.m.: EHRM 24 juni 2010, Appl. Nr. 24202/05 (*Veliyev t. Rusland*), par. 148.

169 EHRM 26 januari 1993, Appl. Nr. 14379/88 (*W. t. Zwitserland*), par. 35-36.

170 *Ibid.*

171 EHRM 12 december 1991, Appl. Nr. 12718/87 (*Clooth t. België*), par. 43; EHRM 26 januari 1993, Appl. Nr. 14379/88 (*W. t. Zwitserland*), par. 35; EHRM 17 februari 2005, Appl. Nr. 56271/00 (*Sardinas Albo t. Italië*), par. 93.

172 *Ibid.* Zie ook: EHRM 11 maart 2014, Appl. Nr. 62631/11 (*Gál t. Hongarije*), par. 44.

de getuigen zijn gehoord) kan het gevaar voor belemmering van de waarheidsvinding dan ook geen legitieme grond meer zijn om een verdachte in voorlopige hechtenis te houden.¹⁷³ Tot een zelfde oordeel kan ook worden gekomen in zaken waarin het onderzoek weliswaar nog niet is afgerond, maar waarbij door toedoen van de autoriteiten zodanige vertragingen zijn opgetreden dat voorlopige hechtenis van de verdachte niet langer gerechtvaardigd is, althans niet op meer op grond van het gevaar dat de verdachte bij invrijheidstelling het onderzoek zal frustreren.¹⁷⁴

Tot slot volgt uitdrukkelijk uit de rechtspraak van het EHRM dat een ontkennende of zwijgende proceshouding van de verdachte niet heeft te gelden als een belemmering van de waarheidsvinding die het gebruik van voorlopige hechtenis kan rechtvaardigen. Toepassing van voorlopige hechtenis op basis van de enkele omstandigheid dat een verdachte (nog) niet heeft bekend, geeft volgens het EHRM blijk van een grove veronachtzaming van de onschuldpresumptie.¹⁷⁵ Een ontkennende proceshouding kan als zodanig dan ook onder geen enkele omstandigheid worden beschouwd als een legitieme grond voor voorlopige hechtenis.¹⁷⁶

C. Recidivegevaar

Een derde door het EHRM 'algemeen aanvaardbaar' geachte grond voor voorlopige hechtenis is de aanwezigheid van het gevaar dat de verdachte, bij invrijheidstelling, (opnieuw¹⁷⁷) een strafbaar feit zal plegen. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat is vereist dat de rechter de aanwezigheid van een dergelijk recidivegevaar¹⁷⁸ overtuigend vaststelt.¹⁷⁹ Hiervoor is het in elk geval noodzakelijk dat het recidivegevaar plausibel is en de voorlopige hechtenis een gepaste maatregel is in het licht van de concrete omstandigheden van het geval, waaronder in het bijzonder de antecedenten en de persoonlijkheid van de verdachte.¹⁸⁰

173 *Ibid.*

174 Vgl. EHRM 12 december 1991, Appl. Nr. 12718/87 (*Clooth t. België*), par. 45.

175 EHRM 4 oktober 2005, Appl. Nr. 28904/02 (*Górski t. Polen*), par. 58; EHRM 17 oktober 2006, Appl. Nr. 7677/02 (*Gasiorowski t. Polen*), par. 50.

176 *Ibid.*

177 Het EHRM gebruikt de term "reoffending". Trechsel (2005, p. 526) wijst erop dat deze term moeilijk verenigbaar is met de onschuldpresumptie, daar deze term veronderstelt dat de verdachte reeds één of meer strafbare feiten heeft gepleegd.

178 Met 'recidivegevaar' wordt hier bedoeld op zowel "the risk of reoffending" (vgl. de terminologie in bijvoorbeeld EHRM 11 maart 2014, Appl. Nr. 62631/11 (*Gál t. Hongarije*), par. 42) als "the risk that the accused would take action to commit further offences" (vgl. de terminologie in bijvoorbeeld EHRM 24 juli 2003, Appl. Nrs. 46133/99 en 48183/99 (*Smirnova t. Rusland*), par. 59).

179 Zie o.m.: EHRM 12 december 1991, Appl. Nr. 12718/87 (*Clooth t. België*), par. 40; EHRM 19 maart 2009, Appl. Nr. 6270/06 (*Lyubimenko t. Rusland*), par. 74; EHRM 29 oktober 2009, Appl. Nr. 17020/05 (*Paradysz t. Frankrijk*), par. 71; EHRM 25 september 2012, Appl. Nr. 67341/10 (*Dervishi t. Kroatië*), par. 137; EHRM 11 maart 2014, Appl. Nr. 62631/11 (*Gál t. Hongarije*), par. 42.

180 *Ibid.*

Het enkel refereren aan de criminele antecedenten van een verdachte is echter niet voldoende om voorlopige hechtenis op grond van recidivegevaar te rechtvaardigen.¹⁸¹ Het daadwerkelijke risico op herhaling moet worden beoordeeld. Dat de verdachte eerder is vervolgd of veroordeeld voor een strafbaar feit dat – voor wat betreft de aard en ernst – vergelijkbaar is met de verdenking in de lopende procedure, kan volgens het EHRM een relevante factor zijn in deze beoordeling.¹⁸² Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat het strafbare feit, waarop de huidige verdenking betrekking heeft, is gepleegd tijdens een voorwaardelijke invrijheidstelling c.q. proeftijd van de verdachte in een andere strafzaak.¹⁸³ Het antecedentenonderzoek hoeft zich bovendien niet per definitie te beperken tot strafbare feiten waarvoor de verdachte reeds is veroordeeld.¹⁸⁴ Het recidivegevaar kan ook worden gebaseerd op de grote hoeveelheid feiten waarop de verdenking betrekking heeft, alsook op strafbare feiten die na aanvang van het lopende onderzoek (vermoedelijk) door de verdachte zijn gepleegd. Zo heeft het EHRM in de zaak *Assenov t. Bulgarije*, waarin een minderjarige werd verdacht van ten minste zestien berovingen en inbraken, waarvan een aantal zou zijn gepleegd in de periode na aanvang van het politieonderzoek, overwogen dat het niet onredelijk was dat de autoriteiten vreesden dat de verdachte bij invrijheidstelling wederom strafbare feiten zou plegen.¹⁸⁵

Ook de persoonlijkheid van de verdachte kan, zoals gezegd, een rol spelen bij de beoordeling of sprake is van recidivegevaar, mits dit aan de hand van concrete feiten en omstandigheden wordt onderbouwd. Zo kan de aanwezigheid van een psychische stoornis bij de verdachte, waardoor deskundigen de verdachte als ‘gevaarlijk’ aanmerken, een relevante factor zijn om mee te nemen in de beoordeling van het recidivegevaar.¹⁸⁶ In de zaak *Bouchet t. Frankrijk* werd recidivegevaar aannemelijk geacht op basis van de combi-

181 Zie o.m.: EHRM 12 december 1991, Appl. Nr. 12718/87 (*Clooth t. België*), par. 40; EHRM 17 maart 1997, Appl. Nr. 21802/93 (*Muller t. Frankrijk*), par. 44; EHRM 19 maart 2009, Appl. Nr. 6270/06 (*Lyubimenko t. Rusland*), par. 74.

182 Zie o.m.: EHRM 15 mei 2008, Appl. Nr. 32327/06 (*Popkov t. Rusland*), par. 60; EHRM 18 juni 2009, Appl. Nr. 23691/06 (*Shteyn t. Rusland*), par. 115; EHRM 25 september 2012, Appl. Nr. 67341/10 (*Dervishi t. Kroatië*), par. 137.

183 EHRM 5 januari 2016, Appl. Nr. 50255/12 (*Süveges t. Hongarije*), par. 96.

184 Vgl. EHRM 28 oktober 1998, Appl. Nr. 90/1997/874/1086 (*Assenov t. Bulgarije*), par. 156. In de zaak *Perica Oreb t. Kroatië* meende het EHRM daarentegen dat het recidivegevaar, gelet op de onschuldpresumptie, niet uitsluitend kon worden gebaseerd op het feit dat er meerdere strafprocedures liepen tegen de verdachte, terwijl er nog geen sprake was van een formele veroordeling en de verdachte geen strafblad had. Zie: EHRM 31 oktober 2013, Appl. Nr. 20824/09 (*Perica Oreb t. Kroatië*), par. 113.

185 EHRM 28 oktober 1998, Appl. Nr. 90/1997/874/1086 (*Assenov t. Bulgarije*), par. 156, aangehaald in Trechsel 2005, p. 526. Overigens kwam het EHRM in deze zaak niettemin tot een schending van artikel 5, derde lid EHRM, omdat – mede gelet op de minderjarigheid van de verdachte – geen sprake was van ‘berechting binnen een redelijke termijn’.

186 EHRM 12 december 1991, Appl. Nr. 12718/87 (*Clooth t. België*), par. 38-40. Wel kwam het EHRM in deze zaak tot de conclusie dat, vanaf het moment dat uit deskundigenrapportages bleek dat de verdachte dringend psychiatrische zorg nodig had, de voorlopige hechtenis geen gepaste maatregel meer was.

natie van enerzijds een verdachte die volgens medisch-psychologische en psychiatrische rapporten een 'significant narcistische', 'agressieve' en 'getormenteerde' persoonlijkheid had, waardoor zijn gedrag zeer onvoorspelbaar was, en anderzijds een zeer kwetsbaar 'emotioneel en sociaal onvolwassen' slachtoffer, die ook tijdens de onderzoeksfase nog door de verdachte werd lastig gevallen.¹⁸⁷

Voorts kunnen ook andere – buiten de antecedenten en persoonlijkheid van de verdachte gelegen – omstandigheden relevant zijn voor het vaststellen van recidivegevaar, zoals de aard en ernst van de verdenking. Een voorbeeld van een zaak waarin de (lucratieve) aard van de verdenking een belangrijke rol speelde bij het vaststellen van het gevaar voor voortzetting van de criminele activiteiten door de verdachte is *Bernobić t. Kroatië*.¹⁸⁸ In deze zaak heeft het EHRM aanvaard dat de aanwezigheid van recidivegevaar door de nationale rechter werd gebaseerd op de verdenking dat de verdachte zich schuldig maakte aan drugsmokkel en opereerde in een georganiseerde criminele groep, hetgeen zodanig lucratief zou zijn dat het een permanente bron van inkomsten vormde voor de verdachte. Hierbij werd tevens meegewogen dat de verdachte niet beschikte over een legale bron van inkomsten.¹⁸⁹

Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat ook de ernst van de verdenking – bijvoorbeeld het weerzinwekkende karakter van het feit waarop de verdenking betrekking heeft – een relevante factor kan zijn bij de beoordeling van het recidivegevaar van een verdachte.¹⁹⁰ Dit speelde bijvoorbeeld een rol in de zaak *Clooth t. België*, waarin de verdenking betrekking had op een moord op een tienermeisje, waarvan het dode lichaam verminkt en verbrand was teruggevonden in een verlaten gebouw.¹⁹¹ Desalniettemin mag de aanwezigheid van recidivegevaar niet enkel en alleen worden gebaseerd op de ernst van de verdenking. In dit verband heeft het EHRM meermaals benadrukt dat de ernst van de verdenking op zichzelf geen langdurige periode van voorlopige hechtenis kan rechtvaardigen.¹⁹² Dus ook in gevallen waarin sprake is van een zeer ernstige verdenking geldt dat de autoriteiten, op basis van de omstandigheden van het geval, waaronder in het bijzonder de antecedenten en de persoonlijkheid van de verdachte, overtuigend

187 EHRM 20 maart 2001, Appl. Nr. 33591/96 (*Bouchet t. Frankrijk*), par. 44-46.

188 EHRM 21 juni 2011, Appl. Nr. 57180/09 (*Bernobić t. Kroatië*).

189 *Ibid.*, par. 70.

190 EHRM 12 december 1991, Appl. Nr. 12718/87 (*Clooth t. België*), par. 40. Zie ook: EHRM 26 juli 2001, Appl. Nr. 33977/96 (*Ilijkov t. Bulgarije*), par. 80; EHRM 4 mei 2006, Appl. Nr. 13425/02 (*Michta t. Polen*), par. 49; EHRM 26 november 2013, Appl. Nr. 54727/08 (*Wereda t. Polen*), par. 68.

191 EHRM 12 december 1991, Appl. Nr. 12718/87 (*Clooth t. België*), par. 8 en 38-40.

192 Zie o.m.: EHRM 26 juli 2001, Appl. Nr. 33977/96 (*Ilijkov t. Bulgarije*), par. 80-81; EHRM 4 mei 2006, Appl. Nr. 13425/02 (*Michta t. Polen*), par. 49; EHRM 1 april 2010, Appl. Nr. 67413/01 (*Gulyayeva t. Rusland*), par. 186; EHRM 25 september 2012, Appl. Nr. 67341/10 (*Dervishi t. Kroatië*), par. 137; EHRM 26 november 2013, Appl. Nr. 54727/08 (*Wereda t. Polen*), par. 68.

moeten vaststellen dat er een gevaar bestaat dat de verdachte bij invrijheidstelling (nogmaals) een strafbaar feit zal plegen.¹⁹³

Tot slot kan uit de rechtspraak van het EHRM worden afgeleid dat recidivegevaar, als grond voor voorlopige hechtenis, betrekking moet hebben op de periode voorafgaand aan de eindzitting. De mogelijkheid dat een verdachte in de verre toekomst (nogmaals) een strafbaar feit pleegt volstaat niet. Het EHRM heeft herhaaldelijk overwogen dat het moet gaan om een gevaar dat de verdachte 'bij invrijheidstelling hangende het strafproces' (wederom) strafbare feiten zal plegen.¹⁹⁴ Slechts een dergelijk *acuut* recidivegevaar kan rechtvaardigen dat wordt afgeweken van het uitgangspunt dat een verdachte zijn proces in vrijheid mag afwachten.

D. Gevaar voor maatschappelijke onrust¹⁹⁵

Een vierde door het EHRM 'algemeen aanvaardbaar' geachte grond voor voorlopige hechtenis is het gevaar dat vrijlating van de verdachte leidt tot "public disorder" (ook wel aangeduid als "public disquiet"¹⁹⁶). In de zaak *Letellier t. Frankrijk* heeft het EHRM aanvaard dat sommige strafbare feiten, vanwege de bijzondere ernst daarvan en de publieke reactie daarop, aanleiding kunnen geven tot een zodanige "social disturbance" dat het in voorlopige hechtenis nemen – en voor enige tijd houden – van een verdachte gerechtvaardigd kan zijn.¹⁹⁷ Volgens het EHRM kan deze factor 'in exceptionele omstandigheden' worden meegewogen in het uit artikel 5, derde lid EVRM voortvloeiende kader voor voorlopige hechtenisbeslissingen, mits de nationale wetgeving de notie van "disturbance of public order caused by an offence" als grond voor voorlopige hechtenis erkent.¹⁹⁸ Deze grond kan echter uitsluitend de toepassing van voorlopige hechtenis legitimeren indien de autoriteiten hun beslissing daartoe baseren op concrete feiten die aantonen dat vrijlating van de verdachte daadwerkelijk zal leiden tot "disturbance

193 EHRM 12 december 1991, Appl. Nr. 12718/87 (*Clooth t. België*), par. 40.

194 Zie o.m.: EHRM 24 juli 2003, Appl. Nrs. 46133/99 en 48183/99 (*Smirnova t. Rusland*), par. 58-59. Zie ook: Uit Beijerse 2008, p. 472-473.

195 De inhoud van deze paragraaf is tevens verwerkt in de annotatie bij de EHRM uitspraak *Geisterfer t. Nederland* die is verschenen in EHRC 2015/57. Zie: EHRM 9 december 2014, Appl. Nr. 15911/08, EHRC 2015/57, m.nt. Y.N. van den Brink.

196 Het EHRM lijkt de termen "public disorder" en "public disquiet" door elkaar te gebruiken. Hieruit kan worden afgeleid dat aan deze termen dezelfde betekenis wordt toegekend. Zie bijvoorbeeld: EHRM 24 januari 2014, Appl. Nr. 57541/09 (*Valeriy Samoylov t. Rusland*), par. 111.

197 EHRM 26 juni 1991, Appl. Nr. 12369/86 (*Letellier t. Frankrijk*), par. 51. Zie ook: EHRM 27 november 1991, Appl. Nrs. 12325/86 en 14992/89 (*Kemmache t. Frankrijk*), par. 52; EHRM 27 augustus 1992, Appl. Nr. 12850/87 (*Tomasi t. Frankrijk*), par. 91; EHRM 23 september 1998, Appl. Nr. 1/1998/904/1116 (*I.A. t. Frankrijk*), par. 104; EHRM 31 oktober 2013, Appl. Nr. 20824/09 (*Perica Orib t. Kroatië*), par. 117; EHRM 24 januari 2014, Appl. Nr. 57541/09 (*Valeriy Samoylov t. Rusland*), par. 111; EHRM 9 december 2014, Appl. Nr. 15911/08, EHRC 2015/57, m.nt. Van den Brink (*Geisterfer t. Nederland*), par. 39.

198 *Ibid.*

to public order".¹⁹⁹ Niet kan worden volstaan met een abstracte beoordeling van de noodzaak van voorlopige hechtenis, waarin het oordeel enkel wordt gebaseerd op de ernst van de verdenking. Hierbij wordt benadrukt dat de voorlopige hechtenis niet mag worden gebruikt om vooruit te lopen op een vrijheidsstraf.²⁰⁰

Wat exact onder 'disturbance to public order' (kortweg: 'public disorder') moet worden verstaan volgt niet eenduidig uit de rechtspraak van het EHRM. Zo zouden de overwegingen van het EHRM in *Letellier t. Frankrijk* kunnen worden geïnterpreteerd als een vereiste dat de autoriteiten aantonen dat invrijheidstelling van de verdachte daadwerkelijk redden of andere feitelijke wanordelijkheden tot gevolg zal hebben.²⁰¹ Uit andere uitspraken van het EHRM kan echter worden afgeleid dat 'public disorder' zich niet beperkt tot dergelijke feitelijke verstoringen van de openbare orde. Zo heeft het EHRM in de zaak *J.M. t. Denemarken* aanvaard dat de rechterlijke overtuiging dat (vroegtijdige) vrijlating van een minderjarige verdachte, gelet op de ernst van het gepleegde feit, in strijd zou zijn met het publieke gevoel van rechtvaardigheid een legitieme grond kan zijn voor toepassing van voorlopige hechtenis.²⁰² Hieruit kan worden afgeleid dat ook in de maatschappij heersende gevoelens van (on)rechtvaardigheid binnen de reikwijdte van de term 'public disorder' kunnen vallen.²⁰³ Het criterium 'public disorder' laat zich dan ook niet goed vertalen als 'feitelijke verstoring van de openbare orde', doch eerder als 'maatschappelijke onrust' in bredere zin: het moet gaan om het gevaar dat de invrijheidstelling van verdachte zal leiden tot beroering c.q. hevige verontwaardiging onder (een deel van) de bevolking.²⁰⁴

Dit roept wel direct de vraag op hoe de autoriteiten kunnen beoordelen of sprake is van een gevaar voor maatschappelijke onrust. Hiervoor is het allereerst van belang om scherp te krijgen wat de bron moet zijn van de maatschappelijke onrust wil het volgens het EHRM de voorlopige hechtenis van een verdachte kunnen rechtvaardigen. In de literatuur is er meermaals op gewezen dat de formulering van deze grond in de overwegingen van het EHRM in *Smirnova t. Rusland* en *Czarnecki t. Polen* de indruk wekt dat het

199 *Ibid.* Zie hierover ook: EHRM 3 april 2012, Appl. Nr. 3048/04 (*Riccardi t. Roemenië*), par. 76.

200 *Ibid.*

201 Vgl. Van Dijk 2002, p. 565; Schalken 2004, p. 261-262; Uit Beijerse 2008, p. 474-476.

202 EHRM 13 november 2012, Appl. Nr. 34421/09 (*J.M. t. Denemarken*), par. 62.

203 Het EHRM is echter niet inhoudelijk ingegaan op de klacht dat de autoriteiten onvoldoende zouden hebben aangetoond dat sprake was van een aanhoudende dreiging van maatschappelijke onrust en dat vrijlating van de verdachte, zijnde een minderjarige, een gespecificeerde, concrete schending van het rechtsgevoel met zich zou brengen. Zie: *Ibid.*, par. 64.

204 Vgl. Schalken in zijn noot bij EHRM 24 oktober 2004, NJ 2005, 550 (*Smirnova t. Rusland*); Borgers 2007(a), p. 248. Zie ook: A-G Vellinga in zijn conclusie bij HR 21 maart 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU8131, rov. 18. In het vervolg zal ik dan ook de term 'maatschappelijke onrust' gebruiken, waarmee wordt bedoeld op de door het EHRM gehanteerde term 'public disorder'.

zou moeten gaan om het gevaar dat de verdachte zelf, indien hij in vrijheid wordt gesteld, maatschappelijke onrust zal veroorzaken.²⁰⁵ De heersende opvatting in de literatuur lijkt evenwel te zijn dat het, op grond van de overwegingen van het EHRM in onder meer *Letellier t. Frankrijk*, *Kanzi t. Nederland* en *Hendriks t. Nederland* en *Geisterfer t. Nederland*, moet gaan om het gevaar dat de vrijlating van de verdachte, gelet op de bijzondere ernst van het feit en de publieke reactie daarop, tot maatschappelijke onrust leidt.²⁰⁶ Verdedigbaar is evenwel dat het EHRM beide scenario's onder de reikwijdte van het gevaar voor maatschappelijke onrust als legitieme grond voor voorlopige hechtenis heeft willen brengen.²⁰⁷

Dit volgt uit de wijze waarop het EHRM beoordeelt of de autoriteiten in een concreet geval terecht een beroep hebben gedaan op het gevaar voor maatschappelijke onrust als grond voor voorlopige hechtenis. Zo heeft het EHRM in de zaak *Romanova t. Rusland* overwogen dat de toepassing van voorlopige hechtenis op basis van het gevaar voor maatschappelijke onrust (“*prejudice to public order*”) niet kon worden gerechtvaardigd, (mede) omdat de Russische autoriteiten onvoldoende duidelijk hebben gemaakt waarom de verdachte zelf een gevaar zou vormen voor de maatschappelijke veiligheid (“*public safety*”), bijvoorbeeld in vergelijking met twee medeverdachten die hun proces wel in vrijheid mochten afwachten.²⁰⁸ Hieruit kan – zij het *a contrario* – worden afgeleid dat het EHRM aanvaardt dat het gevaar dat gedragingen van de verdachte zelf maatschappelijke onrust zullen veroorzaken een legitieme grond kan zijn voor voorlopige hechtenis. Voorts overwoog het EHRM in deze zaak dat de autoriteiten onvoldoende hebben aangetoond dat voorlopige hechtenis noodzakelijk was om – (mogelijk) uit de bijzondere ernst van het feit en de publieke reactie daarop voortvloeiende²⁰⁹ – maatschappelijke onrust (“*public disquiet*”) te voorkomen.²¹⁰ Deze overweging sluit aan bij andere uitspraken van het EHRM, waarin bij de beoordeling of sprake is van een gevaar voor maatschappelijke onrust de

205 Vgl. Schalken 2004, p. 261; Borgers 2007(a), p. 248; Uit Beijerse 2008, p. 470-471; met verwijzing naar EHRM 24 juli 2003, Appl. Nrs. 46133/99 en 48183/99 (*Smirnova t. Rusland*), par. 59 en/of EHRM 28 juli 2005, Appl. Nr. 75112/01 (*Czarnecki t. Polen*), par. 37.

206 Vgl. Reijntjes 2004, p. 220-221; Borgers 2007(a), p. 248; Borgers 2007(c), p. 984; Uit Beijerse 2008, p. 474-476; Schalken in zijn noot bij EHRM 5 juli 2007, Appl. Nr. 43701/04, *NJ* 2007, 633 (*Hendriks t. Nederland*); Van den Brink in zijn noot bij EHRM 9 december 2014, Appl. Nr. 15911/08, *EHRC* 2015/57 (*Geisterfer t. Nederland*). En voorts: EHRM 26 juni 1991, Appl. Nr. 12369/86 (*Letellier t. Frankrijk*), par. 51; EHRM 5 juli 2007, Appl. Nr. 28831/04 (*Kanzi t. Nederland*).

207 Zie ook: Van den Brink in zijn noot bij EHRM 9 december 2014, Appl. Nr. 15911/08, *EHRC* 2015/57 (*Geisterfer t. Nederland*).

208 EHRM 11 oktober 2011, Appl. Nr. 23215/02 (*Romanova t. Rusland*), par. 132. Zie voor een vergelijkbare overweging: EHRM 31 oktober 2013, Appl. Nr. 20824/09 (*Perica Orib t. Kroatië*), par. 118.

209 Vgl. EHRM 11 oktober 2011, Appl. Nr. 23215/02 (*Romanova t. Rusland*), par. 131.

210 *Ibid.*, par. 132.

nadruk wordt gelegd op de (mogelijke) publieke reactie op de vrijlating van een verdachte die wordt beschuldigd van een ernstig strafbaar feit.²¹¹

De wijze waarop de autoriteiten inhoudelijk moeten vaststellen of invrijheidstelling van de verdachte zal leiden tot een zodanige publieke reactie dat sprake is van 'maatschappelijke onrust' die toepassing of voortzetting van voorlopige hechtenis legitimeert, volgt niet expliciet uit de rechtspraak van het EHRM. Wel heeft het EHRM herhaaldelijk benadrukt dat niet kan worden volstaan met een abstracte beoordeling van de noodzaak van voorlopige hechtenis; de rechter zal het gevaar voor maatschappelijke onrust op basis van concrete feiten moeten aantonen.²¹² Zo heeft het EHRM in de zaak *I.A. t. Frankrijk* overwogen dat het *in abstracto* verwijzen naar de ernst van het feit, de omstandigheden waaronder dit is begaan en, sporadisch, naar de reacties van de familie van het slachtoffer niet voldoende is om op basis van het gevaar voor maatschappelijke onrust toepassing van voorlopige hechtenis te rechtvaardigen.²¹³ In de zaak *J.M. t. Denemarken* achtte het EHRM het daarentegen voldoende dat de nationale rechter van oordeel was dat het voorafgaand aan de afronding van het lopende persoonlijkheidsonderzoek vrijlaten van een 15-jarige verdachte, die ervan werd beschuldigd een hoogbejaarde dame te hebben verkracht en vermoord, strijdig zou zijn met het 'publieke gevoel van rechtvaardigheid'.²¹⁴ Hierbij werd ook meegewogen dat de verdachte van meet af aan had bekend dat hij dit ernstige strafbare feit had gepleegd.²¹⁵ Hieruit lijkt te kunnen worden afgeleid dat het vaststellen van de 'publieke reactie' toch een zekere mate van abstractie in zich mag dragen, daar het EHRM lijkt aan te nemen dat de vroegtijdige vrijlating van een (bekennende) verdachte van een zeer ernstig feit strijd met het publieke gevoel van rechtvaardigheid veronderstelt.

De mate waarin het gevaar voor maatschappelijke onrust door de autoriteiten moet worden geconcretiseerd, wil het voorlopige hechtenis kunnen rechtvaardigen, stond ook centraal in een drietal Nederlandse zaken die

211 Vgl. EHRM 23 september 1998, Appl. Nr. 1/1998/904/1116 (*I.A. t. Frankrijk*), par. 104; EHRM 5 juli 2007, Appl. Nr. 28831/04 (*Kanzi t. Nederland*); EHRM 5 juli 2007, Appl. Nr. 43701/04 (*Hendriks t. Nederland*); EHRM 13 november 2012, Appl. Nr. 34421/09 (*J.M. t. Denemarken*), par. 62.

212 Zie o.m.: EHRM 26 juni 1991, Appl. Nr. 12369/86 (*Letellier t. Frankrijk*), par. 51; EHRM 27 november 1991, Appl. Nrs. 12325/86 en 14992/89 (*Kemmache t. Frankrijk*), par. 52; EHRM 27 augustus 1992, Appl. Nr. 12850/87 (*Tomasi t. Frankrijk*), par. 91; EHRM 23 september 1998, Appl. Nr. 1/1998/904/1116 (*I.A. t. Frankrijk*), par. 104; EHRM 31 oktober 2013, Appl. Nr. 20824/09 (*Perica Orib t. Kroatië*), par. 117; EHRM 24 januari 2014, Appl. Nr. 57541/09 (*Valeriy Samoylov t. Rusland*), par. 111. En in het bijzonder: EHRM 3 april 2012, Appl. Nr. 3048/04 (*Riccardi t. Roemenië*), par. 76.

213 EHRM 23 september 1998, Appl. Nr. 1/1998/904/1116 (*I.A. t. Frankrijk*), par. 104.

214 Het EHRM overwoog dat deze zaak zich hiermee onderscheidt van zaken waarin de nationale rechter de noodzaak van voorlopige hechtenis uitsluitend baseerde op de ernst van het feit, aangezien de Deense rechter ook de 'publieke reactie' op de vrijlating in ogenschouw heeft genomen. Zie: EHRM 13 november 2012, Appl. Nr. 34421/09 (*J.M. t. Denemarken*), par. 62.

215 *Ibid.*

voor het EHRM zijn gebracht. Op 9 december 2014 heeft het EHRM arrest gewezen in de zaak *Geisterfer t. Nederland*, waarin het tot de conclusie kwam dat sprake was van een schending van artikel 5, eerste lid (c) jo. derde lid EVRM, omdat de Nederlandse autoriteiten hadden verzuimd om op basis van concrete feiten en omstandigheden te onderbouwen dat invrijheidstelling van verdachte had geleid tot, dan wel zou leiden tot maatschappelijke onrust en de autoriteiten hun beslissingen tot voortzetting van de voorlopige hechtenis slechts hadden onderbouwd met een abstracte verwijzing naar de ernst van de verdenking en de zwaarwegende strafvorderlijke belangen.²¹⁶ Een aantal jaren eerder verklaarde het EHRM in de zaken *Kanzi t. Nederland*²¹⁷ en *Hendriks t. Nederland*²¹⁸ soortgelijke klachten over de abstracte, niet op de omstandigheden van het geval toegespitste onderbouwing van het gevaar voor 'public disorder' als grond voor voorlopige hechtenis 'kennelijk ongegrond' en dus niet-ontvankelijk. Destijds kwamen Borgers en Schalken in hun annotaties bij de zaken *Kanzi* en *Hendriks* tot de conclusie dat de (mogelijke) publieke reactie op de vrijlating van de verdachte, waaruit de rechter het gevaar voor maatschappelijke onrust moet afleiden, kennelijk niet al te veel concretisering behoeft.²¹⁹ Zij signaleerden dat het EHRM in deze zaken heeft aanvaard dat de nationale rechter het gevaar voor maatschappelijke onrust baseert op de – vrij abstracte – notie dat een verdachte van een ernstig strafbaar feit (vroegtijdig) in vrijheid wordt gesteld, waarbij het EHRM ook nog eens heeft benadrukt dat de mate waarin de concrete zaak in de publiciteit is geweest niet beslissend mag zijn in de beoordeling of de invrijheidstelling van de verdachte zal leiden tot maatschappelijke onrust.²²⁰ Hieruit leidde Schalken af dat de rechter het gevaar voor maatschappelijke onrust kennelijk niet in hoofdzaak op concrete aanwijzingen

216 EHRM 9 december 2014, Appl. Nr. 15911/08, EHRC 2015/57, m.nt. Van den Brink (*Geisterfer t. Nederland*). Bijzonder in deze zaak is dat de voorlopige hechtenis van verdachte Geisterfer na ruim vijftien maanden op basis van humanitaire redenen (lees: gezondheidsproblemen van een medeverdachte) werd geschorst onder voorwaarden. Bij deze beslissing werd door de rechtbank benadrukt dat de schorsing zou voortduren tot het moment dat het strafproces tegen verdachte en medeverdachte zou worden voortgezet. Na vier maanden werd het strafproces voortgezet en werd verdachte Geisterfer weer in voorlopige hechtenis genomen, onder meer op grond van het gevaar voor 'public disorder'. Het EHRM laat in zijn beslissing zwaar doorwegen dat de autoriteiten geenszins duidelijk hebben gemaakt dat de voorwaardelijke invrijheidstelling (lees: schorsing) van verdachte had geleid tot 'public disorder' of dat de aan de schorsing verbonden voorwaarden niet langer volstonden. Hieruit leidt het EHRM af dat de rechtbank een zodanig zwaar gewicht heeft toegekend aan de ernst van de verdenking dat geen enkele omstandigheid het voor de rechtbank aanvaardbaar had kunnen maken om de verdachte zijn verdere proces in vrijheid te laten afwachten (par. 43).

217 EHRM 5 juli 2007, Appl. Nr. 28831/04 (*Kanzi t. Nederland*).

218 EHRM 5 juli 2007, Appl. Nr. 43701/04, NJ 2007, 633 m.nt. Schalken (*Hendriks t. Nederland*).

219 Borgers 2007(c), p. 984-985; Schalken in zijn noot EHRM 5 juli 2007, Appl. Nr. 43701/04, NJ 2007, 633 (*Hendriks t. Nederland*).

220 Toch heeft het EHRM in eerdere rechtspraak aanvaard dat de omvang van de publiciteit wel een relevante factor kan zijn bij het inschatten van het gevaar voor maatschappelijke onrust. Zie: EHRM 20 maart 2001, Appl. Nr. 33591/96 (*Bouchet t. Frankrijk*), par. 43.

met betrekking tot de invrijheidstelling van een individuele verdachte hoeft te baseren. Borgers stelde zich op het standpunt dat uit deze uitspraken kan worden afgeleid dat het EHRM een zekere mate van abstractie aanvaardbaar acht bij het beoordelen van het gevaar voor maatschappelijke onrust, waarbij de publieke reactie in belangrijke mate mag worden afgeleid uit de bijzondere ernst van het feit.²²¹

De toelaatbaarheid van een dergelijke, meer abstracte benadering van het gevaar voor maatschappelijke onrust lijkt in belangrijke mate samen te hangen met de duur van de voorlopige hechtenis.²²² In de zaken *Kanzi* en *Hendriks* heeft het EHRM uitdrukkelijk overwogen dat naarmate de tijd verstrijkt het doorgaans steeds lastiger wordt om voortzetting van voorlopige hechtenis te (blijven) rechtvaardigen met een beroep op het gevaar dat invrijheidstelling van de verdachte zal leiden tot maatschappelijke onrust.²²³ Dit impliceert dat naarmate de voorlopige hechtenis langer voortduurt de rechter zijn beslissing om de voorlopige hechtenis (wederom) te verlengen steeds diepgaander zal moeten motiveren, waarbij hij steeds concreter inzichtelijk zal moeten maken dat er nog steeds daadwerkelijk sprake is van een gevaar voor maatschappelijke onrust als gevolg van de vrijlating van de verdachte.²²⁴ Dat het EHRM in de *Geisterfer*-uitspraak strengere eisen lijkt te stellen aan de onderbouwing van het gevaar voor maatschappelijke onrust als grond voor voorlopige hechtenis dan in de *Kanzi*- en *Hendriks*-uitspraken past in deze lijn, daar *Geisterfer* aanzienlijk langer in voorlopige hechtenis heeft verbleven dan *Kanzi* en *Hendriks*.²²⁵

221 Borgers 2007(c), p. 984-985.

222 Dit kan worden afgeleid uit de slotoverwegingen van het EHRM in de *Kanzi*- en *Hendriks*-uitspraken, waarin het EHRM opmerkt dat de uitgangspunten uit de EHRM-rechtspraak waarop klagers een beroep doen om hun standpunt over de vermeende schending van artikel 5, derde lid EVRM te onderbouwen (kortweg: de uitgangspunten uit *Smirnova t. Rusland* en *Letellier t. Frankrijk*) niet zonder mee van toepassing zijn op de onderhavige zaken, omdat de duur van de voorlopige hechtenis van *Kanzi* en *Hendriks* aanmerkelijk korter was dan die van de klagers in de aangehaalde zaken. Zie hierover: Borgers 2007(c), p. 984-985. Bovendien sluit dit aan bij de algemene lijn in de EHRM-rechtspraak waarin het EHRM doorgaans terughoudend omgaat met het aannemen van een schending van artikel 5, eerste lid (c) jo. derde lid EVRM in zaken waarin de voorlopige hechtenis van relatief korte duur is. Zie: Stevens 2008, p. 513-514.

223 EHRM 5 juli 2007, Appl. Nr. 28831/04 (*Kanzi t. Nederland*); EHRM 5 juli 2007, Appl. Nr. 43701/04 (*Hendriks t. Nederland*).

224 Vgl. EHRM 26 juni 1991, Appl. Nr. 12369/86 (*Letellier t. Frankrijk*), par. 51; EHRM 27 november 1991, Appl. Nrs. 12325/86 en 14992/89 (*Kemmache t. Frankrijk*), par. 52; EHRM 27 augustus 1992, Appl. Nr. 12850/87 (*Tomasi t. Frankrijk*), par. 91; EHRM 3 april 2012, Appl. Nr. 3048/04 (*Riccardi t. Roemenië*), par. 76. Borgers (2007(c), p. 984) wijst erop dat het verminderen of achterwege blijven van media-aandacht voor de zaak in kwestie in dit verband toch een rol van betekenis zou kunnen spelen. Dit kan ook worden afgeleid uit: EHRM 20 maart 2001, Appl. Nr. 33591/96 (*Bouchet t. Frankrijk*), par. 43.

225 *Kanzi* en *Hendriks* hebben respectievelijk ruim drie maanden en bijna zes maanden in voorarrest gezeten. *Geisterfer* werd na ruim vijftien maanden in voorarrest en ruim viereneenhalve maand in schorsing onder voorwaarden opnieuw voor ruim twee maanden in voorarrest genomen.

Een andere relevante factor voor de toelaatbare mate van abstractie/concretisering van de onderbouwing van het gevaar voor maatschappelijke onrust als grond voor voorlopige hechtenis is het verweer dat de verdediging van de verdachte daartegen voert.²²⁶ Indien de verdediging op basis van concrete feiten en omstandigheden betwist dat de invrijheidstelling van de verdachte zal leiden tot maatschappelijke onrust, kan de rechter of andere competente autoriteit een dergelijk verweer niet terzijde schuiven door enkel in abstracto te wijzen op de ernst van de verdenking en de zwaarwegende strafvorderlijke belangen die aan invrijheidstelling van verdachte in de weg zouden staan.²²⁷

Samenvattend kan worden gesteld dat het EHRM er geen twijfel over laat bestaan dat de rechter de toepassing van voorlopige hechtenis kan legitimeren op grond van het gevaar dat vrijlating van de verdachte maatschappelijke onrust zal veroorzaken, hetzij vanwege gedragingen van de verdachte zelf, hetzij vanwege de publieke reactie op zijn vrijlating. Een heldere definitie van 'maatschappelijke onrust' wordt echter niet gegeven. Wel is duidelijk dat het EHRM de eis stelt dat de rechter op basis van concrete feiten en omstandigheden moet beoordelen of sprake is van een gevaar voor maatschappelijke onrust. Dit geldt te meer indien de verdediging van de verdachte het gevaar voor maatschappelijke onrust onderbouwd betwist. Tegelijkertijd lijkt het EHRM de rechter ruimte te laten voor een zekere mate van abstractie in de inschatting van de publieke reactie op de vrijlating, waarin met name de ernst van het feit een zwaarwegende factor kan zijn. Naarmate de voorlopige hechtenis langer voortduurt, zal de rechter echter steeds uitvoeriger en concreter moeten motiveren waarom er nog steeds sprake is van een gevaar dat vrijlating van de verdachte tot maatschappelijke onrust zal leiden. Het EHRM heeft bovendien herhaaldelijk benadrukt dat de ernst van het feit op zichzelf geen (langdurige) voorlopige hechtenis kan legitimeren en dat de voorlopige hechtenis niet mag worden gebruikt om vooruit te lopen op een vrijheidsstraf.

2.4.3.3 'Noodzakelijk'

Voorlopige hechtenis kan onder artikel 5, eerste lid (c) jo. derde lid EVRM enkel aanvaardbaar zijn als dit daadwerkelijk 'noodzakelijk' ("*necessary*") is om te waarborgen dat de verdachte op zitting verschijnt, dan wel om het gevaar voor belemmering van de waarheidsvinding, recidive of maatschappelijke onrust af te wenden. Deze noodzakelijkheidseis brengt mee dat de autoriteiten bij iedere beslissing over toepassing van voorlopige hechtenis

226 Vgl. Reijntjes 2008, p. 207-210.

227 Zie: EHRM 9 december 2014, Appl. Nr. 15911/08, ECHR 2015/57, m.nt. Van den Brink (*Geisterfer t. Nederland*).

moeten nagaan of er minder ingrijpende alternatieven voorhanden zijn.²²⁸ Dit volgt ook uit de systematiek die ten grondslag ligt aan artikel 5, eerste lid (c) jo. derde lid EVRM: in de voorfase van het strafproces geldt (onvoorwaardelijke) invrijheidstelling van de verdachte als uitgangspunt; indien hiervan wordt afgeweken verdient het minst ingrijpende dwangmiddel de voorkeur.²²⁹ Dit vertaalt zich ook in een motiveringsplicht: als de autoriteiten van oordeel zijn dat voorlopige hechtenis noodzakelijk is, dan moeten zij in hun beslissing(en) motiveren waarom alternatieven niet toereikend zijn.²³⁰

2.4.3.4 Publiek belang versus persoonlijke vrijheid verdachte

Volgens vaste rechtspraak van het EHRM kan toepassing van voorlopige hechtenis slechts gerechtvaardigd zijn indien er specifieke aanwijzingen zijn dat een evident publiek belang dat hiermee wordt gediend, met inachtneming van de onschuldpresumptie, zwaarder weegt dan het recht op persoonlijke vrijheid van het individu.²³¹ Dit veronderstelt een belangenafweging. Het EHRM heeft in zijn rechtspraak, met verwijzing naar het in artikel 5 lid 1(c) EVRM besloten liggende proportionaliteitsvereiste, uitdrukkelijk overwogen dat rechters voorlopige hechtenisbeslissingen moeten baseren op een afweging van de relevante argumenten voor en tegen invrijheidstelling van de verdachte.²³² In dit verband benadrukt het EHRM dat het niet volstaat om de argumenten voor en tegen invrijheidstelling *in abstracto* af te wegen.²³³ Deze argumenten moeten worden onderbouwd aan de hand van concreet, feitelijk bewijs.²³⁴ Hoewel de persoonlijke vrijheid van het individu onder het EVRM veel gewicht toekomt, stelt het EHRM voorop dat het in de

228 EHRM 21 december 2000, Appl. Nr. 33492/96 (*Jabłoński t. Polen*), par. 83; EHRM 28 juli 2005, Appl. Nr. 75112/01 (*Czarnecki t. Polen*), par. 42; EHRM 20 september 2011, Appl. Nr. 39602/05 (*Fedorenko t. Rusland*), par. 71-74; EHRM 3 juli 2014, Appl. Nr. 48929/08 (*Dubinskiy t. Rusland*), par. 59 en 70.

229 Zie o.m.: EHRM 24 juli 2003, Appl. Nrs. 46133/99 en 48183/99 (*Smirnova t. Rusland*), par. 58-61; EHRM 21 december 2000, Appl. Nr. 33492/96 (*Jabłoński t. Polen*), par. 83; EHRM 28 juli 2005, Appl. Nr. 75112/01 (*Czarnecki t. Polen*), par. 42. Zie ook: Van Kempen & Kristen 2005, p. 322-323.

230 Vgl. EHRM 21 december 2000, Appl. Nr. 33492/96 (*Jabłoński t. Polen*), par. 83; EHRM 28 juli 2005, Appl. Nr. 75112/01 (*Czarnecki t. Polen*), par. 42; EHRM 20 september 2011, Appl. Nr. 39602/05 (*Fedorenko t. Rusland*), par. 71-74; EHRM 3 juli 2014, Appl. Nr. 48929/08 (*Dubinskiy t. Rusland*), par. 59 en 70.

231 EHRM 24 juli 2003, Appl. Nrs. 46133/99 en 48183/99 (*Smirnova t. Rusland*), par. 61. Zie ook: EHRM 6 mei 2008, Appl. Nr. 20817/04 (*Nart t. Turkije*), par. 29; EHRM 11 maart 2014, Appl. Nr. 62631/11 (*Gál t. Hongarije*), par. 40; EHRM 1 december 2015, Appl. Nr. 26211/13 (*Šoš t. Kroatië*), par. 81.

232 EHRM 12 februari 2015, Appl. Nr. 74297/11 (*Podvezko t. Oekraïne*), par. 20.

233 *Ibid.* Zie ook: EHRM 6 mei 2008, Appl. Nr. 20817/04 (*Nart t. Turkije*), par. 29 en EHRM 4 oktober 2005, Appl. Nr. 9190/03 (*Becciev t. Moldavië*), par 56 en 59; EHRM 1 december 2015, Appl. Nr. 26211/13 (*Šoš t. Kroatië*), par. 84.

234 *Ibid.*

eerste plaats op de weg van de nationale autoriteiten zelf ligt om te bepalen of er in een concreet geval sprake is van een evident publiek belang dat met voorlopige hechtenis wordt gediend en zwaarder weegt dan de persoonlijke vrijheid van de verdachte en om alle relevante argumenten die voor en tegen vrijlating van de verdachte pleiten te beoordelen en in de beslissing te betrekken.²³⁵ Dit moet uiteindelijk leiden tot een deugdelijk onderbouwde beslissing over de voorlopige hechtenis.²³⁶

2.4.3.5 'Redelijke' duur

Artikel 5, derde lid EVRM schrijft voor dat iedere verdachte die is aangehouden of gedetineerd op grond van artikel 5, eerste lid (c) EVRM het recht heeft binnen een redelijke termijn te worden berecht of hangende het proces in vrijheid te worden gesteld. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt evenwel dat artikel 5, derde lid EVRM de rechter geen keuze geeft tussen ofwel een proces binnen een redelijke termijn, ofwel voorlopige vrijlating van de verdachte gedurende het proces.²³⁷ Het EHRM is duidelijk: zolang een verdachte nog niet is veroordeeld, moet hij voor onschuldig worden gehouden en artikel 5, derde lid EVRM strekt er in essentie toe te waarborgen dat een verdachte (voorlopig) in vrijheid wordt gesteld zodra het voortduren van de voorlopige hechtenis niet langer 'redelijk' ("reasonable") is.²³⁸ De redelijke duur van voorlopige hechtenis kan niet in abstracto worden bepaald, maar moet in iedere concrete zaak op basis van de specifieke omstandigheden van het geval worden beoordeeld.²³⁹ Hierbij is ook de tijd die de verdachte op het moment van de beslissing reeds in voorarrest heeft doorgebracht een

235 Vgl. EHRM 30 januari 2003, Appl. Nr. 38884/97 (*Nikolov t. Bulgarije*), par. 74; EHRM 6 mei 2008, Appl. Nr. 20817/04 (*Nart t. Turkije*), par. 29; EHRM 11 maart 2014, Appl. Nr. 62631/11 (*Gál t. Hongarije*), par. 40.

236 EHRM 12 februari 2015, Appl. Nr. 74297/11 (*Podvezko t. Oekraïne*), par. 20.

237 Zie o.m.: EHRM 27 juni 1968, Appl. Nr. 1936/63 (*Neumeister t. Oostenrijk*), par. 4; EHRM 21 december 2000, Appl. Nr. 33492/96 (*Jabłoński t. Polen*), par. 83; EHRM 3 oktober 2006, Appl. Nr. 543/03 (*McKay t. Verenigd Koninkrijk*), par. 41; EHRM 6 november 2012, Appl. Nr. 36653/09 (*Trifković t. Kroatië*), par. 115; EHRM 24 april 2014, Appl. Nrs. 46398/09, 50570/09 en 50576/09 (*Miladinov t. Macedonië*), par. 47; EHRM 1 december 2015, Appl. Nr. 26211/13 (*Šoš t. Kroatië*), par. 82; EHRM 26 april 2016, Appl. Nr. 12301/12 (*Merčep t. Kroatië*), par. 76.

238 *Ibid.* Het EHRM heeft herhaaldelijk overwogen dat: "Until his conviction, the accused must be presumed innocent, and the purpose of the provision under consideration [artikel 5, derde lid EVRM, YB] is essentially to require his provisional release once his detention ceases to be reasonable."

239 Zie o.m.: EHRM 26 oktober 2000, Appl. Nr. 30210/96 (*Kudla t. Polen*), par. 110; EHRM 3 oktober 2006, Appl. Nr. 543/03 (*McKay t. Verenigd Koninkrijk*), par. 41-45; EHRM 22 mei 2012, Appl. Nr. 5826/03 (*Idalov t. Rusland*), par. 139-141; EHRM 3 juli 2014, Appl. Nr. 48929/08 (*Dubinskiy t. Rusland*), par. 58.

relevante factor.²⁴⁰ Volgens het EHRM heeft de nationale rechter de verplichting om voortdurende voorlopige hechtenis herhaaldelijk te toetsen om te waarborgen dat de verdachte in vrijheid wordt gesteld zodra het voortduren van de voorlopige hechtenis niet langer 'redelijk' is.²⁴¹

2.4.3.6 Motivering

Tot slot moet aandacht worden besteed aan de motiveringsplicht die op grond van artikel 5 EVRM geldt voor de nationale rechter die een beslissing neemt over de voorlopige hechtenis van een verdachte. In de zaak *Becciev t. Moldavië* zet het EHRM uiteen dat een deugdelijke motivering van een beslissing over de voorlopige hechtenis om meerdere redenen van belang is.²⁴² Zo laat een gemotiveerde beslissing aan de partijen zien dat zij zijn gehoord en dat hun standpunten zijn meegenomen in de beslissing en wordt de partijen de mogelijkheid geboden om tegen de beslissing in beroep te gaan en de beslissing te laten herbeoordelen door de beroepsinstantie.²⁴³ Ook kan slechts bij gemotiveerde beslissingen sprake zijn van publieke controle op de rechtsgang.²⁴⁴ Mede tegen deze achtergrond, beschouwt het EHRM een deugdelijke motivering van de voorlopige hechtenisbeslissing als een essentiële waarborg tegen willekeurige vrijheidsbeneming.²⁴⁵

Het is vaste rechtspraak van het EHRM dat de nationale autoriteiten de rechtvaardiging van voorlopige hechtenis, hoe kort deze ook duurt, overtuigend moeten aantonen.²⁴⁶ Duidelijk moet worden waarom het gerechtvaardigd is dat wordt afgeweken van het uitgangspunt dat de verdachte zijn proces in vrijheid mag afwachten.²⁴⁷ Dit betekent dat de rechter moet motiveren waarom sprake is van een 'redelijke verdenking' en van één of meer 'relevante en voldoende redenen' voor toepassing van voorlopige hechtenis, waarom niet kan worden volstaan met minder ingrijpende alternatieven en waarom het publieke belang dat met voorlopige hechtenis wordt gediend zwaarder weegt dan de persoonlijke vrijheid van de verdachte. De rechter mag in elk geval niet volstaan met een summiere en/of gestandaardiseerde

240 De redelijke termijn ex artikel 5, derde lid EVRM start in beginsel op het moment dat de verdachte wordt aangehouden en in voorarrest wordt genomen. Deze termijn eindigt zodra de verdachte in vrijheid wordt gesteld, dan wel wordt veroordeeld, ook als het een veroordeling door de rechter in eerste aanleg betreft waartegen beroep open staat. Zie o.m.: EHRM 27 juni 1968, Series A Nr. 7 (*Wemhoff t. Duitsland*), par. 9); EHRM 16 januari 2007, Appl. Nr. 27561/02 (*Solmaz t. Turkije*), par. 23-25. Zie hierover ook: Trechsel 2005, p. 518-521.

241 Zie o.m.: EHRM 3 oktober 2006, Appl. Nr. 543/03 (*McKay t. Verenigd Koninkrijk*), par. 45.

242 EHRM 4 oktober 2005, Appl. Nr. 9190/03 (*Becciev t. Moldavië*), par 55.

243 *Ibid.*

244 *Ibid.*

245 Vgl. EHRM 12 februari 2015, Appl. Nr. 74297/11 (*Podvezko t. Oekraïne*), par. 20-21.

246 Zie o.m.: EHRM 4 oktober 2005, Appl. Nr. 9190/03 (*Becciev t. Moldavië*), par 54; EHRM 12 februari 2015, Appl. Nr. 74297/11 (*Podvezko t. Oekraïne*), par. 20-21; EHRM 5 juli 2016, Appl. Nr. 23755/07, EHRC 2017/30, m.nt. Crijns (*Buzadji t. Moldavië*), par. 87.

247 *Ibid.*

motivering, waarin slechts de wettelijke gronden worden genoemd, zonder onderbouwing waarom deze gronden relevant zijn in het individuele geval.²⁴⁸ De motivering van een voorlopige hechtenisbeslissing mag niet ‘stereotype en abstract’ zijn, maar moet inzicht geven in de redenen die ten grondslag liggen aan de beslissing om de verdachte in voorlopige hechtenis te nemen of te houden, toegespitst op de specifieke omstandigheden van het geval.²⁴⁹

2.4.4 Voorlopige hechtenis van minderjarigen; uiterste maatregel en zo kort mogelijk

In de afgelopen jaren heeft het EHRM zich in meerdere zaken specifiek uitgesproken over de voorlopige hechtenis van minderjarige verdachten in het licht van artikel 5, eerste lid (c) jo. derde lid EVRM.²⁵⁰ Uit deze rechtspraak volgt dat de in de voorgaande subparagraaf beschreven eisen van de ‘redelijke verdenking’ en de ‘relevante en voldoende redenen’ voor voorlopige hechtenis onverkort gelden in zaken van minderjarige verdachten.²⁵¹ De noodzakelijkheidseis waaruit volgt dat de autoriteiten gehouden zijn om te zoeken naar alternatieven voor voorlopige hechtenis komt volgens het EHRM zelfs extra gewicht toe als het gaat om voorlopige hechtenis van een minderjarige;²⁵² voorlopige hechtenis van een minderjarige mag volgens het EHRM slechts worden toegepast als dit ‘strikt noodzakelijk’ (“*strictly*

248 Zie o.m.: EHRM 4 oktober 2005, Appl. Nr. 3456/05 (*Sarban t. Moldavië*), par. 100-104; EHRM 20 december 2011, Appl. Nr. 71092/01, NJ 2013, 183, m.nt. N. Keijzer (*Zandbergs t. Letland*), par. 71-72; EHRM 9 december 2014, Appl. Nr. 15911/08, EHRC 2015/57, m.nt. Van den Brink (*Geisterfer t. Nederland*); EHRM 5 juli 2016, Appl. Nr. 23755/07, EHRC 2017/30, m.nt. Crijns (*Buzadji t. Moldavië*), par. 122.

249 *Ibid.* Zie hierover ook: College voor de Rechten van de Mens 2017, p. 19-21. Vgl. ook Robroek (2017, p. 43-65) die de verstrekkendheid van de motiveringsplicht die voortvloeit uit artikel 5 EVRM wat lijkt te willen nuanceren en zich op het standpunt stelt “dat wat betreft de motivering best mag worden teruggevallen op algemene ervaringsregels en dat de indringendheid van de motivering af mag hangen van de mate waarin de voorlopige hechtenis door de verdachte in raadkamer onderbouwd is bestreden” (p. 62).

250 Zie: EHRM 10 januari 2006, Appl. Nr. 21768/02 (*Selçuk t. Turkije*); EHRM 6 mei 2008, Appl. Nr. 20817/04 (*Nart t. Turkije*); EHRM 20 januari 2009, Appl. Nr. 70337/01 (*Güveç t. Turkije*); EHRM 19 januari 2012, Appl. Nr. 39884/05 (*Korneykova t. Oekraïne*); EHRM 22 mei 2012, Appl. Nr. 23601/10 (*Özkan en Fikri Yakar t. Turkije*); EHRM 13 november 2012, Appl. Nr. 34421/09 (*J.M. t. Denemarken*); EHRM 9 juli 2013, Appl. Nr. 66066/09, EHRC 2013/197 (*Dinç en Çakar t. Turkije*). De zaak *Grabowski t. Polen*, waarin een minderjarige naar aanleiding van een verdenking van een strafbaar feit – en in afwachting van mogelijke strafvervolgning – door een familierechter in een opvoedinrichting is geplaatst, is door het EHRM behandeld onder artikel 5, eerste lid (d) EVRM en valt daarmee buiten de reikwijdte van dit onderzoek. Zie: EHRM 30 juni 2015, Appl. Nr. 57722/12 (*Grabowski t. Polen*). Vgl. *mutatis mutandis* ook EHRM 23 maart 2016, Appl. Nr. 47152/06, NJ 2016/260, m.nt. Keijzer (*Blokhin t. Rusland*), par. 154.

251 Vgl. o.m.: EHRM 13 november 2012, Appl. Nr. 34421/09 (*J.M. t. Denemarken*), par. 54.

252 EHRM 20 januari 2009, Appl. Nr. 70337/01 (*Güveç t. Turkije*), par. 108. EHRM 9 juli 2013, Appl. Nr. 66066/09, EHRC 2013/197 (*Dinç en Çakar t. Turkije*), par. 59-66.

necessary”) is.²⁵³ Voorts stelt het EHRM de voorwaarde dat de beslissing om een minderjarige in voorlopige hechtenis te nemen het resultaat moet zijn van een concrete afweging van de relevante argumenten voor en tegen invrijheidstelling van de verdachte, waarbij de jonge leeftijd van de verdachte een ‘zeer zwaarwegende factor’ moet zijn.²⁵⁴ Ook heeft het EHRM benadrukt dat op de autoriteiten een bijzondere verantwoordelijkheid rust om te waarborgen dat minderjarigen die in voorlopige hechtenis verblijven binnen een ‘redelijke termijn’ worden berecht.²⁵⁵ Verder stelt het EHRM extra strenge eisen aan de motiveringsplicht als het gaat om een beslissing om een minderjarige in voorlopige hechtenis te nemen.²⁵⁶ Deze jeugdspecifieke aanscherpingen moeten waarborgen dat voorlopige hechtenis van minderjarigen uitsluitend als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke duur wordt toegepast.²⁵⁷

Dat voorlopige hechtenis van een minderjarige verdachte volgens het EHRM enkel voor de kortst mogelijke duur mag worden toegepast, veronderstelt dat in jeugdstrafzaken extra terughoudend moet worden omgegaan met langdurige toepassing van voorlopige hechtenis. Desalniettemin geldt ook als het gaat om minderjarige verdachten dat de ‘redelijke’ duur van voorlopige hechtenis niet abstracto kan worden vastgesteld en afhangt van de omstandigheden van het geval. Zo heeft het EHRM in de zaak *Nart t. Turkije* de voorlopige hechtenis van een 15-jarige verdachte voor de duur van 47 dagen in strijd geacht met artikel 5, derde lid EVRM,²⁵⁸ terwijl het EHRM in de zaak *J.M. t. Denemarken* de voorlopige hechtenis van een 15-jarige verdachte voor de duur van een jaar, vier maanden en veertien dagen niet onverenigbaar achtte met deze bepaling.²⁵⁹ In de laatstgenoemde zaak speelde onder meer een rol dat geen sprake was van langdurige voorlopige hechtenis op grond van enkel de ernst van de verdenking of de zwaarte van de te verwachten straf, dat de autoriteiten – anders dan in de zaak van *Nart* – rekening hebben gehouden met de jonge leeftijd van de verdachte door hem te plaatsen in een beveiligde inrichting die speciaal is bestemd voor jeugdigen en dat de redelijkheid van het voortduren van de voorlopige hechtenis regelmatig (lees: elke vier weken) door een rechter werd getoetst.²⁶⁰

253 EHRM 6 mei 2008, Appl. Nr. 20817/04 (*Nart t. Turkije*), par. 31.

254 EHRM 19 januari 2012, Appl. Nr. 39884/05 (*Korneykova t. Oekraïne*), par. 43.

255 EHRM 28 oktober 1998, Appl. Nr. 24760/94 (*Assenov t. Bulgarije*), par. 157.

256 Vgl. EHRM 9 juli 2013, Appl. Nr. 66066/09, EHRC 2013/197 (*Dinç en Çakar t. Turkije*), par. 59-66. En voorts: EHRM 19 januari 2012, Appl. Nr. 39884/05 (*Korneykova t. Oekraïne*), par. 43.

257 EHRM 10 januari 2006, Appl. Nr. 21768/02 (*Selçuk t. Turkije*), par. 35-36; EHRM 6 mei 2008, Appl. Nr. 20817/04 (*Nart t. Turkije*), par. 31 en 33; EHRM 20 januari 2009, Appl. Nr. 70337/01 (*Güveç t. Turkije*), par. 108-109; EHRM 19 januari 2012, Appl. Nr. 39884/05 (*Korneykova t. Oekraïne*), par. 44; EHRM 22 mei 2012, Appl. Nr. 23601/10 (*Özkan en Fikri Yakar t. Turkije*), par. 42.

258 EHRM 6 mei 2008, Appl. Nr. 20817/04 (*Nart t. Turkije*).

259 EHRM 13 november 2012, Appl. Nr. 34421/09 (*J.M. t. Denemarken*), par. 54-65.

260 *Ibid.*

Het uitgangspunt dat voorlopige hechtenis van minderjarigen slechts als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke duur mag worden toegepast, is inmiddels stevig verankerd in de rechtspraak van het EHRM.²⁶¹ Het EHRM heeft zich hierbij duidelijk laten inspireren door (andere) internationale en Europese kinderrechtenstandaarden.²⁶² In verschillende uitspraken wordt verwezen naar artikel 37(b) IVRK.²⁶³ Ook worden onder meer *Concluding Observations* van het Kinderrechtencomité en de Aanbevelingen van de Raad van Europa 'on social reactions to juvenile delinquency' (par. 7) en 'concerning new ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice' (par. 16 en 17) aangehaald, waarin dit uitgangspunt eveneens is opgenomen.²⁶⁴ Dat het EHRM zich door verschillende kinderrechtenstandaarden laat inspireren om een jeugdspecifieke uitleg te geven aan artikel 5, eerste lid (c) jo. derde lid EVRM, geeft (wederom) blijk van het holistische karakter van het kader van kinder- en mensenrechten.²⁶⁵ In dit verband is relevant dat het uitgangspunt dat voorlopige hechtenis van minderjarigen slechts als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke duur mag worden toegepast (inmiddels) ook in diverse andere Europese kinderrechtenstandaarden is neergelegd, waaronder de European Rules for juvenile offenders (regel 10) en de Guidelines on child friendly justice (regel 19) van de Raad van Europa en de Richtlijn betreffende procedurele waarborgen voor kinderen die verdachte of beklaagde zijn in een strafprocedure (artikelen 10 en 11) van de Europese Unie, waardoor ook op Europees niveau met recht kan worden gesproken van een breed aanvaard kinderrechtelijk beginsel.

Aldus kan worden gesteld dat het EHRM een kinderrechtenconforme uitleg heeft gegeven aan het proportionaliteitsvereiste dat besloten ligt in het aan artikel 5, eerste lid (c) jo. derde lid EVRM ten grondslag liggende verbod op willekeurige vrijheidsbeneming. De proportionaliteitstoets schept hiermee niet alleen een verplichting voor de rechter die de voorlopige hechtenis beveelt; ook de nationale wetgever dient het uitgangspunt van uiterste maatregel en kortst mogelijke duur te waarborgen. Daarnaast is de Staat onder artikel 5 EVRM gehouden om te faciliteren dat voorlopige hechtenis

261 EHRM 10 januari 2006, Appl. Nr. 21768/02 (*Selçuk t. Turkije*), par. 35-36; EHRM 6 mei 2008, Appl. Nr. 20817/04 (*Nart t. Turkije*), par. 31 en 33; EHRM 20 januari 2009, Appl. Nr. 70337/01 (*Güveç t. Turkije*), par. 108-109; EHRM 19 januari 2012, Appl. Nr. 39884/05 (*Korneykova t. Oekraïne*), par. 44; EHRM 22 mei 2012, Appl. Nr. 23601/10 (*Özkan en Fikri Yakar t. Turkije*), par. 42.

262 Zie EHRM 9 juli 2013, Appl. Nr. 66066/09, EHRC 2013/197 (*Dinç en Çakır t. Turkije*), par. 59: "prenant en considération la richesse des textes internationaux pertinents en matière de protection de l'enfance, la Cour a énoncé que la détention provisoire des mineurs devait être envisagée comme une solution de dernier ressort, qu'elle devait être la moins longue possible."

263 Zie o.m.: EHRM 6 mei 2008, Appl. Nr. 20817/04 (*Nart t. Turkije*), par. 21; EHRM 20 januari 2009, Appl. Nr. 70337/01 (*Güveç t. Turkije*), par. 58; EHRM 19 januari 2012, Appl. Nr. 39884/05 (*Korneykova t. Oekraïne*), par. 27.

264 Zie o.m.: EHRM 20 januari 2009, Appl. Nr. 70337/01 (*Güveç t. Turkije*), par. 58; EHRM 19 januari 2012, Appl. Nr. 39884/05 (*Korneykova t. Oekraïne*), par. 25-26.

265 Vgl. EHRM 8 juli 2003, Appl. Nr. 30943/96 (*Sahin t. Duitsland*), par. 39. Zie ook: Kilkelly 2001, p. 308-326. Vgl. Donnelly 2003, p. 31.

van minderjarigen slechts als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijk duur wordt toegepast, bijvoorbeeld door te voorzien in een toereikend aanbod van alternatieven.²⁶⁶

2.5 INTERMEZZO: SAMENHANG TUSSEN INTERNATIONALE EN EUROPESE WAARBORGEN

De in de voorgaande paragrafen beschreven internationale en Europese kinder- en mensenrechtenstandaarden die minderjarigen beogen te beschermen tegen onrechtmatige en willekeurige vrijheidsbeneming zijn nauw met elkaar verwant. Het verbod op onrechtmatige en willekeurige vrijheidsbeneming in artikel 37(b) IVRK is volgens de *travaux préparatoires* van het IVRK in de kern gefundeerd op artikel 9, eerste lid IVBPR.²⁶⁷ Laatgenoemde bepaling hangt op haar beurt – zo kan worden afgeleid uit de *travaux préparatoires* van het IVBPR – inhoudelijk sterk samen met artikel 5, eerste lid EVRM.²⁶⁸ Nowak wijst erop dat kan worden aangenomen dat vormen van vrijheidsbeneming die toelaatbaar worden geacht onder artikel 5 EVRM in beginsel ook als ‘niet-willekeurig’ moeten worden beschouwd onder artikel 9 IVBPR en dat de rechtspraak van het EHRM in het kader van artikel 5 EVRM een belangrijke bron van inspiratie vormt voor de interpretatie van artikel 9 IVBPR.²⁶⁹ Voorts is in het bovenstaande duidelijk geworden dat het in artikel 37(b) IVRK neergelegde kindspecifieke voorschrift dat vrijheidsbeneming van minderjarigen slechts als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke passende duur mag worden toegepast, via respectievelijk *General Comment No. 35* van het MRC en de rechtspraak van het EHRM, evident zijn stempel heeft gedrukt op de strekking van artikel 9 IVBPR en artikel 5 EVRM met betrekking tot de voorlopige hechtenis van minderjarige verdachten.

Dat het EHRM zich in zijn rechtspraak in het kader van artikel 5, eerste lid (c) jo. derde lid EVRM heeft aangesloten bij artikel 37(b) IVRK en diverse andere internationale en Europese kinderrechtenstandaarden door in inmiddels een hele reeks arresten te overwegen dat voorlopige hechtenis van minderjarigen slechts als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke duur mag worden toegepast, is een belangrijke ontwikkeling voor de rechtsbescherming van minderjarige verdachten. Het EHRM heeft in de afgelopen decennia een omvangrijk corpus aan rechtspraak over voorlopige hechtenis tot stand gebracht, waarin het een proportionaliteitstoets heeft ontwikkeld, bestaande uit concrete eisen die bescherming moeten bieden tegen onrecht-

266 Vgl. in het kader van artikel 37(b) IVRK: Kinderrechtencomité 2007, par. 80-81.

267 Zie UN Doc. E/CN.4/1989/39 (p. 18-26) en UN Doc. E/CN.4/1989/48 (p. 94-110), zoals weergegeven in Detrick 1992, p. 460 e.v. Zie ook Detrick 1999, p. 629; Schabas & Sax 2006, p. 39-40 en 51 e.v.

268 Vgl. bijvoorbeeld de voorstellen in UN Doc. E/CN.4/L.137 en UN Doc. E/CN.4/170 met betrekking tot artikel 9, eerste lid IVBPR, en de discussies daaromtrent (zoals weergegeven in: Bossuyt 1987, p. 196 e.v.), met de tekst van artikel 5, eerste lid EVRM.

269 Nowak 2005, p. 225.

matige en willekeurige toepassing van voorlopige hechtenis. De kinderrechtenconforme uitleg die het EHRM geeft aan deze proportionaliteitstoets als het gaat om de beoordeling van een klacht die betrekking heeft op de voorlopige hechtenis van een minderjarige, brengt mee dat deze eisen in jeugdzaken tevens fungeren als concrete waarborgen die ervoor moeten zorgen dat voorlopige hechtenis van minderjarigen slechts als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke duur wordt toegepast. Rechtspraak van het EHRM heeft bovendien, anders dan rechtspraak (*'views'*) en commentaren van het Mensenrechtencomité en Kinderrechtencomité, een juridisch bindende status, althans in de Nederlandse rechtsorde. De uitleg van een verdragsbepaling in de rechtspraak van het EHRM wordt als het ware beschouwd als onderdeel van de betreffende bepaling van het EVRM, waardoor deze uitleg automatisch een juridisch bindend karakter krijgt en doorwerkt in de nationale rechtsorde (zie par. 1.6.1.3). Via deze weg kunnen de door het EHRM ontwikkelde waarborgen die onderdeel zijn van artikel 5, eerste lid (c) jo. derde lid EVRM, inclusief de kinderrechtenconforme uitleg die het EHRM daaraan geeft, bijdragen aan de implementatie van standaarden die (ook) zijn neergelegd in het IVRK, het IVBPR en andere internationale en Europese kinderrechtelijke regelgeving en betrekking hebben op de voorlopige hechtenis van minderjarige verdachten.²⁷⁰

De nauwe inhoudelijke verwantschap tussen het IVRK, IVBPR en EVRM komt eveneens naar voren in de procedurele waarborgen tegen onrechtmatige en willekeurige vrijheidsbeneming, waaronder het recht op 'habeas corpus' dat in elk van de drie verdragen is vastgelegd. Dit zal in de volgende paragraaf aan de orde komen.

2.6 'HABEAS CORPUS' ALS RECHT VAN MINDERJARIGEN IN VOORLOPIGE HECHTENIS

Om de rechtmatigheid en niet-willekeurigheid van (voortdurende) vrijheidsbeneming in ieder concreet geval te (blijven) waarborgen, beschikt iedere minderjarige wiens vrijheid is ontnomen over een aantal rechten en rechtsmiddelen. Van fundamenteel belang is het recht op *habeas corpus*.²⁷¹ Dit recht is neergelegd in artikel 37(d) IVRK, artikel 9, vierde lid IVBR en artikel 5, vierde lid EVRM. Zo heeft ieder kind dat van zijn of haar vrijheid is beroofd, op grond van artikel 37(d) IVRK, het recht de rechtmatigheid ("*legality*") van zijn vrijheidsberoving te betwisten ten overstaan van een rechter of een andere bevoegde, onafhankelijke en onpartijdige autoriteit, en op een onverwijlde beslissing ten aanzien van dat beroep. Deze bepaling is grotendeels gebaseerd op artikel 9, vierde lid IVBPR,²⁷² waarin wordt

270 Vgl. FRA 2015, p. 27 e.v. En voorts: Kilkelly 2001.

271 Zie hierover: Mijnaerends 1999, p. 305-309; Trechsel 2005, p. 462-494; Liefwaard 2008, p. 207.

272 Detrick 1999, p. 636. Zie ook: Liefwaard 2008, p. 215.

voorgeschreven dat een ieder wie door arrestatie of gevangenhouding zijn vrijheid is ontnomen, het recht heeft voorziening te vragen bij de rechter, opdat die rechter binnen korte termijn beslist over de rechtmatigheid (“*lawfulness*”) van zijn gevangenhouding en zijn invrijheidstelling beveelt, indien zijn gevangenhouding onrechtmatig is. Voorts kent ook het EVRM een soortgelijk voorschrift in artikel 5, vierde lid, waarin wordt bepaald dat een ieder die door arrestatie of detentie zijn vrijheid is ontnomen, het recht heeft een voorziening te vragen bij het gerecht opdat deze spoedig beslist over de rechtmatigheid (“*lawfulness*”) van zijn detentie en zijn invrijheidstelling beveelt, indien de detentie onrechtmatig is.

De rechtmatigheidstoets die onderdeel is van het recht op *habeas corpus* moet ruim worden uitgelegd.²⁷³ Deze toets omvat een volledige beoordeling van zowel de – procedurele en materiële – rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming als van haar verenigbaarheid met het verbod op willekeur, in het licht van zowel het nationale als het internationale recht.²⁷⁴ In het geval het vrijheidsbeneming van minderjarigen betreft, strekt deze rechterlijke beoordeling zich derhalve uit tot de volledige inhoud van artikel 37(b) IVRK, waardoor moet worden getoetst of (voortzetting van) de vrijheidsbeneming verenigbaar is met het uitgangspunt dat een dergelijke inbreuk op de persoonlijke vrijheid van een minderjarige enkel als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke passende duur mag worden toegepast.²⁷⁵

Om het recht op *habeas corpus* te effectueren, beschikken minderjarigen wiens vrijheid is ontnomen over een aantal procedurele rechten. Zo schrijft artikel 37(d) IVRK uitdrukkelijk voor dat ieder kind dat van zijn of haar vrijheid is beroofd het recht heeft onverwijld te beschikken over kosteloze juridische en andere passende bijstand.²⁷⁶ Voorts volgt uit rechtspraak van het EHRM in het kader van artikel 5, vierde lid EVRM dat, indien een persoon zich in voorarrest bevindt, het recht op *habeas corpus* meebrengt dat de beoordeling van de legaliteit van de vrijheidsbeneming in de vorm van een

273 Zo stelt Bhagwati (lid van het MRC) in zijn *concurring opinion* bij de uitspraak in *A t. Australië* (MRC 30 april 1997, Comm. Nr. 560/1993) dat onrechtmatig in de zin van artikel 9, vierde lid IVBPR zodanig ruim moet worden opgevat dat willekeurige vrijheidsbeneming per definitie binnen de reikwijdte van deze term valt. Zie ook: Joseph, Schultz & Castan 2004, p. 342. Volgens vaste rechtspraak van het EHRM dient de beoordeling van de vrijheidsbeneming ruim genoeg te zijn om alle essentiële voorwaarden voor een rechtmatige detentie – in de zin van artikel 5, eerste lid EVRM – hierin te betrekken. Zie o.m.: EHRM 29 augustus 1990, Series A. Nr. 181-A (*E. t. Noorwegen*), par. 50; EHRM 15 november 1996, Serie A. Nr. 1831 (*Chahal t. Verenigd Koninkrijk*), par. 127. Zie ook: Trechsel 2005, p. 475. Voorts volgt uit de in paragraaf 2.4.1 van dit hoofdstuk besproken rechtspraak van het EHRM dat willekeurige vrijheidsbeneming nimmer rechtmatig kan zijn in de zin van artikel 5, eerste lid EVRM. Zie o.m.: EHRM 24 oktober 1979, Series A. Nr. 33 (*Winterwerp t. Nederland*), par. 39.

274 Nowak 2005, p. 236; Trechsel 2005, p. 464; Liefwaard 2008, p. 216.

275 Liefwaard 2008, p. 215-216.

276 Schabas & Sax 2006, p. 94-95; Liefwaard 2008, p. 208-211.

zitting plaatsvindt, waarbij de persoon in kwestie moet worden gehoord.²⁷⁷ Indien dit een minderjarige betreft, moet hierbij rekening worden gehouden met zijn leeftijd en in ontwikkeling zijnde vermogens, opdat hij effectief kan participeren in de procedure.²⁷⁸ Al met al dient de *habeas corpus* procedure in beginsel te voldoen aan de basisvoorwaarden voor een eerlijk proces, althans voor zover dit mogelijk is onder de omstandigheden van een eventueel lopend strafrechtelijk onderzoek.²⁷⁹

Ingevolge artikel 9, vierde lid IVBPR en artikel 5, vierde lid EVRM dient de beoordeling van de legaliteit van de vrijheidsbeneming te geschieden door een 'rechter' of een 'gerecht', daar dit de hoogste mate van objectiviteit en onafhankelijkheid waarborgt.²⁸⁰ Artikel 37(d) IVRK laat daarentegen ook ruimte voor beoordeling door een 'andere bevoegde, onafhankelijke en onpartijdige autoriteit'. In dit kader brengt de vereiste 'bevoegdheid' mee dat deze autoriteit niet alleen volledig bevoegd dient te zijn om de legaliteit van de vrijheidsbeneming te beoordelen, doch ook om de minderjarige in vrijheid te stellen indien de uitkomst van de beoordeling hiertoe aanleiding geeft.²⁸¹ Als voortzetting van de vrijheidsbeneming niet legaal c.q. rechtmatig wordt bevonden, dient de verdachte immers onmiddellijk in vrijheid te worden gesteld, eventueel onder voorwaarden.²⁸² Verder vloeit uit de vereisten van 'onafhankelijkheid' en 'onpartijdigheid' voort dat de beoordeling niet mag geschieden door een politiebeambte of een officier van justitie.²⁸³

De rechter of andere bevoegde, onafhankelijke en onpartijdige autoriteit die op verzoek van de minderjarige de legaliteit van diens vrijheidsbeneming beoordeelt, dient op grond van artikel 37(d) IVRK 'onverwijld' een beslissing op dit beroep te nemen. Artikel 9, vierde lid IVBPR schrijft voor dat de rechter 'op korte termijn' een dergelijke beslissing dient te nemen, terwijl artikel 5, vierde lid EVRM een 'spoedige' beslissing eist. Noch de verdragsteksten, noch de totstandkomingsgeschiedenis van deze teksten

277 Zie o.m.: EHRM 19 oktober 2000, Appl. Nr. 27785/95 (*Włoch t. Polen*), par. 126; EHRM 28 oktober 1998, Appl. Nr. 90/1997/874/1086 (*Assenov e.a. t. Bulgarije*), par. 163; EHRM 4 juli 2000, Appl. Nr. 27915/95 (*Niedbala t. Polen*), par. 67. En voorts: Trechsel 2005, p. 482-483.

278 Vgl. *mutatis mutandis* EHRM 16 december 1999, Appl. Nr. 24724/94 (*T. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 84-85; EHRM 11 december 2008, Appl. Nr. 4268/04 (*Panovits t. Cyprus*), par. 67. En voorts: Kinderrechtencomité 2007, par. 46.

279 EHRM 13 februari 2001, Appl. Nr. 23541/94 (*Garcia Alva t. Duitsland*), par. 39.

280 Zie in het kader van artikel 9, vierde lid IVBPR: MRC 5 april 1990, Comm. Nr. 291/1988 (*Torres t. Finland*), par. 7.2. En voorts: Joseph, Schultz & Castan 2004, p. 336. Zie in het kader van artikel 5, vierde lid EVRM: EHRM 20 februari 2003, Appl. Nr. 50272/99 (*Hutchison Reid t. Verenigd Koninkrijk*), par. 64.

281 Dit volgt uit de rechtspraak van het MRC en EHRM. Zie in het kader van artikel 9, vierde lid IVBPR o.m.: MRC 6 augustus 2003, Comm. Nr. 1014/2001 (*Baban e.a. t. Australië*), par. 7.2. Zie in het kader van artikel 5, vierde lid EVRM o.m.: EHRM 15 november 1996, Appl. Nr. 22414/93 (*Chahal t. Verenigd Koninkrijk*), par. 130. Zie ook: Mensenrechtencomité 2014, par. 41. En voorts: Trechsel 2005, p. 481-482; Schabas & Sax 2006, p. 94.

282 Mensenrechtencomité 2014, par. 41, met verwijzing naar: MRC 27 juli 1995, Comm. Nr. 473/1991 (*Barroso t. Panama*), par. 2.4 en 8.2; MRC 15 juli 2003, Comm. Nr. 856/1999 (*Chambala t. Zambia*), par. 7.2.

283 Liefwaard 2008, p. 217; Trechsel 2005, p. 479.

voorzien in expliciete termijnen. Uit de rechtspraak van het MRC en het EHRM volgt dat deze termijnen niet in zijn algemeenheid vastgesteld kunnen worden, maar van geval tot geval beoordeeld moeten worden.²⁸⁴ Het Kinderrechtencomité van de Verenigde Naties stelt zich in dit verband op het standpunt dat ‘onverwijld’ in de zin van artikel 37(d) IVRK een sterkere rechtswaarborg biedt dan ‘op korte termijn’ als bedoeld in artikel 9, vierde lid IVBPR.²⁸⁵ Volgens het Kinderrechtencomité betekent ‘onverwijld’ dat ‘zo spoedig mogelijk’ en in elk geval niet later dan twee weken nadat de minderjarige het beroep betreffende de legaliteit van diens vrijheidsbeneming heeft ingediend, een beslissing moet worden genomen.²⁸⁶ Een beslissing tot afwijzing van een verzoek tot invrijheidstelling dient bovendien helder te worden gemotiveerd; niet mag worden volstaan met een summiere of gestandaardiseerde motivering.²⁸⁷

De *habeas corpus* procedure omvat geen recht op beroep tegen een beslissing van de rechter, waarin de vrijheidsbeneming rechtmatig wordt geacht en zijn verzoek om vrijlating wordt afgewezen.²⁸⁸ Wel volgt uit de rechtspraak van het EHRM in het kader van artikel 5, vierde lid EVRM dat, indien een persoon zich in voorarrest bevindt, het recht op *habeas corpus* meebrengt dat lopende de detentie de legaliteit van de vrijheidsbeneming *herhaaldelijk* ter beoordeling aan de rechter mag worden voorgelegd. Daar de duur van het voorarrest uitdrukkelijk wordt beperkt door artikel 5, derde lid EVRM en de rechtvaardigingsgronden voor het voortduren van het voorarrest nauw verbonden zijn met de voortgang van het strafrechtelijke onderzoek, dient de verdachte de mogelijkheid te hebben om met “*short intervals*” de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming te laten toetsen door een rechter.²⁸⁹ De nationale wetgeving kan echter ook zelf voorzien in een gerechtvaardigd substituut voor deze (herhaaldelijke) *habeas corpus* procedures, in de vorm van van een automatische periodieke rechterlijke toetsing van de legaliteit van de vrijheidsbeneming.²⁹⁰ Een dergelijke systematische toets dient zowel de materiële als procedurele voorschriften van de nationale wetgeving te

284 Zie in het kader van artikel 9, vierde lid IVBPR: MRC 5 april 1990, Comm. Nr. 291/1988 (*Torres t. Finland*), par. 7.3; en in het kader van artikel 5, vierde lid EVRM: EHRM 3 juni 2003, Appl. Nr. 33343/96 (*Pantea t. Roemenië*), par. 253. En voorts: Liefwaard 2008, p. 219.

285 Kinderrechtencomité 2007, par. 51. Volgens Liefwaard (2008, p. 219) impliceert ‘onverwijld’ eveneens een grotere urgentie dan ‘spoedig’ als bedoeld in artikel 5, vierde lid EVRM.

286 Kinderrechtencomité 2007, par. 84.

287 Vgl. EHRM 20 december 2011, Appl. Nr. 71092/01, NJ 2013, 183, m.nt. N. Keijzer (*Zandbergs t. Letland*), par. 71-72.

288 In het geval de nationale wetgeving toch voorziet in een mogelijkheid tot beroep, dient dit met de uit artikel 5, vierde lid EVRM voortvloeiende procedurele waarborgen te zijn omkleed. Zie o.m.: EHRM 27 oktober 1993, Series A. Nr. 273-B (*Navarra t. Frankrijk*), par. 28; EHRM 24 juli 2001, Appl. Nr. 32605/96 (*Rutten t. Nederland*), par. 53.

289 EHRM 25 oktober 1989, Series A. Nr. 164 (*Bezicheri t. Italië*), par. 21. Zie ook: EHRM 26 juni 1991, Appl. Nr. 12369/86 (*Letellier t. Frankrijk*), par. 56. En voorts: Trechsel 2005, p. 489.

290 EHRM 25 oktober 1990, Appl. Nr. 11487/85 (*Koendjibiharie t. Nederland*), par. 27; EHRM 25 oktober 1990, Appl. Nr. 12228/86 (*Keus t. Nederland*), par. 24; EHRM 24 juli 2001, Appl. Nr. 32605/96 (*Rutten t. Nederland*), par. 50-52.

omvatten en moet worden uitgevoerd overeenkomstig de doelstelling van artikel 5 EVRM: de bescherming van het individu tegen willekeur.²⁹¹ Het recht op *habeas corpus* omvat evenwel geen *recht* op automatische periodieke rechterlijke toetsing.²⁹²

Niettemin beveelt het Kinderrechtencomité, met verwijzing naar artikel 37(d) IVRK, aan om de legaliteit van de voorlopige hechtenis van minderjarige verdachten regelmatig – bij voorkeur iedere twee weken – door een rechter te laten beoordelen.²⁹³ Liefwaard merkt in dit verband op dat een rechtssysteem dat voorziet in een dergelijke periodieke toetsing bijdraagt aan een klimaat waarin onrechtmatige en willekeurige vrijheidsbeneming van minderjarigen wordt uitgebannen.²⁹⁴ Mede gelet op het uitgangspunt dat vrijheidsbeneming van minderjarigen slechts als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke passende duur mag worden toegepast, is het dan ook zeer wel verdedigbaar dat uit artikel 37(d) IVRK, in samenhang met artikel 37(b) IVRK, een verplichting voor de verdragsstaten voortvloeit om in de nationale wetgeving te voorzien in een automatische periodieke toetsing van de legaliteit van de voorlopige hechtenis van minderjarigen.²⁹⁵

2.7 ALTERNATIEVEN VOOR VRIJHEIDSBENEMING

Het vereiste dat vrijheidsbeneming van minderjarigen slechts als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke (passende) duur mag worden toegepast, impliceert dat, waar mogelijk, minder ingrijpende alternatieven de voorkeur moeten krijgen. Dit geldt, mede in het licht van de onschuldpresumptie, in het bijzonder voor de voorlopige hechtenis van minderjarige verdachten.

Hoewel niet-vrijheidsbenemende interventies *an sich* niet binnen de reikwijdte vallen van artikel 9 IVBPR, artikel 37(b) IVRK en artikel 5 EVRM, vormen deze bepalingen niettemin een juridische grondslag voor dergelijke interventies indien deze als *alternatief* voor voorlopige hechtenis worden toegepast. Dit betekent dat niet-vrijheidsbenemende alternatieven voor voorlopige hechtenis in deze bepalingen zowel hun legitimatie als begrenzingsvinden (par. 2.7.1). Bovendien kunnen alternatieven voor voorlopig hechtenis ook een directe inbreuk op andere verdragsrechten met zich brengen. Zo kan de invrijheidstelling van een verdachte onder vrijheidsbepalende

291 *Ibid.*

292 In de bewoordingen van artikel 37(d) IVRK, artikel 9, vierde lid IVBPR en artikel 5, vierde lid EVRM wordt het initiatief om de legaliteit van de vrijheidsbeneming ter beoordeling aan de rechter voor te leggen uitdrukkelijk bij de gedetineerde gelegd. Zie: Joseph, Schultz & Castan 2004, p. 331; Liefwaard 2008, p. 220.

293 Kinderrechtencomité 2007, par. 83.

294 Liefwaard 2008, p. 220.

295 Ook Schabas & Sax (2006, p. 94) lijken uit het recht op *habeas corpus* ex artikel 37(d) IVRK af te leiden dat iedere beslissing tot vrijheidsbeneming van een minderjarige onderworpen moet zijn aan een “*review process*”.

voorwaarden, zoals een avondklok of een gebiedsverbod, een inbreuk opleveren op het recht op vrije verplaatsing ex artikel 12 IVBPR en artikel 2 Vierde Protocol EVRM. Hierdoor kunnen alternatieven voor voorlopige hechtenis ook op basis van andere verdragsrechten aan waarborgen zijn gebonden (par. 2.7.2).

2.7.1 Alternatieven voor voorlopige hechtenis en de eisen van proportionaliteit

Uit de systematiek van het internationale en Europese kader van kinder- en mensenrechten inzake vrijheidsbeneming kan worden afgeleid dat niet-vrijheidsbenemende interventies die worden ingezet als alternatief voor voorlopige hechtenis van minderjarigen op grond van artikel 9, eerste jo. derde lid IVBPR, artikel 37(b) IVRK en artikel 5, eerste lid (c) jo. derde lid EVRM zijn gebonden aan de eisen van proportionaliteit (waaronder ook de subsidiariteit²⁹⁶ moet worden begrepen).

Van Kempen & Kristen komen tot deze vaststelling – althans met betrekking tot artikel 5 EVRM – op basis van een analyse van de EHRM uitspraak in de zaak *Neumeister t. Oostenrijk*. Hierin erkent het EHRM dat artikel 5, derde lid EVRM een juridische grondslag biedt voor het toepassen van de borgtocht als alternatief voor voorlopige hechtenis.²⁹⁷ In dit kader overweegt het EHRM dat de hoogte van een borgsom voldoende substantieel moet zijn om de verdachte ervan te weerhouden de verwezenlijking van de legitieme strafvorderlijke doelstellingen van het bevel tot voorlopige hechtenis te frustreren, waarbij hoofdzakelijk moet worden gekeken naar de persoon van de verdachte, in het bijzonder naar diens draagkracht en relatie tot de personen die garant staan.²⁹⁸ Van Kempen & Kristen signaleren in deze overwegingen van het EHRM een proportionaliteits- c.q. subsidiariteitsvereiste: er is een verbinding vereist tussen de borgsom en de beoogde strafvorderlijke doelstellingen van de voorlopige hechtenis en de borgsom mag niet hoger zijn dan noodzakelijk voor het realiseren van deze doelstellingen.²⁹⁹ Voorts stellen zij dat het plausibel lijkt dat het EHRM, op grondslag van artikel 5, derde lid EVRM, deze vereisten van proportionaliteit c.q. subsidiariteit ook

296 In de Nederlandse strafrechtelijke literatuur wordt doorgaans een onderscheid gemaakt tussen proportionaliteit en subsidiariteit. In die context impliceert het proportionaliteitsbeginsel dat er een redelijke verhouding moet bestaan tussen de zwaarte van een middel (lees: de inbreuk die daarmee wordt gemaakt op de rechten van de verdachte) en het na te streven doel, terwijl het subsidiariteitsbeginsel eist dat het minst ingrijpende middel wordt ingezet dat volstaat om het na te streven doel te verwezenlijken (zie par. 4.3.4). Het EHRM maakt dit onderscheid niet en beschouwt beide beginselen impliciet als onderdelen van de proportionaliteitstoets.

297 EHRM 27 juni 1968, Appl. Nr. 1936/63 (*Neumeister t. Oostenrijk*), par. 12-14. Zie ook: Van Kempen & Kristen 2005, p. 322-323.

298 *Ibid.*

299 *Ibid.*

zal hanteren voor andere alternatieven voor voorlopige hechtenis die niet direct resulteren in een inbreuk op een specifiek verdragsrecht.³⁰⁰

Deze benadering sluit immers aan bij de systematiek die volgens de rechtspraak van het EHRM ten grondslag ligt aan artikel 5, eerste lid (c) jo. derde lid EVRM: in de voorfase van het strafproces geldt onvoorwaardelijke invrijheidstelling van de verdachte als uitgangspunt; indien hiervan wordt afgeweken verdient het minst ingrijpende dwangmiddel de voorkeur.³⁰¹ Hieruit kan worden afgeleid dat het gebruik van alternatieven voor voorlopige hechtenis per definitie onderworpen is aan een proportionaliteits- c.q. subsidiariteitstoets, hetgeen tevens impliceert dat alternatieven voor voorlopige hechtenis slechts gerechtvaardigd kunnen zijn als deze strekken tot verwezenlijking van de doelstellingen die met voorlopige hechtenis zouden zijn beoogd.³⁰²

Het Kinderrechtencomité van de Verenigde Naties lijkt in zijn toelichting op artikel 37(b) IVRK soortgelijke eisen te stellen aan het gebruik van alternatieven voor voorlopige hechtenis van minderjarigen. Zo stelt het Comité dat enkel 'indien noodzakelijk' ("*if necessary*") bepaalde voorwaarden mogen worden verbonden aan de invrijheidstelling van een minderjarige verdachte, hetgeen een proportionaliteits- c.q. subsidiariteitseis lijkt te impliceren.³⁰³ Bovendien benadrukt het Comité dat de ontwikkeling van alternatieven voor voorlopige hechtenis van minderjarigen geen 'aanzuigende werking' tot gevolg mag hebben.³⁰⁴ Dit veronderstelt dat de interventies die zijn ontwikkeld als alternatieven voor voorlopige hechtenis enkel mogen worden gebruikt om (voortduren van) voorlopige hechtenis van een verdachte te voorkomen en niet als zelfstandige interventies in de voorfase van het strafproces. Dit brengt mee dat interventies die als alternatief voor voorlopige hechtenis van minderjarigen worden gebruikt dienen te strekken tot verwezenlijking van de doelstellingen die met de voorlopige hechtenis zouden worden beoogd. In de wijze waarop deze doelen worden nagestreefd moet bovendien rekening worden gehouden met de leeftijd en ontwikkelingsfase van de minderjarige en zijn daarmee samenhangende capaciteiten en behoeften (vgl. art. 40, eerste lid en vierde lid IVRK).

300 *Ibid.*

301 *Ibid.* Vgl. ook EHRM 24 juli 2003, Appl. Nrs. 46133/99 en 48183/99 (*Smirnova t. Rusland*), par. 58-61; EHRM 21 december 2000, Appl. Nr. 33492/96 (*Jabłoński t. Polen*), par. 83; EHRM 28 juli 2005, Appl. Nr. 75112/01 (*Czarnecki t. Polen*), par. 42.

302 Dit kan ook worden afgeleid uit de rechtspraak van het EHRM betreffende de tenuitvoerlegging van voorlopige hechtenis. Op grond van artikel 5, eerste lid EVRM is enige verbinding vereist tussen de grondslag die het bevel tot voorlopige hechtenis legitimeert en de plaats waar, en de omstandigheden waaronder dit ten uitvoer wordt gelegd (vgl. EHRM 29 februari 1988, Appl. Nr. 9106/80 (*Bouamar t. België*), par. 50; EHRM 28 mei 1985, NJ 1991, 623 (*Ashingdane t. Verenigd Koninkrijk*), par. 44; EHRM 24 oktober 1979, Series A. Nr. 33 (*Winterwerp t. Nederland*), par. 39). Gesteld kan worden dat dit ook zou moeten gelden voor de alternatieven die voor de feitelijke tenuitvoerlegging van de voorlopige hechtenis in de plaats worden gesteld.

303 Kinderrechtencomité 2007, par. 81.

304 *Ibid.*, par. 80.

2.7.2 Vrijheidsbeperking als alternatief voor voorlopige hechtenis

Interventies die worden opgelegd als alternatief voor voorlopig hechtenis kunnen tevens een inbreuk op andere verdragsrechten met zich brengen. Een categorie die in dit verband bijzondere aandacht verdient, zijn de vrijheidsbeperkende interventies die als alternatief voor voorlopige hechtenis kunnen worden toegepast. Dit betreffen interventies die beperkingen op de bewegingsvrijheid van de verdachte meebrengen die weliswaar niet zijn aan te merken als een inbreuk op zijn recht op persoonlijke vrijheid, maar wel inbreuk maken op zijn recht op vrije verplaatsing (zie par. 2.2.2). Hierbij kan worden gedacht aan een locatieverbod, een locatiegebod (waaronder de avondklok), een contactverbod of een meldplicht. Indien hiervan sprake is, geniet de verdachte in beginsel ook bescherming van de waarborgen die zijn neergelegd in artikel 12 IVBPR (par. 2.7.2.1) en artikel 2 Vierde Protocol EVRM (par. 2.7.2.2).³⁰⁵

2.7.2.1 Vrijheidsbeperking en artikel 12 IVBPR

Artikel 12, eerste lid IVBPR waarborgt dat een ieder die zich rechtmatig op het grondgebied van een staat bevindt, het recht heeft zich binnen deze staat vrijelijk te verplaatsen. Dit recht is echter niet absoluut. Het derde lid van deze bepaling bevat een clause met een aantal gerechtvaardigde beperkingen van dit recht.³⁰⁶ Uit dit voorschrift volgt dat het recht op vrije verplaatsing slechts beperkt kan worden indien dit bij wet is voorzien, in overeenstemming is met de andere rechten uit het IVBPR en noodzakelijk is met het oog op de nationale veiligheid, de openbare orde, de volksgezondheid, de goede zeden of de eerbiediging van de rechten en vrijheden van anderen. De ratio achter deze bepaling is gelegen in de bescherming tegen willekeurige vrijheidsbeperking.³⁰⁷ Het Mensenrechtencomité voorziet in *General Comment Nr. 27* in een uitgebreide toelichting op het recht op vrije verplaatsing ex artikel 12 IVBPR en de toelaatbare beperkingen van dit recht.³⁰⁸

De voor vrijheidsbeperking vereiste wettelijke basis verwijst naar de nationale, formele wetgeving of haar equivalent, een ongeschreven norm van *common law*.³⁰⁹ Een basis in lagere wet- of regelgeving volstaat niet; vrijheidsbeperking op basis van lagere wetgeving is slechts toelaatbaar indien dit volgt uit de handhaving van een formele wet die een grondslag biedt voor een dergelijke ingreep en deze met de vereiste rechtszekerheid

305 Het IVRK bevat geen bepaling die het recht op vrije verplaatsing waarborgt.

306 Hanski & Scheinin 2007, p. 225.

307 Nowak 2005, p. 273. Voor voorbeelden van een schending van artikel 12 IVBPR wegens willekeurige vrijheidsbeperking, zie o.m.: MRC 25 maart 1996, Comm. Nr. 505/1992 (*Ackla t. Togo*), par. 10; MRC 26 maart 1986, Comm. Nr. 157/1983 (*Mpaka-Nsusu t. Zaïre*), par. 10; MRC 26 maart 1986, Comm. Nr. 138/1983 (*Mpandanjila t. Zaïre*), par. 9.

308 Mensenrechtencomité 1999.

309 Nowak 2005, p. 272.

omkleedt.³¹⁰ De wet dient voor een ieder toegankelijk te zijn en te voorzien in helder omschreven voorwaarden waaronder het recht op vrije verplaatsing beperkt mag worden, die in overeenstemming dienen te zijn met artikel 12, derde lid IVBPR.³¹¹ De wetgeving die de beperkingen reguleert, dient voldoende precies te zijn geformuleerd en mag geen al te grote discretionaire ruimte laten voor diegenen die met de oplegging of tenuitvoerlegging van de vrijheidsbeperking zijn belast.³¹² Een adequate bescherming tegen willekeur vereist immers dat beperkingen van het recht op vrije verplaatsing voldoende voorzienbaar zijn.

Voorts eist artikel 12, derde lid IVBPR dat een beperking van het recht op vrije verplaatsing in overeenstemming is met de andere rechten uit dit verdrag.³¹³ Volgens de totstandkomingsgeschiedenis van het Verdrag houdt dit onder meer in dat vrijheidsbeperking niet op een ongelijke of discriminatoire wijze mag worden toegepast.³¹⁴ Ook brengt dit voorschrift mee dat vrijheidsbeperkende strafrechtelijke interventies slechts gerechtvaardigd kunnen zijn indien deze zijn opgelegd conform de in artikel 14 en 15 IVBPR vervatte waarborgen voor een eerlijk strafproces.³¹⁵

Tot slot schrijft artikel 12, derde lid IVBPR voor dat vrijheidsbeperking noodzakelijk dient te zijn voor de verwezenlijking van één van de in deze bepaling opgesomde doeleinden. Bij de inzet van vrijheidsbeperkende maatregelen als alternatieven voor voorlopige hechtenis zullen met name 'de openbare orde' en 'de eerbiediging van de rechten en vrijheden van anderen' relevant zijn als mogelijke gerechtvaardigde doeleinden.³¹⁶ De beperking van het recht op vrije verplaatsing is evenwel enkel noodzakelijk als de zwaarte en intensiteit hiervan proportioneel is ten opzichte van het doel dat daarmee wordt beoogd en indien dit het minst ingrijpende middel is om het beoogde doel te bereiken.³¹⁷ Deze proportionaliteitsgedachte (inclusief subsidiariteit) dient zowel naar voren te komen in de wetgeving die de vrijheidsbeperking reguleert als bij de toepassing hiervan door de rechterlijke en bestuurlijke autoriteiten.³¹⁸ Dit houdt in dat de rechter een

310 Nowak 2005, p. 273.

311 Mensenrechtencomité 1999, par. 12.

312 *Ibid.* Zie ook: Conte & Burchill 2009, p. 68.

313 Ook hier komt het holistische karakter van mensenrechten tot uitdrukking. Vgl. Donnelly 2003, p. 31; Blaak e.a. 2012, p. 9.

314 Nowak 2005, p. 273-274; Mensenrechtencomité 1999, par. 18. Zie ook: Conte & Burchill 2009, p. 68.

315 Nowak 2005, p. 274.

316 Uit de totstandkomingsgeschiedenis van het IVBPR volgt dat de overige gerechtvaardigde doeleinden van vrijheidsbeperking in dit kader minder snel van toepassing zullen zijn, daar 'de nationale veiligheid' betrekking heeft op ernstige gevallen van politieke of militaire dreiging, 'de volksgezondheid' ziet op het voorkomen van verspreiding van ernstige ziekten en 'de goede zeden' primair beoogt de prostitutie te reguleren. Zie hierover: Nowak 2005, p. 276-282.

317 Nowak 2005, p. 275; Mensenrechtencomité 1999, par. 14. Zie ook: Conte & Burchill 2009, p. 68.

318 Mensenrechtencomité 1999, par. 15. Zie ook: Conte & Burchill 2009, p. 68.

zorgvuldige afweging dient te maken tussen het belang van vrije verplaatsing van de verdachte en de belangen die de beperking van deze vrijheid beoogt te beschermen en dat hij eventuele alternatieven voor vrijheidsbeperking in overweging moet nemen.³¹⁹ Het noodzakelijkheidsvereiste veronderstelt tenslotte dat beperkingen van het recht op vrije verplaatsing altijd uitzonderingen zijn en nimmer de regel mogen worden.³²⁰ Dit impliceert dat de uit artikel 12, derde lid IVBPR voortvloeiende uitzonderingen nauw geïnterpreteerd moeten worden.³²¹

2.7.2.2 Vrijheidsbeperking en artikel 2 Vierde Protocol EVRM

Ook artikel 2, eerste lid Vierde Protocol EVRM waarborgt dat een ieder die zich rechtmatig op het grondgebied van een staat bevindt, het recht heeft zich daarbinnen vrijelijk te verplaatsen. Ingevolge het derde lid van deze bepaling mag de uitoefening van dit recht niet aan andere beperkingen worden gebonden dan die die bij de wet zijn voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale of de openbare veiligheid, voor de handhaving van de openbare orde, voor de voorkoming van strafbare feiten, voor de bescherming van de gezondheid of van de goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Het vierde lid voegt toe dat een beperking van het recht op vrije verplaatsing, in bepaalde gebieden, ook gerechtvaardigd kan worden door het algemeen belang in een democratische samenleving, mits deze beperking bij de wet is voorzien.

Het EHRM heeft nader invulling gegeven aan de beperkingen van het recht op vrije verplaatsing. Zo heeft het in de zaak *Baumann t. Frankrijk* overwogen dat het recht op vrije verplaatsing elke maatregel verbiedt die een inbreuk of beperking op dit recht met zich brengt en niet kan worden beschouwd als noodzakelijk in een democratische samenleving met het oog op de legitieme doeleinden die zijn neergelegd in het derde lid.³²² Ook heeft het EHRM herhaaldelijk overwogen dat iedere beperking rechtmatig moet zijn, één van de legitieme doelen uit het derde lid moet nastreven en een eerlijke balans moet opleveren tussen het recht op vrije verplaatsing van het individu en het publieke belang dat met de beperking daarvan wordt gediend.³²³ In dit kader brengt de rechtmatigheidseis met zich dat vrijheids-

319 Nowak 2005, p. 275.

320 Mensenrechtencomité 1999, par. 13.

321 Nowak 2005, p. 275.

322 EHRM 22 mei 2001, Appl. Nr. 33592/96 (*Baumann t. Frankrijk*), par. 61. Zie ook: EHRM 11 juli 2013, Appl. Nr. 28975/05 (*Khlyustov t. Rusland*), par. 64; EHRM 23 februari 2017, Appl. Nr. 43395/09 (*De Tommaso t. Italië*), par. 104.

323 Zie o.m.: EHRM 22 februari 1994, Series A, Nr. 281-A (*Raimondo t. Italië*), par. 39; EHRM 23 mei 2006, Appl. Nr. 46343/99 (*Riener t. Bulgarije*), par. 109; EHRM 26 november 2009, Appl. Nr. 34383/03 (*Gochev t. Bulgarije*), par. 44; EHRM 2 december 2014, Appl. Nr. 43978/09 (*Battista t. Italië*), par. 37; EHRM 23 februari 2017, Appl. Nr. 43395/09 (*De Tommaso t. Italië*), par. 104.

bepierking een basis moet hebben in de nationale wetgeving, waarin zowel de criteria voor toepassing van de vrijheidsbepierkende maatregelen als de inhoud van deze maatregelen voldoende duidelijk en precies moeten zijn omschreven, zodat deze voorzienbaar zijn.³²⁴ Bovendien moet de wet voorzien in voldoende procedurele waarborgen om willekeurige vrijheidsbepierking te voorkomen.³²⁵ Voorts impliceert de in artikel 2, derde lid Vierde Protocol EVRM neergelegde noodzakelijkheidseis dat de bepierking van het recht op vrije verplaatsing – waaronder de duur daarvan – in een redelijke verhouding staat tot het daarmee na te streven doel.³²⁶

Voor het opleggen van vrijheidsbepierkende maatregelen als alternatief voor voorlopige hechtenis van minderjarigen zullen met name de in het derde lid gelegitimeerde doeleinden ‘de voorkoming van strafbare feiten’ en ‘de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen’ relevant zijn. Dit volgt uit de overwegingen van het EHRM in de zaak *Hajibeyli t. Azerbeidzjan*, waarin het Hof inzicht geeft in diens benadering van gevallen waarin door de nationale autoriteiten vrijheidsbepierkende maatregelen worden getroffen ten behoeve van onderzoek naar strafbare feiten.³²⁷ In deze zaak heeft het EHRM uitdrukkelijk aanvaard dat vrijheidsbepierkende maatregelen kunnen worden getroffen ten aanzien van een verdachte gedurende het strafproces om te voorkomen dat de verdachte de waarheidsvinding frustreert en te waarborgen dat de verdachte op zitting verschijnt, daar dit uiteindelijk dient tot ‘de voorkoming van strafbare feiten’ en ‘de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen’.³²⁸ In dit kader overweegt het EHRM dat preventieve maatregelen kunnen worden getroffen ten aanzien van een verdachte om hiermee een efficiënte uitvoering van het strafrechtelijk onderzoek te waarborgen. Daar deze maatregelen zelfs vrijheidsbeneming kunnen inhouden, kunnen minder ingrijpende, vrijheidsbepierkende maatregelen vanzelfsprekend ook legitiem zijn,³²⁹ doch uitsluitend indien er concrete aanwijzingen zijn dat een algemeen belang dat wordt gediend met de behoorlijke uitvoering van het strafrechtelijk onderzoek in het betreffende geval zwaarder weegt dan het recht op vrije verplaatsing van het individu.³³⁰

Tot slot volgt uit de rechtspraak van het EHRM dat een aanvankelijk gerechtvaardigde bepierking van het recht op vrije verplaatsing naar verloop van tijd toch een schending van artikel 2 Vierde Protocol EVRM kan

324 EHRM 23 mei 2006, Appl. Nr. 46343/99 (*Riener t. Bulgarije*), par. 112 en 113; EHRM 26 november 2009, Appl. Nr. 34383/03 (*Gochev t. Bulgarije*), par. 46; EHRM 23 februari 2017, Appl. Nr. 43395/09 (*De Tommaso t. Italië*), par. 106 e.v.

325 EHRM 23 mei 2006, Appl. Nr. 46343/99 (*Riener t. Bulgarije*), par. 129.

326 EHRM 23 mei 2006, Appl. Nr. 46343/99 (*Riener t. Bulgarije*), par. 118-130; EHRM 26 november 2009, Appl. Nr. 34383/03 (*Gochev t. Bulgarije*), par. 49.

327 EHRM 10 juli 2008, appl. nr. 16528/05 (*Hajibeyli t. Azerbeidzjan*). Zie ook: Jacobs, White & Ovey 2010, p. 539.

328 *Ibid.*, par. 59.

329 *Ibid.*, par. 60.

330 *Ibid.*, par. 63.

opleveren.³³¹ Voortdurende vrijheidsbeperkende maatregelen dienen dan ook regelmatig door een rechter te worden beoordeeld op rechtmatigheid en noodzakelijkheid.³³² Een dergelijke periodieke toetsing dient in beginsel door een rechter te geschieden, daar deze volgens het EHRM de beste waarborgen biedt voor onafhankelijkheid, onpartijdigheid en rechtmatigheid van de procedure.³³³ In deze rechterlijke toets worden alle relevante factoren betrokken, waaronder in elk geval de factoren die betrekking hebben op de proportionaliteit van de vrijheidsbeperking.³³⁴

2.7.2.3 Rechtswaarborgen bij vrijheidsbeperking nader bezien

In het voorgaande is duidelijk geworden dat uit artikel 12, derde lid IVBPR en artikel 2, derde lid Vierde Protocol EVRM voortvloeit dat een beperking van het recht op vrije verplaatsing slechts toelaatbaar is indien dit rechtmatig is en noodzakelijk is voor het nastreven van één van de in deze bepalingen opgesomde doeleinden, waarvan de ratio is gelegen in de bescherming van het individu tegen willekeurige vrijheidsbeperking. Niettemin bieden deze waarborgen minder vergaande bescherming dan de in artikel 37(b) IVRK, artikel 9, eerste lid IVBPR en artikel 5, eerste lid EVRM neergelegde waarborgen tegen onrechtmatige en willekeurige vrijheidsbeneming. Zo zijn de legitiem geachte doeleinden die volgens artikel 2, derde lid Vierde Protocol EVRM met vrijheidsbeperking mogen worden nagestreefd aanzienlijk ruimer geformuleerd dan de in artikel 5, eerste lid EVRM limitatief opgesomde gronden voor vrijheidsbeneming.³³⁵ Dit verschil moet echter in zoverre worden genuanceerd dat vrijheidsbeperkende interventies, wanneer deze als alternatief voor voorlopige hechtenis worden gebruikt, zullen moeten strekken tot verwezenlijking van de doelstellingen die zouden zijn beoogd met toepassing van voorlopige hechtenis (zie par. 2.7.1).

Belangrijk is wel dat vrijheidsbeneming slechts de dubbele toets van rechtmatigheid en willekeur kan doorstaan indien dit als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke (passende) duur wordt toegepast. Vrijheidsbeperkende maatregelen worden dan ook eerder toelaatbaar geacht dan vrijheidsbenemende interventies. Niettemin is vereist dat deze vrijheidsbeperkende interventies een wettelijke basis hebben, noodzakelijk zijn voor het nastreven van een legitieme doelstelling en dat het algemeen belang dat

331 Zie o.m.: EHRM 22 februari 1994, Series A, Nr. 281-A (*Raimondo t. Italië*), par. 37-40; EHRM 31 oktober 2006, Appl. Nr. 41463/02 (*Földes and Földesné Hajlik t. Hongarije*), par. 35; EHRM 26 november 2009, Appl. Nr. 34383/03 (*Gochev t. Bulgarije*), par. 50.

332 Zie o.m.: EHRM 23 mei 2006, Appl. Nr. 46343/99 (*Riener t. Bulgarije*), par. 124; EHRM 25 januari 2007, Appl. Nr. 23468/02 (*Sissanis v. Roemenië*), par. 70; EHRM 26 november 2009, Appl. Nr. 34383/03 (*Gochev t. Bulgarije*), par. 50. Zie ook: Jacobs, White & Ovey 2010, p. 538.

333 *Ibid.*

334 Vgl. EHRM 23 februari 2017, Appl. Nr. 43395/09 (*De Tommaso t. Italië*), *joint concurring opinion* van rechters Raimondi, Villiger, Šikuta, Keller en Kjølbros, par. 19.

335 Harris, O'Boyle & Warbrick 2009, p. 737.

hiermee wordt gediend zwaarder weegt dan het recht van het individu op vrije verplaatsing. Gesteld kan worden dat in het geval dit individu een minderjarige betreft, extra hoge eisen moeten worden gesteld aan deze noodzakelijkheidstoets en dat in de belangenafweging extra gewicht zal moeten worden toegekend aan het belang dat de minderjarige heeft bij de eerbiediging van zijn recht op vrije verplaatsing.³³⁶

2.8 RESUMÉ: MINIMUMVOORWAARDEN VOOR EEN RECHTMATIGE EN NIET-WILLEKEURIGE TOEPASSING VAN VOORLOPIGE HECHTENIS TEN AANZIEN VAN MINDERJARIGEN

De voorlopige hechtenis van minderjarige verdachten is in beginsel te kwalificeren als een vorm van vrijheidsbeneming en valt daarmee binnen de reikwijdte van artikel 37(b) IVRK, artikel 9, eerste lid jo. derde lid IVBPR en artikel 5, eerste lid (c) jo. derde lid EVRM. Dit betekent dat de wettelijke regeling van voorlopige hechtenis van minderjarigen en de toepassing daarvan in de praktijk zijn gebonden aan waarborgen die minderjarige verdachten moeten beschermen tegen onrechtmatige en willekeurige vrijheidsbeneming. Hieruit vloeien diverse verplichtingen voort voor de nationale wetgever, de Staat en de rechters en andere actoren uit de rechtspraak die beslissingen nemen over de voorlopige hechtenis van minderjarigen.

Het *rechtmatigheidsvereiste* brengt mee dat iedere voorlopige hechtenisbeslissing een grondslag moet hebben in de nationale wetgeving en dient te geschieden volgens een in de nationale wetgeving voorgeschreven procedure. Dit impliceert dat de nationale, formele wetgeving moet voorzien in voldoende duidelijk en precies geformuleerde gronden en procedures, die eventueel nader kunnen worden uitgewerkt in lagere regelgeving. De in de nationale wetgeving opgenomen gronden en procedures dienen in overeenstemming te zijn met bepalingen van internationaal recht, waaronder de kinder- en mensenrechtelijke bepalingen die betrekking hebben op het recht op persoonlijke vrijheid, het recht op een eerlijk proces, de kindspecifieke doelstellingen van het jeugdstrafrecht en het uitgangspunt dat het 'belang van het kind' een eerste overweging moet zijn in alle beslissingen aangaande minderjarigen.³³⁷ Indachtig de ratio van het kinder- en mensenrechtenkader, moet de wettelijke regeling blijk geven van erkenning van de bijzondere positie van de minderjarige in het strafrecht en bescherming bieden tegen willekeurige vrijheidsbeneming. In elk geval dient het uitgangspunt dat de

336 Ondanks dat het IVRK niet voorziet in recht op vrije verplaatsing, brengt een jeugdspecifieke uitleg van artikel 12 IVBPR en artikel 2 van het Vierde Protocol van het EVRM mee dat extra terughoudend moet worden omgegaan met het beperken van dit recht. Dit kan worden afgeleid uit het fundamentele kinderrechtelijke uitgangspunt dat bij alle maatregelen die kinderen betreffen, de belangen van het kind een eerste overweging vormen (vgl. artikel 3, eerste lid IVRK).

337 Vgl. respectievelijk artikel 37 IVRK, artikel 40, tweede lid IVRK, artikel 40, eerste lid IVRK en artikel 3, eerste lid IVRK.

voorlopige hechtenis minderjarigen slechts als uiterste middel en voor de kortst mogelijke duur wordt toegepast duidelijk naar voren te komen in de nationale wetgeving.

Het *verbod op willekeur* schrijft voor dat iedere beslissing tot toepassing van voorlopige hechtenis naast rechtmatig, ook redelijk en noodzakelijk dient te zijn. De redelijkheidstoets ziet op elementen als gepastheid, rechtvaardigheid en voorzienbaarheid, hetgeen bijvoorbeeld meebrengt dat bij toepassing van voorlopige hechtenis, ook als dit conform de wet geschiedt, geen sprake mag zijn van kwade trouw of misleiding aan de zijde van de autoriteiten en dat zowel het bevel als de tenuitvoerlegging van de voorlopige hechtenis feitelijk in overeenstemming moet zijn met de doelstelling die voortvloeit uit de (wettelijke) grond die de voorlopige hechtenis rechtvaardigt. De noodzakelijkheidstoets wordt door het EHRM ook wel aangeduid als *proportionaliteitstoets*. Dit betreft een omvangrijke en diepgaande toets die in het hart ligt van het kinder- en mensenrechtelijke verbod op willekeurige toepassing van voorlopige hechtenis van minderjarigen, daar deze toets uiteindelijk moet waarborgen dat vrijheidsbeneming van minderjarige verdachten gedurende het strafproces enkel als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke duur wordt toegepast.

De proportionaliteitstoets impliceert dat slechts van het uitgangspunt dat minderjarige verdachten hun proces in vrijheid mogen afwachten, kan worden afgeweken indien sprake is van 'relevante en voldoende redenen'. Deze kunnen gelegen zijn in de noodzaak van het afwenden van een acuut gevaar dat de verdachte vlucht, de waarheidsvinding belemmert, recidiveert of dat zijn vrijlating maatschappelijke onrust veroorzaakt. De voorlopige hechtenis van een minderjarige mag enkel worden toegepast als dit 'strikt noodzakelijk' is om deze doelen te verwezenlijken. Waar mogelijk, moet gebruik worden gemaakt van minder ingrijpende alternatieven. Voorts kan toepassing van voorlopige hechtenis van een minderjarige uitsluitend gerechtvaardigd zijn als het belang van verwezenlijking van deze doelen door middel van voorlopige hechtenis, met inachtneming van de onschuldpresumptie, zwaarder weegt dan de inbreuk die met de voorlopige hechtenis wordt gemaakt op het belang van de verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten. De rechter zal dan ook een concrete belangenafweging moeten maken, waarbij de jonge leeftijd van de verdachte een zwaarwegende factor is. Dit moet uiteindelijk resulteren in een gemotiveerde beslissing. Indien voorlopige hechtenis wordt toegepast, dan dient de duur daarvan niet langer te zijn dan 'redelijk' c.q. 'noodzakelijk'³³⁸ is voor het verwezenlijken van de genoemde doelen. Voorlopige hechtenis mag in elk geval niet worden gebruikt om vooruit te lopen op een vrijheidsstraf.

Als minderjarigen in voorlopige hechtenis verblijven, hebben zij op grond van artikel 37(d) IVRK, artikel 9, vierde lid IVBPR en artikel 5, vierde lid EVRM het recht om de rechtmatigheid ofwel legaliteit van de vrijheids-

338 Het EHRM spreekt in dit verband van 'redelijk', terwijl het MRC spreekt van 'noodzakelijk'.

beneming herhaaldelijk ter beoordeling aan een rechter voor te leggen (het recht op *habeas corpus*). Het Kinderrechtencomité van de Verenigde Naties leest in het voorschrift van artikel 37(d) IVRK (jo. artikel 37(b) IVRK) zelfs een verplichting voor de nationale wetgever om te voorzien in een automatische periodieke toetsing van de legaliteit van de voorlopige hechtenis van minderjarigen, bij voorkeur tweewekelijks. Ook het EHRM stelt zich – zij het in het kader van artikel 5, derde lid EVRM – op het standpunt dat de autoriteiten door een periodieke rechterlijke toetsing moeten waarborgen dat de voorlopige hechtenis niet langer voortduurt dan ‘redelijk’ is. Dergelijke tussentijdse beoordelingen van de legaliteit van de vrijheidsbeneming moeten telkens een volledige toetsing omvatten van zowel de rechtmatigheid als van de verenigbaarheid met het verbod op willekeur, in het licht van het nationale en het internationale recht, en dienen steeds te resulteren in een deugdelijk gemotiveerde beslissing.

Het uitgangspunt dat de voorlopige hechtenis van minderjarigen van een zo kort mogelijke duur dient te zijn, brengt voorts mee dat minderjarigen in voorlopige hechtenis, indien zij niet voortijdig in vrijheid kunnen worden gesteld, *zo spoedig mogelijk* moeten worden berecht (art. 9, derde lid IVBPR jo. art. 10, tweede lid (b) IVBPR).³³⁹ De nationale wetgeving dient de voorlopige hechtenis van minderjarigen dan ook te onderwerpen aan strikte termijnen, die korter dienen te zijn dan de termijnen die gelden voor volwassenen. In dit kader beveelt het Kinderrechtencomité verdragsstaten aan om na te streven dat een minderjarige in voorlopige hechtenis binnen dertig dagen op zitting wordt gebracht en dat de rechter in eerste aanleg binnen zes maanden tot een einduitspraak komt.

Het uit het verbod op onrechtmatige en willekeurige vrijheidsbeneming voortvloeiende uitgangspunt blijft evenwel dat voorlopige hechtenis van minderjarigen zoveel mogelijk wordt vermeden. Dit betekent onder meer dat op de Staat de verplichting rust om te voorzien in een effectief aanbod van faciliteiten en voorzieningen die kunnen dienen als alternatief voor voorlopige hechtenis van minderjarigen. De nationale wetgever dient deze alternatieven een wettelijke grondslag te geven en te omkleden met rechtswaarborgen. Vervolgens is de rechter gehouden om, waar mogelijk, gebruik te maken van alternatieven om daarmee voorlopige hechtenis van minderjarigen te voorkomen, waarbij de rechter steeds rekening houdt met de leeftijd en ontwikkelingsfase van de individuele minderjarige en zijn daarmee samenhangende behoeften (vgl. art. 40, eerste lid en vierde lid IVRK). Wel dient de rechter hierbij de eisen van proportionaliteit c.q. subsidiariteit in acht te nemen, als ook, indien het gaat om vrijheidsbeperkende maatregelen, de eisen die voortvloeien uit artikel 12 IVBPR en artikel 2 Vierde Protocol EVRM. Voorkomen moet worden dat alternatieven voor voorlopige hechtenis van minderjarigen ‘aanmatigend’ werken en dat de inzet daarvan leidt tot ongerechtvaardigde inbreuken op fundamentele rechten van minderjarige verdachten.

339 Dit volgt eveneens uit artikel 37(d) IVRK jo. artikel 37(b) IVRK.

2.9 TOT BESLUIT

In dit hoofdstuk is invulling gegeven aan het verbod op onrechtmatige en willekeurige vrijheidsbeneming van minderjarigen en is inzicht gegeven in de eisen die deze 'dubbele toets' stelt aan de toepassing van voorlopige hechtenis ten aanzien van minderjarige verdachten. Duidelijk is geworden dat deze toets in feite neerkomt op de veelomvattende eis dat voorlopige hechtenis van minderjarigen in overeenstemming is met zowel nationaal als internationaal recht, inclusief de algemene beginselen die daarin expliciet of impliciet zijn opgenomen. Hierin komt het holistische karakter van het kader van kinder- en mensenrechten tot uitdrukking, hetgeen impliceert dat een rechtmatige en niet-willekeurige toepassing van voorlopige hechtenis in feite gelijk staat aan een kinder- en mensenrechtenconforme toepassing van voorlopige hechtenis. Meer concreet krijgt de toets van rechtmatigheid en willekeur invulling door het – door kinder- en mensenrechtstandaarden breed gedragen – beginsel dat voorlopige hechtenis van minderjarigen enkel als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke duur mag worden toegepast. Dit uitgangspunt vertaalt zich primair in de proportionaliteitstoets die besloten ligt in het verbod op onrechtmatige en willekeurige toepassing van voorlopige hechtenis van minderjarigen.

Het verbod op onrechtmatige en willekeurige voorlopige hechtenis van minderjarigen brengt, zoals in dit hoofdstuk is gebleken, verantwoordelijkheden met zich mee voor de nationale wetgever, de Staat (lees: uitvoerende macht) en de rechter. In het volgende hoofdstuk wordt ingezoomd op het perspectief van de rechter: hoe kan hij komen tot rechtmatige en niet-willekeurige (ofwel kinder- en mensenrechtenconforme) voorlopige hechtenisbeslissingen ten aanzien van minderjarige verdachten? Getracht zal worden om op basis van de in het onderhavige hoofdstuk beschreven Europese en internationale standaarden een rechterlijk besluitvormingsschema voor kinder- en mensenrechtenconforme voorlopige hechtenisbeslissingen te ontwikkelen, hetwelk op nationaal niveau – afhankelijk van het nationale rechtssysteem en wettelijke kader – nader invulling kan krijgen.

