

ANNOTATIE

Denis en Irvine t. België (EHRM, nr. 62819/17) – Recidivegevaarlijkheid terecht buiten beschouwing bij beoordeling beveiligingsmaatregel?

J. Bijlsma

Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 01-06-2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0601JUD006281917 (EHRC-2021-0148)

1. Denis en Irvine zijn sinds 2007, respectievelijk 2002 gedetineerd op grond van een 'interneringsmaatregel'. Deze kon sinds 1930 in België worden opgelegd op basis van de Wet tot Bescherming van de Maatschappij tegen Abnormalen en Gewoontemisdadigers ('WBM') aan plegers van een strafbaar feit van een zekere ernst ('misdad of wanbedrijf') en die aan een psychische stoornis lijden waardoor het feit niet aan hen kan worden toegerekend (art. 7 jo. 1 WBM).[1] In het geval van Denis was de maatregel gebaseerd op het plegen van diefstal, in het geval van Irvine op poging tot inbraak.[2] Op 1 oktober 2016 wordt de WBM vervangen door de Wet Betreffende de Internering van Personen ('WBI'), waarin onder meer de vereisten voor oplegging van de maatregel aanmerkelijk strenger zijn geworden.[3] Op grond van de overgangsbepaling van art. 135, derde lid, WBI blijft de eerdere oplegging van de maatregel aan Denis en Irvine geldig en vallen zij per direct onder het nieuwe wettelijke regime. Denis en Irvine stellen dat voortzetting van de maatregel in strijd is met artikel 5 EVRM, omdat de feiten naar aanleiding waarvan de maatregel aan hen was opgelegd daartoe na de wetswijziging niet langer aanleiding zouden hebben kunnen geven.

2. In deze annotatie bespreek ik achtereenvolgens de achtergrond van de herziening van de interneringsmaatregel (nr. 3), de klachten van Denis en Irvine over schending van art. 5, eerste en vierde lid, EVRM (nr. 4) en het oordeel van de Grote Kamer over de klacht over schending

van het vierde lid (nr. 5). De tweede helft van deze annotatie (nr. 6-12) is gewijd aan wat volgens mij de kern van de zaak is: laat het EHRM de recidivegevaarlijkheid die de grondslag is voor voortzetting van de internering van Denis en Irvine terecht buiten beschouwing, en zo nee, had dat aanleiding kunnen geven tot een ander oordeel over de rechtmatigheid van de detentie?

3. Aan de herziening van de Belgische interneringsmaatregel lag onder meer een reeks uitspraken van het EHRM ten grondslag waarin de (tenuitvoerlegging van) de interneringsmaatregel een schending van art. 5, eerste lid, EVRM opleverde.[4] De opleggingsvereisten voor de maatregel zijn onder de WBI strenger dan onder het oude regime van de WBM. Het moet nu onder andere gaan om een misdaad of wanbedrijf gepleegd door iemand die ten tijde van de beslissing aan een zodanig ernstige stoornis lijdt dat het feit niet kan worden toegerekend, die een misdrijf of wanbedrijf heeft gepleegd *dat de fysieke of psychische integriteit van derden aantast of bedreigt én bij wie gevaar voor recidive bestaat* (art. 9, eerste lid, WBI). Deze hogere drempel moet, volgens de minister van Justitie ten tijde van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel, voorkomen dat een beveiligingsmaatregel van onbepaalde en onbeperkte duur kan worden opgelegd voor relatief weinig ernstige feiten waaruit geen echt gevaar voor de samenleving blijkt. Invrijheidstelling vindt plaats na verstrijken van een proeftijd van ten minste drie jaar (art. 42 WBI) als de ‘geestesstoornis voldoende gestabiliseerd is’ en niet langer gevreesd hoeft te worden dat de geïnterneerde (mede) onder invloed van de stoornis opnieuw strafbare feiten als bedoeld in art. 9, eerste lid, WBI zal plegen (art. 66 WBI). Over de wijze van tenuitvoerlegging en voortdrijving van de maatregel beslist een ‘kamer voor de bescherming van de maatschappij’ (‘KBM’). Hoewel de maatregelen opgelegd onder het lichtere regime van de WBM van rechtswege voortduren onder de WBI, sprak de Minister van justitie de verwachting uit dat de KBM’s de oude maatregelen met gepaste mildheid (*necessary clemency*) zouden beoordelen.

4. In deze zaak gaat het om de vraag of voortzetting na de wetswijziging van de onder het oude recht opgelegde maatregel rechtmatig is. Klagers stellen ten eerste dat een wettelijke basis voor hun detentie ontbreekt omdat de hogere drempel voor oplegging van de maatregel onder de WBI uitsluit dat de maatregel nog langer kan worden toegepast op personen die strafbare feiten hebben gepleegd die van te geringe ernst zijn om op grond van art. 9, eerste lid, WBI tot oplegging van de maatregel te kunnen leiden. Hun vrijheidsbeneming zou daarom in strijd zijn met art. 5, eerste lid, EVRM. Ten tweede zijn zij van mening dat zij niet tijdig een beslissing kunnen uitlokken over de opheffing van de maatregel, omdat zij daarvoor eerst de proeftijd van ten minste drie jaar moeten doorlopen. Dat zou een schending van art. 5, vierde lid, en 13 EVRM opleveren. Deze klachten werden verworpen door de KBM, het Belgische Hof van Cassatie en door de Vierde Kamer van het EHRM.[5]

5. Ik bespreek de laatste klacht als eerste. De Grote Kamer lijkt ontvankelijk te zijn voor het argument dat de omstandigheid dat pas na verstrijken van de proeftijd een beslissing kan worden verkregen van de KBM over de rechtmatigheid van de detentie in strijd is met art. 5, vierde lid, EVRM. Niettemin wordt de klacht over schending van dit artikel afgewezen, omdat de beslissing van de KBM de maatregel voort te laten duren óók was gebaseerd op de voortdurende van de stoornis en gevaarlijkheid van de klagers. Het niet voltooid hebben van de proeftijd was dus niet doorslaggevend. Daarbij speelt een rol dat het Hof van Cassatie intussen had geoordeeld dat besloten moet worden tot onmiddellijke invrijheidstelling als een geïnterneerde niet langer gevaarlijk is, ook als de proeftijd nog niet is verstreken.

6. In het geding voor de Grote Kamer leggen Denis en Irvine enkele nieuwe argumenten aan hun klacht over schending van art. 5, eerste lid, EVRM ten grondslag. Zij stellen nu onder andere ook dat zij onvoldoende gevaarlijk zijn om voortzetting van de maatregel te kunnen rechtvaardigen en betwisten noodzaak en proportionaliteit ervan. Daarmee rijst de vraag naar de omvang van het geding voor de Grote Kamer. De omvang van het geding wordt volgens vaste jurisprudentie bepaald door de klacht, waarbij een klacht uiteenvalt in feitelijke beweringen (*factual allegations*) en juridische argumenten (*legal arguments*).[6] Het EHRM is niet gebonden aan de juridische argumenten die door de klager naar voren worden gebracht (*jura novit curia*), maar kan niet buiten de feitelijke beweringen treden die aan de klacht ten grondslag liggen. Feitelijke beweringen kunnen niet voor het eerst bij de Grote Kamer naar voren worden gebracht. De stellingen dat de klagers niet langer gevaarlijk zouden zijn en de maatregelen niet noodzakelijk of proportioneel, zijn volgens de Grote Kamer nieuwe feitelijke beweringen en blijven daarom buiten beschouwing. Een klager mag overigens wel de feitelijke grondslag van de klacht op een later moment verduidelijken en uitwerken.

7. In het kader van de beoordeling van de rechtmatigheid van de detentie is eerst de vraag naar de grondslag van de detentie aan de orde. De Grote Kamer bevestigt in deze uitspraak dat de detentie van personen aan wie een strafbaar feit niet kan worden toegerekend wegens een psychische stoornis geen detentie na veroordeling (*after conviction*) is in de zin van art. 5, eerste lid, onder a, EVRM. Het betreft in dat geval namelijk geen *finding of guilt*. [7] De detentie van Denis en Irvine kan daarom alleen gerechtvaardigd zijn op grond van art. 5, eerste lid, onder e, EVRM: de detentie van personen met een psychische stoornis (*persons of unsound mind*). Er bestaat geen discussie tussen de partijen over de rechtmatigheid van de aanvankelijke oplegging van de maatregel, noch over de vraag of sprake is van een psychische stoornis in de betekenis van de e-grond van art. 5, eerste lid, EVRM. [8]

8. De hoofdvraag is of de detentie na de inwerkingtreding van de wetswijziging nog steeds rechtmatig is. Het EHRM volgt de formele benadering die door de Belgische wetgever en het Hof van Cassatie is gekozen, waarin een scherp onderscheid wordt gemaakt tussen oplegging

en tenuitvoerlegging. De oplegging wordt geregeerd door de criteria van voorheen art. 7 jo. 1 WBM, nu art. 9 WBI en uitgesproken door de zittingsrechter. Na onherroepelijk worden van de uitspraak waarbij de maatregel is opgelegd, volgt de tenuitvoerleggingsfase. Of invrijheidstelling aan de orde is, wordt beoordeeld door de KBM op basis van de criteria die de wet daaraan verbindt (voorheen art. 18 WBM, nu art. 66 WBI). Bij deze laatste beoordeling staat het door de geïnterneerde gepleegde feit niet centraal, maar wordt een scala aan risicofactoren in de beoordeling betrokken. Omdat de onherroepelijkheid van de eerdere oplegging niet is aangetast door de wetswijziging en omdat niet voldaan is aan de criteria voor invrijheidstelling van art. 66 WBI – stoornis en gevaarlijkheid waren volgens de nationale rechter nog steeds aanwezig – is de vrijheidsbeneming van klagers nog steeds rechtmatig. De door wetgever en nationale rechter gekozen benadering is arbitrair noch evident onredelijk (*manifestly unreasonable*).

9. De formele – of wellicht: formalistische – benadering van de Grote Kamer is onbevredigend. Uit de beschrijving van de parlementaire geschiedenis in het arrest (zie ook nr. 3 van deze annotatie), blijkt dat de verhoging van de ingangseisen voor de interneringsmaatregel oneigenlijk gebruik (*improper use*) van de maatregel moest voorkomen en verhinderen dat de maatregel kon worden opgelegd voor strafbare feiten van te geringe ernst (*relatively minor offences*). Het zou disproportioneel zijn om een vrijheidsbenemende maatregel op te leggen voor feiten waaruit geen serieus gevaar voor de samenleving zou blijken (par. 79-82). In zijn *dissenting opinion* wijst rechter Pavi er op dat het in het licht van de parlementaire geschiedenis vreemd is dat de autoriteiten geen overgangsrecht hebben opgenomen waarmee oneigenlijke opleggingen van internering onder het oude regime konden worden rechtgezet. De door de minister uitgesproken verwachting dat de KBM's oude opleggingen met gepaste mildheid zouden beoordelen heeft juridisch geen betekenis.[9]

10. Hier zou tegenin kunnen worden gebracht dat het in het geval van Denis en Irvine niet om oneigenlijk gebruik van de maatregel gaat. Binnen de omvang van het geding zoals dat door de Grote Kamer werd omlijnd, staat immers vast dat zij ook ná de wetswijziging voldoende recidivegevaarlijk waren om de vrijheidsbeneming voor te zetten en dat de maatregel noodzakelijk en proportioneel was. Daaruit blijkt, zo zou de redenering kunnen zijn, de legitimiteit van verdere tenuitvoerlegging van de maatregel. Ook hier stuit de klacht van Denis en Irvine op het formalisme van het EHRM. De Grote Kamer kan immers uitgaan van de recidivegevaarlijkheid van Denis en Irvine doordat deze vaststelling, tezamen met de noodzakelijkheid en proportionaliteit van de maatregel, buiten de omvang van het geding valt.

11. Het buiten het geding plaatsen van de klachten over de vaststelling van gevaar, noodzakelijkheid en proportionaliteit is echter alleen mogelijk door de oplegging scherp te onderscheiden van de voortzetting van de tenuitvoerlegging. De kern van de klacht van Denis

en Irvine lijkt mij echter dat juist dit onderscheid kunstmatig is.[10] Art. 66, onder b, WBI legt de verbinding tussen oplegging en voortzetting door te bepalen dat invrijheidstelling aan de orde is als niet langer te vrezen valt dat de gedetineerde *opnieuw* misdrijven als bedoeld in art. 9, eerste lid, onder 1, WBI zal plegen, dus misdrijven die de fysieke of psychische integriteit van derden aantasten of bedreigen. Van de door Denis en Irvine gepleegde misdrijven is nu juist nooit vastgesteld dat deze daaronder vielen.[11] Ook in de in deze noot onder 3 en 9 beschreven parlementaire geschiedenis wordt expliciet een verband gelegd tussen de feiten waarvoor de maatregel is opgelegd, het recidivegevaar en de noodzakelijkheid en proportionaliteit van de maatregel. Waarom zouden deze opmerkingen alleen gelden voor de oplegging en niet ook voor de voortzetting van onder het oude regime opgelegde interneringen voor wat naar nieuw inzicht te lichte feiten zijn om internering te rechtvaardigen? Van belang is ook dat het een bewuste keuze van de wetgever is geweest om in art. 66, onder b, WBI een verband te leggen met de in art. 9, eerste lid, onder 1, WBI omschreven misdrijven. In eerdere concepten van de wet ontbrak dit verband namelijk, en werd in art. 66 WBI slechts gesproken van gevaar voor het plegen van ernstige strafbare feiten of voor de fysieke of psychische integriteit van derden.[12] Als de klacht meer welwillend was gelezen, dan hadden de later aangevoerde argumenten over het ontbreken van recidivegevaarlijkheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit mogelijk kunnen worden gezien als verduidelijkingen of uitwerkingen van de initiële klacht, waardoor deze aspecten toch in de beoordeling hadden kunnen worden betrokken.

12. Buiten de minder handige procestactiek van de klagers, is de omtrekkende beweging van het EHRM wellicht mede te verklaren doordat een deel van de geïnterneerden die vastzitten op grond van het oude recht een te groot gevaar vormen om direct in de maatschappij terug te kunnen keren. De soms langdurige detentie kan daaraan hebben bijgedragen, óók in het geval van feiten die de nieuwe ingangseis niet halen. Het onverkort onrechtmatig verklaren van de interneringsmaatregel voor deze gehele groep zou tot gevolg hebben dat zij onvoorwaardelijk in vrijheid moet worden gesteld. De vraag is echter of een zo verstrekkend oordeel nodig zou zijn geweest. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid,[13] noodzakelijkheid en proportionaliteit, is vooral problematisch dat geen overgangsrecht bestaat. Overgangsrecht had kunnen voorzien in een op de onder het oude recht geïnterneerden toegespitste beoordeling. Een beslissing om een onder de oude regeling opgelegde maatregel voort te laten duren zou in ieder geval duidelijk moeten maken waarom voortzetting toch noodzakelijk is als bij oplegging niet is vastgesteld dat de betrokkene een strafbaar feit in de zin van art. 9, eerste lid, onder 1 WBI heeft gepleegd. Dat het vertrouwen op gepaste mildheid van de KBM's als overgangsregeling tekortschiet, wordt onderstreept door de door de overheid niet betwiste bewering van de klagers dat de KBM in Gent – anders dan de KBM Antwerpen die het verzoek van klagers beoordeelde – *alle* geïnterneerden wegens strafbare feiten die niet de hogere

drempel van de nieuwe regeling haalden in vrijheid heeft gesteld. Een korte transitieperiode waarin een overgangsregeling wordt uitgewerkt en de vrijheidsbeneming wordt voortgezet hoeft niet in strijd te zijn met art. 5 EVRM.[14]

Johannes Bijlsma

[1] www.ejustice.just.fgov.be/eli/wet/1964/07/01/1964070106/justel

[2] Ik volg hier par. 41, waarin de Grote Kamer spreekt van *attempted aggravated burglary*. Later (par. 144) wordt gesproken van *attempted theft*.

[3] www.ejustice.just.fgov.be/eli/wet/2014/05/05/2014009316/justel

[4] O.a. *L.B. t. België*, EHRM 2 oktober 2012, nr. 22831/08, ECLI:CE:ECHR:2012:1002JUD002283108; *Swennen t. België*, EHRM 10 januari 2013, nr. 53448/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0110JUD005344810.

[5] *Denis en Irvine t. België*, EHRM 8 oktober 2019, nrs. 62819/17 en 63921/17, ECLI:CE:ECHR:2019:1008JUD006281917.

[6] O.a. *Radomilja e.a. t. Kroatië* (GK), EHRM 20 maart 2018, nrs. 37685/10 en 22768/12, ECLI:CE:ECHR:2018:0320JUD003768510, par. 109, 126.

[7] Zie onder meer *Herczegfalvy t. Oostenrijk*, EHRM 24 september 1992, nr. 10533/83, par. 62.

[8] Sinds *Winterwerp t. Nederland* (EHRM 24 oktober 1979, nr. 6301/73, ECLI:CE:ECHR:1979:1024JUD000630173, par. 39) moet voldaan zijn aan drie vereisten om van een stoornis in de zin van de e-grond te spreken. Er moet sprake zijn van een *true mental disorder*, vastgesteld door een bevoegde rechter op basis van objectieve medische expertise, de stoornis moet zodanig zijn dat vrijheidsbeneming gerechtvaardigd is en de rechtmatigheid van voortdurende van de detentie is afhankelijk van het voortbestaan van de stoornis.

[9] *Denis en Irvine t. België, Separate opinion of Mr Pavli*, onder 5.

[10] Vgl. par. 106: ‘The applicants reiterated these complaints in their observations before the Chamber, adding that they had not committed acts reaching the threshold set out in section 9 of the Compulsory Confinement Act 2014 and that there could therefore be no question of “reoffending” with regard to such acts. Their continued confinement would therefore run counter to the text and purpose of the new legislation.’

[11] *Denis en Irvine t. België, Separate opinion of Mr Pavli*, onder 6-10

[12] Wetsontwerp betreffende de internering van personen, 2012/13, DOC 53 3527/001 (www.dekamer.be/FLWB/pdf/53/3527/53K3527001.pdf).

[13] Zie ook *Denis en Irvine t. België*, *Separate opinion of Mr Pavli*, onder 12.

[14] In *Glien t. Duitsland* (EHRM 28 november 2013, nr. 7345/12, ECLI:CE:ECHR:2013:1128JUD000734512, par. 101-105) oordeelt het EHRM weliswaar dat een transitieperiode voor het in overeenstemming brengen met art. 5 EVRM van een modaliteit van een Duitse beveiligingsmaatregel (*Sicherungsverwahrung*) onrechtmatig was, maar daarbij lijkt een belangrijke rol te hebben gespeeld dat de detentie ook in een psychiatrisch ziekenhuis in plaats van een gevangenis ten uitvoer had kunnen worden gelegd. Daarmee lijkt enige ruimte te bestaan voor een transitieperiode voor aanpassing van de wettelijke regeling.