



# Het recht op beroep in artikel 2 Zevende Protocol EVRM

**Kan artikel 2 Zevende Protocol EVRM, waarin een recht op strafrechtelijk hoger beroep is neergelegd, redelijkerwijs een belemmering zijn voor ratificatie van het Zevende Protocol EVRM? De minister baseerde op deze bepaling lang zijn bezwaren, in 2009 niet meer, maar sinds 2012 is ratificatie weer op de lange baan geschoven. Het artikel bevat ter uiteindelijk negatieve beantwoording van de gestelde vraag een analyse van (de rechtspraak van het EHRM over) artikel 2P7 EVRM.**

## 1 Inleiding

Het EVRM bevat geen recht op (hoger) beroep. Ook kan dat recht niet uit de meer algemene aanspraak op een eerlijk proces worden afgeleid: 'Article 6 para.1 of the Convention does not, it is true, compel the Contracting States to set up courts of appeal or cassation.'<sup>1</sup> Dat geldt evenzeer voor artikel 13 EVRM.<sup>2</sup> Teneinde in elk geval op het niveau van de verdragstekst dezelfde rechten als het IVPBR te garanderen is in 1984 als aanvulling op het EVRM het Zevende Protocol bij het EVRM aangenomen.<sup>3</sup> Als equivalent van artikel 14 lid 5 IVBPR is in het tweede artikel van dat protocol een recht op beroep opgenomen (hierna ook: artikel 2P7 EVRM). Het protocolartikel luidt in het Engels:

'1. Everyone convicted of a criminal offence by a tribunal shall have the right to have his conviction or sentence reviewed by a higher tribunal. The exercise of this right, including the grounds on which it may be exercised, shall be governed by law.

2. This right may be subject to exceptions in regard to offences of a minor character, as prescribed by law, or in cases in which the person concerned was tried in the first instance by the highest tribunal or was convicted following an appeal against acquittal.'

En in officiële Nederlandse vertaling:<sup>4</sup>

'1. Een ieder die door een gerecht is veroordeeld wegens een strafbaar feit, heeft het recht zijn schuldigverklaring of veroordeling opnieuw te doen beoordelen door een hogere gerecht. De uitoefening van dit recht, met inbegrip van de gronden waarop het kan worden uitgeoefend, wordt bij de wet geregeld.

2. Op dit recht zijn uitzonderingen mogelijk met betrekking tot lichte overtredingen, zoals bepaald in de wet, of in gevallen waarin de betrokkene in eerste aanleg werd berecht door het hoogste gerecht of werd veroordeeld na een beroep tegen vrijspraak.'

Met Duitsland, Turkije en het Verenigd Koninkrijk heeft Nederland het protocol echter (nog) niet geratificeerd. Bezwaar was in 1988 dat 'de bewoording, waarin de diverse rechten in het 7e protocol zijn opgenomen, niet steeds even helder [is]' en het mede daarom niet vanzelf sprak dat het Zevende Protocol EVRM dezelfde garanties bood als het IVBPR.<sup>5</sup> De 'zeer zorgvuldige afweging van mogelijke implicaties' zoals die door de minister op dat moment werd voorgestaan, heeft enige tijd in beslag genomen. In het jaar 2000 werd de terughoudendheid concreter gebaseerd op de mogelijkheid dat het recht op beroep ook buiten het klassieke strafproces

1 Klassiek is EHRM 17 januari 1970, nr. 2689/65, r.o. 25 (*Delcourt/België*).

2 Recent EHRM 27 mei 2008, nr. 38978/03, r.o. 55 (*Sarukhanyan/Armenië*).

3 *Trb.* 1985, 2, in werking getreden op 1 november 1988.

4 Herziene vertaling in *Trb.* 1990, 161.

5 *Kamerstukken II* 1988/89, 20800 V, nr. 8, p. 4-5; zie voor eenzelfde algemene aarzeling *Kamerstukken II* 1991/92, 22300 V, nr. 114, p. 7.

van toepassing zou zijn.<sup>6</sup> In 2004 bracht minister Donner als bezwaar naar voren dat de toepasselijkheid van het recht op beroep volgens hem voor lichte overtredingen beperkt moest kunnen worden. Artikel 2P7 EVRM bood daarvoor wel ruimte, maar de minister meende 'dat deze bepaling geleet op de dynamische uitleg van het [EHRM] zodanig kan evolueren dat slechts in een bijzonder beperkt aantal gevallen het recht op hoger beroep kan worden uitgesloten'.<sup>7</sup>

Tot 2009 achtte de minister van Buitenlandse Zaken geleet op deze bezwaren ratificatie onder de huidige omstandigheden niet wenselijk, maar te zijner tijd onder gewijzigde omstandigheden misschien wel (aldus de aanduiding van de lijst waarin verdragen ten behoeve van parlementaire verantwoording zijn opgenomen, Lijst III).<sup>8</sup> Eerst in 2010 zou het Zevende Protocol EVRM naar verwachting dat jaar nog ter parlementaire goedkeuring worden ingediend (Lijst I).<sup>9</sup> De minister meende zonder nadere motivering dat de bezwaren van voorheen niet meer actueel waren.<sup>10</sup> Intussen zijn drie jaren verstreken en is in 2012 het Zevende Protocol EVRM zonder toelichting zelfs weer gedaald naar de lijst met verdragen die eerst op langere termijn ter goedkeuring worden ingediend of ten aanzien waarvan nog geen besluit is genomen omtrent de wenselijkheid van ratificatie (Lijst II).<sup>11</sup>

Dit dynamische leven achter de schermen roept vragen op. De bezwaren ten aanzien van ratificatie waren – en zijn? – gericht op artikel 2P7 EVRM. De vraag of die bezwaren opgaan, staat in deze bijdrage centraal. Althans, minder normatief en specifiek, in hoeverre sluit het huidige Nederlandse strafprocesrecht aan bij de eisen van artikel 2 Zevende Protocol EVRM? Ter beantwoording van die vraag krijgt in de eerste plaats het toepassingsbereik van het recht op beroep de aandacht (paragraaf 2), inclusief de daarop volgens het tweede lid toelaatbare uitzonderingen (paragraaf 3). Vervolgens komt aan de orde welke rechten artikel 2P7 EVRM precies behelst (paragraaf 4). Tot slot wordt bezien of en zo ja, in hoeverre het Nederlandse strafproces door ratificatie van het Zevende Protocol EVRM zal (moeten) worden beïnvloed en worden enkele afsluitende opmerkingen gemaakt (paragraaf 5).<sup>12</sup>

6 Kamerstukken II 1999/2000, 26800 V, nr. 116, p. 4; de standpunten zijn mede gebaseerd op het negatieve advies van C.W. Dubbink, 'Ratificatie van het Zevende Protocol bij het EVRM'; advies aan de Nederlandse regering gepubliceerd in *NJCM-bulletin* 1995, p. 439-461.

7 Kamerstukken II 2004/05, 29800 IV, nr. 9.

8 Bijlage bij Kamerstukken II 2008/09, 31700 V, nr. 83, Lijst III.

9 Bijlage bij Kamerstukken II 2009/10, 32123 V, nr. 72, Lijst I; en voor 2011 Bijlage bij Kamerstukken II 2010/11, 32500 V, nr. 164, Lijst I.

10 Kamerstukken II 2008/09, 31700 V, nr. 127, p. 4.

11 Bijlage bij Kamerstukken II 2011/12, 33000 V, nr. 139, Lijst II.

12 Een gedeeltelijk antwoord op deze vraag is al wel in de literatuur

## 2 Toepassingsbereik

Artikel 2 Zevende Protocol EVRM is van toepassing als een persoon is 'convicted of a criminal offence by a tribunal'. De precieze betekenis van de drie hierin opgenomen toepasselijkheidsvoorwaarden komt hier puntsgewijs aan de orde.

De betekenis van de woorden 'criminal offence' in artikel 2P7 EVRM is niet enger of ruimer dan de uitleg die wordt gegeven aan het begrip 'criminal (charge)' in artikel 6 EVRM. Verschillende keren overwoog het Hof 'that, where an offence is found to be of a criminal character attracting the full guarantees of Article 6 of the Convention, it consequently attracts also those of Article 2 of Protocol No. 7'.<sup>13</sup> Het toepassingsbereik van het recht op beroep loopt in dit opzicht dus volledig parallel aan dat van het recht op een eerlijk proces, in die zin dat hetgeen 'criminal' is onder artikel 6 EVRM dat ook is onder artikel 2P7 EVRM.

Het is niet nodig de verschillende aspecten van dit autonoom gehanteerde criminal-chargebegrip hier uit te diepen. Wel van belang is dat aldus vaststaat dat niet reeds in het begrip 'criminal offence' een categorische uitzondering voor zeer lichte strafbare feiten ligt besloten. Een dergelijke uitzondering geldt in het kader van artikel 6 EVRM immers evenmin.<sup>14</sup> Artikel 2P7 EVRM geldt bovendien door de autonome interpretatie van 'criminal offence' – afhankelijk van de aard van de overtreding enzovoort – ook in andere rechtsgebieden dan het klassieke strafrecht.<sup>15</sup>

te vinden, maar de bekende EVRM-handboeken (D.J. Harris, M. O'Boyle en C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2009; en P. van Dijk, F. van Hoof e.a., *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen: Intersentia 2006) zijn zeer kort van stof, terwijl de uitgebreidere passages in J. de Hullu, *Over rechtsmiddelen in strafzaken* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1989; S. Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford: Oxford University Press 2005; en H.G.M. Krabbe, 'De artikelen 2 en 4 van het Zevende Protocol: het recht op rechtsmiddelen en ne bis in idem', in: A.E. Hartevelt, J. Hielkema, B.F. Keulen en H.G.M. Krabbe (red.), *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2004, (groten)deels zijn verouderd.

13 Onder meer EHRM 15 november 2007, nr. 26986/03, r.o. 120 (*Galstyan/Armenië*); EHRM 17 juli 2008, nr. 33268/03, r.o. 104 (*Ashughyan/Armenië*); evenmin is de betekenis van van de woorden ruimer dan 'criminal (charge)' in artikel 6 EVRM, zie bijv. EHRM 31 juli 2007, nr. 65022/01, r.o. 53 (*Zaicevs/Letland*); EHRM 30 maart 2010, nr. 12607 (*Zeltkov/Rusland*) waarin een procedure ter vermindering van straf na begunstigende wetwijziging niet als 'criminal charge' wordt aangemerkt en dus ook niet als 'criminal offence'.

14 EHRM (GK) 23 november 2006, nr. 73053/01, AB 2007, 51, r.o. 31 en 35 (*Jussila/Finland*); zo ook Trechsel 2005, p. 18 en 27-31; Van Dijk, Van Hoof e.a. 2006, p. 555; Harris, O'Boyle en Warbrick 2009, p. 205; dat neemt niet weg dat art. 6 EVRM gedifferentieerd kan worden toegepast al naar gelang de ernst van de feiten.

15 Het bij ondertekening door Nederland gemaakte voorbehoud ('the right conferred to everyone convicted of a criminal offence to have

Met betrekking tot een strafbaar feit moet iemand zijn *'convicted'* voordat hij aanspraak kan maken op het recht op beroep. Het ziet ernaar uit dat die bewoording enkel betrekking heeft op einduitspraken. In *Stici/Moldavië* gaat het erom of in verband met de toepassing van voorlopige hechtenis verdragsconform is gehandeld. Stici klaagt dat hij geen beroep heeft kunnen aantekenen tegen de beslissing zijn voorlopige hechtenis niet op te schorten. Het Hof oordeelt beknopt dat het beroepsrecht niet van toepassing is nu niet sprake is van een *'conviction'* in de zin van artikel 2P7 EVRM.<sup>16</sup> Dit oordeel ligt gelet op het belang van vlot procesverloop in de rede. Ook sluit het aan bij de inhoud van het recht op beroep, dat pas zinvol kan worden genoten als aanspraak kan worden gemaakt op een herbeoordeling van *'conviction or sentence'*.

Minder gemakkelijk is de kwestie wat in materiële zin onder *'convicted'* moet worden verstaan: schuldigverklaring én strafoplegging; is een van beide voldoende; moet niet veeleer worden gesproken van *sanctieoplegging* – waaronder ook maatregelen vallen? In elk geval legt het Hof de term *'convicted'* autonoom uit.<sup>17</sup> Of naast de typische en vanzelfsprekend

## Minder gemakkelijk is de kwestie wat in materiële zin onder *'convicted'* moet worden verstaan

voor beroep in aanmerking komende einduitspraak – schuldigverklaring met strafoplegging – ook andere eindbeslissingen het recht op beroep activeren is daarmee open.

Systematische uitleg van de Engelse en Franse verdragstekst biedt op dit punt weinig houvast. Volgens de Engelse verdragstekst geeft artikel 2P7 EVRM een recht op herbeoordeling van *'conviction or sentence'*, hetgeen impliceert dat onder *'conviction'* niet ook strafoplegging is begrepen. Meer dan schuldigverklaring behelst het begrip *'convicted'* op grond van de Engelse verdragstekst anders gezegd dus niet, tenzij binnen één en hetzelfde verdragsartikel dezelfde woorden verschillend moeten worden uitgelegd. Dat zou verrassen, maar is niet uitgesloten, nu het woord *'conviction'* in de Engelse tekst van de artikelen 2 en 5 EVRM en artikel 3 Zevende Protocol EVRM kennelijk ruim als *'veroorde-*

ling', *'vonnis'* of *'schuldigverklaring en strafoplegging'* moet worden verstaan. De Franse tekst van artikel 2P7 EVRM heeft het over een recht op herbeoordeling van *'la déclaration de culpabilité ou la condamnation'* voor personen *'déclarée coupable d'une infraction pénale'*. Tekstuele uitleg geeft hier aan dat het recht op beroep reeds van toepassing is na schuldigverklaring. Het Franse woord *'condamnation'* moet derhalve als *'strafoplegging'* worden verstaan. Dat strookt echter weer niet met de wijze waarop die term in de Franse tekst van artikel 5 EVRM en artikel 3 Zevende Protocol EVRM, waarin het zoals opgemerkt gaat over *'veroordeling'* of *'schuldigverklaring en strafoplegging'*. Tekstvergelijking laat kortom geen harde conclusie toe. Overigens is de officiële Nederlandse vertaling van de verdragstekst op dit punt sowieso niet secuur. De term *'conviction/déclarée coupable'* wordt eerst vertaald met *'veroordeling'*, daarna met *'schuldigverklaring'*, terwijl *'veroordeling'* in het tweede deel van het eerste lid weer verwijst naar *'sentence/condamnation'*. Een recente uitspraak van het EHRM is minder dubbelzinnig. In *Settarov/Oekraïne* staat een verkeersongeval centraal. De rechtbank verklaarde het OM niet-ontvankelijk omdat het vervolgingstermijnen had overschreden. Tegelijk stelde zij evenwel ten overvloede vast dat Settarov het verkeersongeval had veroorzaakt en daarmee een delict had begaan. Hierover wordt geklaagd, maar het Hof acht artikel 2P7 EVRM niet van toepassing:

**'Though it may be argued that the charges against the applicant were in fact determined by the domestic court, the formal outcome of the proceedings was that these charges were dropped as time-barred, which did not constitute a formal finding of guilt or imposition of a penalty'** [vet, GP]<sup>18</sup>

Als onder het woord *'penalty'* uit deze passage ook maatregelen mogen worden verstaan – en de uitleg van datzelfde begrip in het kader van artikel 7 EVRM laat daarvoor ruimte<sup>19</sup> – dan is voor activering van het recht op beroep voldoende dat sprake is van ofwel schuldvaststelling ofwel sanctieoplegging. In Nederland zijn beide varianten overigens mogelijk: artikel 9a Sr respectievelijk bijvoorbeeld TBS bij volledige ontoerekeningsvatbaarheid.

Uit *Settarov/Oekraïne* blijkt voorts dat niet reeds indien de motivering van een vonnis of arrest voor de verdachte belastende onderdelen herbergt, deze als *'conviction'* kan worden beschouwd. Het ijkpunt daarvoor is het formele resultaat van de strafprocedure: het dictum. Indien zich hierbij excessen

conviction or sentence reviewed by a higher tribunal relates only to convictions or sentences given in the first instance by tribunals which, according to Netherlands law, are in charge of jurisdiction in criminal matters') kan worden begrepen als beperking van de reikwijdte van art. 2P7 EVRM tot het klassieke strafrecht. De vraag is of dit zeer algemeen geformuleerde voorbehoud gelet op art. 57 EVRM houdbaar is.

16 EHRM 23 oktober 2007, nr. 35324/04, r.o. 33 (*Stici/Moldavië*).

17 Met zoveel woorden EHRM 12 november 2002, nr. 32559/96 dec. (*Fortum Oil And Gas OY/Finland*).

18 EHRM 16 maart 2010, nr. 1798/03 dec. (*Settarov/Oekraïne*).

19 EHRM 12 februari 2008, nr. 21906/04, r.o. 142 (*Kafkaris/Cyprus*); EHRM 10 juli 2012, nr. 42750/09, r.o. 48 (*Del Rio Prada/Spanje*).

voordoen, dan is denkbaar dat het Hof naar analogie van zijn rechtspraak over de onschuldpresumptie voor een meer materiële uitleg opteert. In het kader van artikel 6 lid 2 EVRM is het Hof bijvoorbeeld kritisch als passages uit een strafmotivering ‘are of such a nature and degree as to amount to the bringing of a new “charge” within the autonomous meaning of the Convention’. Vindt ondanks vrijspraak bijvoorbeeld in de motivering daarvan toch een smadelijke afrekening plaats, dan is niet onmogelijk dat het Hof dit zal beschouwen als ‘conviction’ in de zin van artikel 2P7 EVRM. Vooralsnog is daarvoor in de rechtspraak geen steun te vinden.<sup>20</sup>

Tot slot kan pas aanspraak worden gemaakt op het recht op beroep als door een ‘tribunal’ ten aanzien van een strafbaar feit sprake is van een veroordeling. Ook op dit punt is het recht op beroep gekoppeld aan artikel 6 EVRM.<sup>21</sup> In dat verband wordt de term autonoom uitgelegd; mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan kunnen ook organen die niet tot de rechterlijke macht behoren als ‘tribunal’ worden beschouwd.<sup>22</sup> De opname van de term ‘tribunal’ werkt ook beperkend: niet iedere veroordeling verdient beroep in de zin van artikel 2P7 EVRM. De bedoeling van die beperking is mogelijk gelegen in de overlap in het toepassingsbereik dat bij alternatieve uitleg zou ontstaan met het recht op ‘access to court’ zoals dat volgt uit artikel 6 EVRM. Tegen schuldigverklarende en/of strafopleggende beslissingen door administratieve organen dient namelijk reeds op grond van het recht op een eerlijk proces beroep op een rechter open te staan.<sup>23</sup> Het recht op beroep bij een hogere rechter zoals neergelegd in artikel 2P7 EVRM ziet dan ook enkel op belastende eindbeslissingen van een rechterlijk college.

### 3 Beperkingen toepassingsbereik

Het tweede lid van artikel 2 Zevende Protocol EVRM voorziet in drie uitzonderingsmogelijkheden ten aanzien van de zojuist besproken reikwijdte van het recht op beroep. Beroep

mag worden uitgesloten bij (1) bagatel delicten, (2) zaken die in eerste instantie zijn berecht door het hoogste gerecht, en (3) zaken waarin een veroordeling eerst in beroep tot stand is gekomen, na vrijspraak in eerste aanleg. Gelet op het expliciet beperkende karakter van het tweede lid is het aannemelijk dat deze opsomming limitatief is.<sup>24</sup> Buiten de genoemde gevallen zal beperking van het recht op beroep dus enkel op de inhoud van het toegekende recht betrekking kunnen hebben, niet op het bereik ervan.

Op voorhand valt op dat aan de drie beperkingsmogelijkheden nauwelijks nadere eisen zijn gesteld. Bijvoorbeeld een

## Een belangrijke factor is de mogelijk op te leggen vrijheidsstraf

doelbindingsclausule wordt geheel niet in het tweede lid gegeven. Ook in de rechtspraak van het Hof worden geen aanvullende eisen gesteld. Omdat de tweede en derde exceptie in de rechtspraak van het Hof nog geen vorm hebben gekregen en ook redelijk voor zich spreken, worden zij hier verder buiten beschouwing gelaten.

Het recht op beroep mag worden uitgesloten voor ‘offences of a minor character’. Trechsel voert als grondslag daarvoor het axioma ‘*de minimis non curat praetor*’ op; kleinigheden gaan de rechter niet aan.<sup>25</sup> Op dergelijke kleinigheden is artikel 6 EVRM echter wel van toepassing, zodat een praktische/politieke oorsprong eerder voor de hand ligt. Wat daarvan ook zij, feiten van marginale ernst moeten zijn ‘prescribed by law’, hetgeen vooral betekent dat de bepaling van wat als licht feit kan of dient te worden beschouwd een basis moet hebben in nationaal recht en niet ongenormeerd per individuele zaak mag geschieden.<sup>26</sup> Ook moet de nationaal-rechtelijke afbakening van bagatel delicten voorzienbaar en toegankelijk zijn. Dat nationaal recht moet voorzien in een afbakening van lichte feiten, laat onverlet dat het EHRM de zinsnede over ‘minor offences’ autonoom uitlegt. Hoe ziet die autonome uitleg eruit?

Een belangrijke factor is de mogelijk op te leggen vrijheidsstraf. Het *Explanatory Report* bij het Zevende Protocol EVRM geeft daarover aan dat ‘when deciding whether an

20 Ten behoeve van het leesgemak wordt ‘conviction’ – dus te verstaan als schuldvaststelling of sanctieoplegging zoals opgenomen in het dictum – hieronder steeds vertaald als veroordeling.

21 Explanatory Report to Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1985 (nr. 117), onderdeel 17: ‘As compared with the wording of the corresponding provisions of the United Nations Covenant (Article 14, paragraph 5), the word “tribunal” has been added to show clearly that this provision does not concern offences which have been tried by bodies which are not tribunals within the meaning of Article 6 of the Convention.’

22 M. Kuijjer, *The Blindfold of Lady Justice* (diss. Leiden), Nijmegen: WLP 2004, p. 173-182.  
Trechsel 2005, p. 45-52; zie in het kader van artikel 2P7 EVRM bijv. EHRM 27 augustus 2002, nr. 58188/00 dec. (*Didier/Frankrijk*).

23 EHRM 17 februari 1980, nr. 6903/75, r.o. 49 (*Deweer/België*).

24 Zo ook Krabbe 2004, p. 189; vgl. ook EHRM 13 februari 2001, nr. 29731/96 (*Krombach/Frankrijk*), waarin het Hof een in Frankrijk gehanteerd beroepsverbod voor verdachten die in eerste aanleg onder bepaalde bijkomende omstandigheden bij verstek zijn veroordeeld als verdragsschending kenmerkt.

25 Trechsel 2005, p. 369.

26 Aldus ook Trechsel 2005, p. 369.

offence is of a minor character, an important criterion is whether or not the offence is punishable by imprisonment or not'.<sup>27</sup> Het citaat maakt ten eerste duidelijk dat het aankomt op de vraag of een vrijheidsstraf mogelijk is, niet of een dergelijke straf in concreto is opgelegd. Ten tweede valt de voorzichtige formulering op: de mogelijkheid tot oplegging van een vrijheidsstraf is slechts een belangrijk, niet een allesbepalend criterium. Ten derde geeft het citaat aan dat geen belang wordt gehecht aan de duur van een mogelijk op te leggen vrijheidsstraf.

De rechtspraak van het EHRM sluit op deze drieslag niet eensluidend aan. De zaak *Gurepka/Oekraïne II* draait om een man die voor 'contempt of court' met omgerekend € 20 is beboet. Overtreding van het betreffende verbod kan worden bestraft met een boete ter hoogte van zes tot twaalf maal het minimumloon of met hechtenis van ten hoogste vijftien dagen. Gurepka klaagt dat hij tegen dit oordeel geen beroep heeft kunnen aanwenden en het Hof stelt een schending vast. Het citeert daarbij uit het *Explanatory Report* en vervolgt dat 'the offence in question was punishable by a term of detention of up to fifteen days. Having regard to the aim of Article 2 of Protocol No. 7 and the nature of the guarantees for which it provides, the Court is satisfied that an offence for which the law prescribes a custodial sentence as the main punishment cannot be described as "minor" within the meaning of the second paragraph of that Article'.<sup>28</sup> Deze overweging maakt duidelijk dat het enkele feit dat een delict wordt bedreigd met een vrijheidsstraf al beslissend in de weg staat aan kwalificatie van dat delict als 'minor offence'. De mogelijkheid tot oplegging van een vrijheidsstraf wordt dus door het Hof benaderd als doorslaggevende factor.

Wellicht – het woord 'main' roept die twijfel op – moet het delict wel met een vrijheidsstraf als hoofdstraf zijn bedreigd, en zou de enkele mogelijkheid van vervangende hechtenis onvoldoende kunnen zijn. Onduidelijk is voornamelijk ook of de hoogte van de mogelijk op te leggen straf relevant is. Verschillende uitspraken wijzen weliswaar in die richting, waarbij ten hoogste vijftien dagen hechtenis in elk geval niet meer als 'minor' kan worden beschouwd. Dat staat echter op gespannen voet met de veel algemener formulering uit de zaak *Gurepka/Oekraïne II*, die erop duidt dat enkel het type sanctie telt.

Is een strafbaar feit niet met een vrijheidsstraf bedreigd, dan oordeelt het EHRM wél concreet en let het op de daadwerkelijk opgelegde sanctie(s). De zaak *Kristjansson en Boasson/IJsland*

*IJsland* betreft twee stropers, bestraft met een milde geldboete en enkele alternatieve sancties. Het Hof overweegt dat hier bagatel delicten aan de orde zijn: '[t]his is illustrated by the moderate level of the fines in question (corresponding approximately to EUR 600) and the lenient nature of the other sanctions imposed (suspension of the applicants' hunting licences and confiscation of their rifles, both for one year, and confiscation of the prey)'.<sup>29</sup> Los daarvan geldt dat de nationale classificatie van het delict – administratief of strafrechtelijk, misdrijf of overtreding – enkel fungeert als aanvullend argument: 'the Court has already pointed out that this has only a relative value'.<sup>30</sup> Tot slot zijn er, hoewel de verdragstekst anders doet vermoeden, geen aanwijzingen dat het Hof aan de aard van de overtreding of het feit in dit verband een rol toedeelt.

Samengevat geldt dat de vraag of sprake is van een bagatel delict volgens het Hof gedifferentieerd en stapsgewijs moet worden beoordeeld. Eerst toetst het abstract of een feit met een (wezenlijke) vrijheidsstraf (als hoofdstraf) is bedreigd. Zo ja, dan kan niet van een 'minor offence' worden gesproken. Zo nee, dan beoordeelt het EHRM concreter; welke straf daadwerkelijk is opgelegd geeft dan de doorslag. Uit de rechtspraak valt hierbij geen grens af te leiden.

#### 4 Inhoud recht op beroep

Indien is voldaan aan de hierboven uiteengezette toepasselijkheidsvoorwaarden en niet sprake is van de eveneens besproken uitzonderingsmogelijkheden geldt 'the right to have his conviction or sentence reviewed by a higher tribunal'. De buitengrens van dat recht is verscheidene malen helder afgebakend: artikel 2P7 EVRM 'affords a right to a review of a conviction or sentence by a higher tribunal; it does not, however, guarantee a determination by a third instance'.<sup>31</sup> In samenhang met de in het tweede artikellid opgenomen regel dat het recht op beroep niet hoeft te gelden indien eerst in beroep een veroordeling tot stand is gekomen, resulteert dit erin dat artikel 2P7 EVRM na veroordeling in eerste aanleg slechts één beroepsinstantie garandeert. Evenmin is het van overeenkomstige toepassing op niet vereiste maar toch beschikbare verdere rechtsmiddelen.<sup>32</sup> Daarmee is het

27 Explanatory Report to Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1985 (nr. 117), onderdeel 21.

28 EHRM 8 april 2010, nr. 38789/04, r.o. 33 (*Gurepka/Oekraïne II*); zie ook EHRM 31 juli 2007, nr. 65022/01, r.o. 55 (*Zaicevs/Letland*).

29 EHRM 10 april 2007, nr. 24945/04 dec. (*Kristjansson en Boasson/IJsland*); zie ook EHRM 9 juni 2011, nr. 16347/02, r.o. 72 (*Luchaninova/Oekraïne*).

30 EHRM 31 juli 2007, nr. 65022/01, r.o. 55 (*Zaicevs/Letland*).

31 EHRM 25 november 2003, nr. 63987/00 dec. (*Ekelund/Zweden*); EHRM 11 december 2008, nr. 4268/04, r.o. 55 (*Panovits/Cyprus*); EHRM 18 september 2001, nr. 47095/99 dec. (*Kalashnikov/Rusland*).

32 Open is overigens wel of dit ook geldt indien in hoger beroep de tenlastelegging (sterk) is gewijzigd of aangevuld. In Nederland is die ruimte in procesrechtelijk opzicht groot, zelfs na terug- of verwijzing



verdragsrecht op beroep voor Nederland alleen voor hoger beroep van belang.

De centrale vraag is dan waarop een veroordeelde in hoger beroep aanspraak moet kunnen maken. Zonder daarbij afzonderlijk stil te staan is in de eerste plaats van belang dat de herbeoordeling door een 'higher tribunal' moet worden uitgeoefend. Rechtspraak van het Hof over dit begrip is afwezig en schijnt derhalve bijvoorbeeld geen licht op de vraag of intern appel toelaatbaar is.

#### 4.1 'Conviction or sentence'

Strikte lezing van de zinsnede dat 'conviction or sentence' moeten worden herbeoordeeld doet de gedachte opkomen dat het een staat vrijstaat de verplichte beroepvoorziening zo in te richten dat de veroordeelde enkel tegen de schuldigverklaring ofwel tegen de strafoplegging in hoger beroep kan komen. Het Explanatory Report geeft in dat verband aan dat artikel 2P7 EVRM 'does not require that in every case he [de veroordeelde, GP] should be entitled to have both his conviction and sentence so reviewed. Thus, for example, if the person convicted has pleaded guilty to the offence charged, the right may be restricted to a review of his sentence'.<sup>33</sup> Op de hier gemaakte toespitsing op een bekende verdachte baseerde de Europese Commissie het oordeel dat de gesuggereerde grammaticale lezing niet de juiste is. Het recht op beroep garandeert dat in beginsel schuldvaststelling én strafoplegging worden herbeoordeeld en alleen bij wijze van uitzondering mag de omvang van het beroep worden beperkt tot een straftoemingsappel.<sup>34</sup> Latere jurisprudentie, waarover straks meer, lijkt hierin soepeler te zijn. Overigens is het in spiegelbeeld beperken van de beroepsmogelijkheid tot enkel de schuldigverklaring zeer slecht denkbaar, nu bij verandering van de beslissing daaromtrent het sanctieoordeel in de lucht komt te hangen.

Of de veroordeelde aan de zinsnede het recht kan ontleen de omvang van zijn beroep tot bepaalde eindbeslissingen uit het vonnis te beperken, bijvoorbeeld de strafmaat bij een in zijn ogen gunstige bewezenverklaring, valt op basis van jurisprudentie niet te zeggen. Wel heeft de Commissie in een speculatieve overweging een dergelijke uitleg denkbaar geacht: 'the use of the word "or" could also be interpreted as referring to the possible choice by the individual concerned, taking into account that some national systems permit an ap-

plication for review to be limited to the sentence'.<sup>35</sup> Het hier gemaakte voorbehoud ten aanzien van de 'national systems' geeft aan dat de veroordeelde niet aan het verdrag zelf het recht op beperking van de omvang van zijn beroep kan ontleenen. Een en ander is daarmee aan de staten zelf overgelaten.<sup>36</sup> Naast het recht de schuldigverklaring of strafoplegging te doen herbeoordelen heeft het Hof bepaald dat ook de procedure in eerste aanleg in beginsel aan beoordeling onderhevig moet kunnen zijn. '[T]he aim of the appeal is to allow an examination by a higher court not only of the substance of the case but also of possible procedural errors made by the lower court', aldus het Hof in de zaak *Lantto/Finland*.<sup>37</sup>

#### 4.2 'Review': algemeen

De eis dat in beginsel de schuldigverklaring, de strafoplegging en de procedurele gang van zaken in vorige aanleg door de beroepsrechter moeten worden heroverwogen is geen absoluut vereiste. Zo valt in het Explanatory Report<sup>38</sup> te lezen:

'Different rules govern review by a higher tribunal in the various member States of the Council of Europe. In some countries, such review is in certain cases limited to questions of law, such as the recours en cassation. In others, there is a right to appeal against findings of facts as well as on the questions of law. The article leaves the modalities for the exercise of the right and the grounds on which it may be exercised to be determined by domestic law.'

In het verleden knoopte de Commissie en het Hof mogelijkheden tot beperking van het beroep vast aan de laatste volzin van het eerste lid van artikel 2P7 EVRM, waarin wordt bepaald dat '[t]he exercise of this right, including the grounds on which it may be exercised, shall be governed by law'. Exemplarisch is *Pesti & Frodl/Oostenrijk*, waarin het Hof overweegt dat 'the Contracting States may limit the scope of the review by a higher tribunal by virtue of the reference in paragraph 1 of this Article to national law'.<sup>39</sup> Bijzonder zuiver komt het gebruik van dat aanknopingspunt niet voor. Ten eerste schrijft die zinsnede vanuit grammaticaal oogpunt namelijk vooral voor dat het beroepsrecht in nationale wet-

door de Hoge Raad is wijziging mogelijk, maar materieel gezien beperkt door artikel 68 Sr.

33 Explanatory Report 1985, onderdeel 17.

34 ECRM 9 september 1992, nr. 19028/91 dec. (*Nielsen/Denemarken*); ECRM 30 november 1994, nr. 22015/93 dec. (*Jakobsen/Denemarken*); zo ook *Krabbe* 2004, p. 191; *Trechsel* 2005, p. 368.

35 ECRM 9 september 1992, nr. 19028/91 dec. (*Nielsen/Denemarken*); ECRM 30 november 1994, nr. 22015/93 dec. (*Jakobsen/Denemarken*).

36 Zo ook *Krabbe* 2004, p. 191.

37 EHRM 12 juli 1999, nr. 27665/95 dec. (*Lantto/Finland*).

38 Explanatory Report 1985, onderdeel 17.

39 EHRM 18 januari 2000, nrs. 27618/95 en 27619/95 dec. (*Pesti en Frodl/Oostenrijk*); zie ook ECRM 18 oktober 1995, nr. 24208/94 dec. (*Demel/Oostenrijk*); ECRM 21 oktober 1998, nr. 37604/97 dec. (*Sjö/Zweden*); EHRM 29 juni 2000, nr. 32092/96 dec. (*Poulsen/Denemarken*); EHRM 23 oktober 2001, nr. 42780/98 dec. (*I.H., Me.H., R.H. en Mu.H./Oostenrijk*); EHRM 9 juli 2002, nr. 70883/01 dec. (*Hannak/Oostenrijk*).

geving dient te worden geregeld.<sup>40</sup> Voorts sluiten de woorden ‘governed by law’ veeleer aan bij de terminologie voor een van de *voorwaarden* voor beperking, de legaliteits eis, dan dat het een *mogelijkheid* tot beperking aanduidt.

Wat daarvan ook zij, in zijn meest recente rechtspraak hanteert het Hof een ander aangrijpingspunt voor beperking en nuancering van het beroepsrecht. Sinds *Krombach/Frankrijk* is dat gelegen in de beoordelingsruimte die het Hof in dit verband aan de landen toekent.<sup>41</sup> Steevast stelt het Hof in de betreffende zaken voorop dat:

‘the Contracting States dispose in principle of a wide margin of appreciation to determine how the right secured by Article 2 of Protocol No. 7 is to be exercised. Thus, the review by a higher court of a conviction or sentence may concern both points of fact and points of law or be confined solely to points of law. Furthermore, in certain countries, a defendant wishing to appeal may sometimes be required to seek permission to do so. However, any restrictions contained in domestic legislation on the right to a review mentioned in that provision must, by analogy with the right of access to a court embodied in Article 6 § 1 of the Convention, pursue a legitimate aim and not infringe the very essence of that right.’

Voorop staat volgens het Hof de beoordelingsruimte die bij de verwezenlijking van het recht op beroep aan de landen toekomt. De aldus verleende organisatievrijheid ten aanzien van de in artikel 2P7 EVRM neergelegde positieve verlichting is binnen de veelkleurige Europese context begrijpelijk.<sup>42</sup> De concrete verwezenlijking van het recht op beroep inclusief de beperkingen daarop hangen immers sterk samen met de wijze waarop het stelsel van rechtsmiddelen is ingericht en onder meer ook met de kwaliteit van de rechtspleging in eerste aanleg. De toegekende beoordelingsmarge is zelfs ‘wide’, hetgeen betekent dat het Hof vermoedelijk slechts in zeer uitzonderlijke gevallen overgaat tot de vaststelling van een schending van het recht op beroep.<sup>43</sup>

De ruimte voor staten om het recht op beroep nationaal vorm te geven is evenwel vanzelfsprekend niet onbegrensd. In de

eerste plaats dient de beperking een basis in nationaal recht te hebben, moet met andere woorden aan het legaliteitsvereiste zijn voldaan. Dat lijkt mij althans de enige redelijke uitleg van de zinsnede over ‘domestic legislation’. De alternatieve interpretatie, te weten dat louter de beperkingen gebaseerd op nationaal recht een legitiem doel moeten beogen en niet de kern van het recht op beroep mogen aantasten, terwijl beperkingen die niet aan de eis van legaliteit voldoen ook niet aan de twee aanvullende voorwaarden hoeven te beantwoorden, ligt weliswaar grammaticaal meer voor de hand maar introduceert de mogelijkheid tot willekeurige beperking. Een dergelijke uitleg zal niet door het Hof zijn bedoeld.

In de tweede plaats moet met een beperking op de uitoefening van het beroepsrecht een legitiem doel worden nagestreefd. *Communis opinio* is dat deze voorwaarde, zeker indien het de hier aan de orde zijnde zeer algemene formulering betreft, op zichzelf niet veel om het lijf heeft. Inhoudelijke beoordeling van de beoogde doelen probeert het Hof te vermijden, aldus in het algemeen Gerards.<sup>44</sup> De vaststelling van een legitiem doel, zo komt het voor, is vooral voorwaarde voor een vervolgens uit te voeren proportionaliteitstoets, waarbij immers het doel tegen de inbreuk wordt afgewogen. Opmerkelijk is dan ook dat het Hof het proportionaliteitsvereiste niet in zijn vooropstelling noemt, terwijl die beperkingseis in het kader van het ‘access-to-court-leerstuk’ – waarnaar het Hof uitdrukkelijk verwijst – wel wordt gesteld.<sup>45</sup> Is dit een mislag of valt te verwachten dat het EHRM vooral abstract beoordeelt of het recht op beroep is geschonden? Hoe dan ook, interessant is dat de Commissie en het Hof voorheen meer specifiek bepaalden dat een beperking ‘the good administration of justice’ moest beogen te dienen.<sup>46</sup> Dat roept de vraag op of de veralgemenisering in de huidige formulering erop duidt dat ook andere doelen dan het voor de hand liggende rechtsbedelingsoogmerk beperkingen van het recht op beroep aanvaardbaar kunnen maken. Niet voor alle in het EVRM genoemde doelen, zoals de bescherming van de gezondheid (onder andere artikel 8 EVRM), lijkt mij dat voorstelbaar. Tot slot geldt als beperkingsvoorwaarde de zogeheten kernrechtbescherming. In zijn algemeenheid is nog onduidelijk hoe het Hof deze in het kader van andere rechten geldende clausule hanteert.<sup>47</sup> Ook specifiek ten aanzien van het recht op beroep geeft het Hof hierover geen inzicht.

40 Zo ook Krabbe 2004, p. 191; Trechsel 2005, p. 365-366.

41 EHRM 13 februari 2001, nr. 29731/96, r.o. 96 (*Krombach/Frankrijk*); zie voor – gedeeltelijke – bevestiging EHRM 3 oktober 2002, nr. 51941/99 dec. (*Meischberger/Oostenrijk*); EHRM 27 augustus 2002, nr. 58188/00 dec. (*Didier/Frankrijk*); EHRM 12 november 2002, nr. 32559/96 dec. (*Fortum Oil And Gas OY/Finland*); EHRM 13 januari 2004, nr. 64299/01 dec. (*Sawalha/Zweden*); EHRM 10 april 2007, nr. 24945/04 dec. (*Kristjansson en Boasson/IJsland*); EHRM 8 sept 2009, nr. 18790/07 dec. (*Ellul/Malta*).

42 Aldus ook uitdrukkelijk het zojuist geciteerde Explanatory Report 1985, onderdeel 17; vgl. ook Trechsel 2005, p. 366.

43 Vgl. J.H. Gerards, *EVRM – Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 190.

44 Gerards 2011, p. 134 en 136.

45 Zie bijv. EHRM (GK) 29 juli 1998, nr. 24767/94, r.o. 34 (*Omar/Frankrijk*).

46 ECRM 1 juni 1998, nr. 37553/97 dec. (*Olsson/Noorwegen*); ECRM 21 oktober 1998, nr. 37604/97 dec. (*Sjöö/Zweden*); EHRM 29 juni 2000, nr. 32092/96 dec. (*Poulsen/Denemarken*).

47 Gerards 2011, p. 167-169; A.J. Nieuwenhuis, ‘De kernrechtbenadering bij de grondrechten’, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2012, p. 138-159.

### 4.3 'Review' II: aanvaardbare beperkingen

Hieronder is aan de orde hoe het besproken beslisschema in concrete zaken uitwerkt. De meest gebruikelijke beperkingen komen daarbij afzonderlijk aan de orde. Zowel het eerder geciteerde Explanatory Report als het Hof geven op voorhand al van bepaalde typen beperkingen aan dat deze in beginsel binnen de beoordelingsruimte van de staten vallen, en dus in beginsel aanvaardbaar zijn. Genoemd wordt in de eerste plaats de beperking van de uitoefening van het beroepsrecht tot kwesties van juridische aard. Ook een systeem van verlofstoetsing is op het eerste gezicht aanvaardbaar. Het *Explanatory Report* geeft voorts meer algemeen aan dat artikel 2P7 EVRM 'leaves the modalities for the exercise of the right and the grounds on which it may be exercised to be determined by domestic law' [curs., GP], hetgeen aanduidt dat zowel de procedurele vormgeving van het beroep mag worden beperkt, als dat restricties mogen worden aangebracht voor wat betreft de omvang van beroep. Dat de opstellers van het Zevende Protocol en het Hof zich in deze algemene termen durven te uiten, doet opnieuw vermoeden dat in concrete zaken niet snel tot schending van het recht op beroep wordt besloten. Dat vermoeden vindt bevestiging in de jurisprudentie van het Hof. Zo is in Frankrijk na veroordeling in eerste aanleg voor bepaalde (zware) misdrijven enkel beroep in cassatie ('appeal on points of law') mogelijk. Het Hof heeft dat in verscheidene zaken zonder uitgebreide toetsing toelaatbaar geacht.<sup>48</sup> Een ander voorbeeld betreft Denemarken, waarin op grond van een tamelijk complexe regeling hoger beroep enkel kon worden gebaseerd 'on the allegations that procedural rules were disregarded or applied wrongly, (...) that the High Court had wrongly decided matters which fell outside the jury's competence, that the jury had received wrong instructions as to the legal aspects of the case, or that the questions put to the jury suffered from errors or were based on an incorrect interpretation of the Penal Code'.<sup>49</sup> Hiernaast kon de veroordeelde klagen over zijn straf. De Commissie merkt op dat de genoemde beperkingen '[were] in line with the typical rules governing the procedures before Supreme Courts which sit only to control the legality of the judgment of the trial court' en beschouwt het recht op beroep niet geschonden. Ook in verscheidene Oostenrijkse zaken is door de klagers naar voren gebracht dat de beroepsrechter 'was prevented from re-examining the question of their guilt' dan wel dat de 'the assessment of evidence by the trial court could not be attacked'. Evenals in Denemarken kan een veroordeel-

de in Oostenrijk enkel tegen de strafoplegging in beroep dan wel een 'plea of nullity' (Nichtigheidsbeschwerde) indienen op specifiek afgebakende procedurele gronden. Ook in deze zaken zijn de klachten verworpen.<sup>50</sup>

Al deze voorbeelden maken duidelijk dat de 'wide margin of appreciation' ook daadwerkelijk ruim uitpakt.<sup>51</sup> Hoewel in de vorige paragraaf naar voren kwam dat volgens de Commissie in beginsel zowel schuldvaststelling, strafoplegging als de procedure in eerdere aanleg ter herbeoordeling aan een hogere rechter moeten kunnen worden voorgelegd, blijken thans zowel beperkingen ten aanzien van de omvang van het beroep als beperkingen met betrekking tot de aard van herbeoordeling aanvaardbaar. De toetsing van het EHRM is bovendien in veel zaken terughoudend en summier, zelfs abstract. Niet worden stapsgewijs de verschillende hierboven uitgewerkte beperkingsvoorwaarden langsgelopen, maar meestal volstaat het Hof met het te berde brengen van enkele vaststellingen over de nationale beroepsprocedure om daar vervolgens zonder nadere motivering een stempel van goedkeuring op te plakken.

Voor Nederland is tot slot nog relevant of een verlofstelsel, grofweg te omschrijven als ontvankelijkheidstoetsing in een verkorte preprocedure op meer zaakhoudelijke gronden, aanvaardbaar is (zie thans artikel 410a Sv). Het antwoord luidt bevestigend. In verschillende zaken stelt het EHRM voorop dat '[i]n some States, a person wishing to appeal to a higher tribunal must in certain cases apply for leave to appeal. The right to apply to a tribunal (...) for leave to appeal is itself to be regarded as a form of review within the meaning of this article'.<sup>52</sup> Een verlofstelsel is daarmee een op voorhand aanvaardbare modaliteit voor de verwezenlijking van het recht op beroep. Bovendien is als vertrekpunt gegeven dat verlofstelsels binnen hetzelfde besliskader als reguliere beroepstoetsing worden beoordeeld.

Een in de literatuur naar voren gebracht risico of nadeel van een leave to appeal system is dat de verlofbeslissing mogelijk niet steeds een daadwerkelijke herbeoordeling van schuldig-

48 Bijv. EHRM 30 mei 2000, nr. 53183/99 (*Loewenguth/Frankrijk*); EHRM 13 februari 2001, nr. 29731/96, r.o. 96 (*Krombach/Frankrijk*); EHRM 25 juli 2002, nr. 54210/00, r.o. 106 (*Papon/Frankrijk*).

49 ECRM 9 september 1992, nr. 19028/91 dec. (*Nielsen/Denemarken*); ECRM 30 november 1994, nr. 22015/93 dec. (*Jakobsen/Denemarken*).

50 ECRM 18 oktober 1995, nr. 24208/94 dec. (*Demel/Oostenrijk*); EHRM 18 januari 2000, nr. 27618/95 en 27619/95 dec. (*Pesti en Frodl/Oostenrijk*); EHRM 23 oktober 2001, nr. 42780/98 dec. (*I.H., Me.H., R.H. en Mu.H./Oostenrijk*); EHRM 9 juli 2002, nr. 70883/01 dec. (*Hanak/Oostenrijk*).

51 Trechsel 2005, p. 366, spreekt van een 'rather restrictive interpretation' van het recht op beroep.

52 ECRM 6 april 1994, nr. 18066/91 dec. (*Näss/Zweden*); ECRM 16 januari 1996, nr. 26808/95 dec. (*Hauser/Oostenrijk*); EHRM 12 juli 1999, nr. 27665/95 dec. (*Lantto/Finland*); EHRM 31 augustus 1999, nr. 34311/96 dec. (*Hubner/Oostenrijk*); EHRM 4 juli 2002, nr. 38544/97 dec. (*Weh en Weh/Oostenrijk*); EHRM 13 januari 2004, nr. 64299/01 dec. (*Sawalha/Zweden*); EHRM 10 april 2007, nr. 24945/04 dec. (*Kristjansson en Boasson/IJsland*); EHRM 17 november 2009, nr. 11459/07 dec. (*Landgren/Finland*); zie ook het Explanatory Report 1985, onderdeel 19.



verklaring en strafoplegging inhoudt, maar wordt genomen met louter het oog op werkbelaasting of rechtsontwikkeling.<sup>53</sup> Dat wordt voor onwenselijk gehouden omdat ‘leave-to-appeal proceedings may actually prevent the operation of the very right they are supposed to satisfy’.<sup>54</sup>

Oostenrijkse zaken geven aan dat dit risico zich met goedkeuring van het EHRM kan verwezenlijken. In Oostenrijk kunnen bepaalde bestuurlijke strafsancities worden aangevochten bij een ‘Independent Administrative Panel’, dat in EVRM-termen als gerecht kwalificeert. Tegen een veroordeling door dit gerecht moet dan ook beroep open staan. Het Oostenrijkse recht voorziet in principe ook in een beroepsmogelijkheid. Een sleutelrol wordt daarin gespeeld door artikel 33a van de ‘Administrative court act’, dat aangeeft dat de beroepsrechter ‘may decline to deal with a complaint against a decision of an Independent Administrative Panel in an administrative criminal case, if no prison sentence or

## Voor Nederland is tot slot nog relevant of een verlostelsel, grofweg te omschrijven als ontvankelijkheidstoetsing in een verkorte preprocedure op meer zaakinhoudelijke gronden, aanvaardbaar is

a fine exceeding AS 10,000 [omgerekend ruim € 700, GP] has been imposed and the Administrative Court’s decision would not involve the determination of a legal question of fundamental importance.’ Het is vaste jurisprudentie van het EHRM dat beslissingen gegeven op grond van deze bepaling ‘may be equated to decisions given on applications for leave to appeal which in themselves have to be regarded as a review within the meaning of Article 2 of Protocol No. 7’.<sup>55</sup> De verloftoetsing zelf wordt vervolgens niet aan nadere beoordeling onderworpen. In *Karg/Oostenrijk* overweegt het EHRM nog duidelijker dat ‘if the Administrative Court declines to deal with or rejects an appeal for lack of important legal issues, that has to be regarded as a review within the meaning of Article 2 of Protocol No 7’.<sup>56</sup>

53 Dubbink 1995, p. 449; Van Dijk, Van Hoof e.a. 2006, p. 973.

54 Trechsel 2005, p. 366.

55 EHRM 31 augustus 1999, nr. 34311/96 (*Hubner/Oostenrijk*); EHRM 4 juli 2002, nr. 38544/97 (*Weh en Weh/Oostenrijk*); EHRM 26 juli 2007, nr. 18294/03, r.o. 49-51 (*Stempfer/Oostenrijk*); EHRM 6 mei 2008, nr. 29749/04 (*Karg/Oostenrijk*), waarin het Hof nog duidelijker overweegt dat ‘even if the Administrative Court declines to deal with or rejects an appeal for lack of important legal issues, that has to be regarded as a review within the meaning of Article 2 of Protocol No 7’.

56 EHRM 6 mei 2008, nr. 29749/04 (*Karg/Oostenrijk*).

Dat het Oostenrijkse verlostelsel geen toepassing kan vinden in zaken waarin een vrijheidsstraf of niet-geringe geldboete is opgelegd heeft voor het Hof mogelijk – maar in elk geval niet uitdrukkelijk – een rol heeft gespeeld. Verlostelsels in andere landen, ook van toepassing op zwaar bestrafte feiten, worden echter evenmin afgekeurd.<sup>57</sup> Ook op dit punt luidt de conclusie dat aan staten veel ruimte wordt gelaten.

### 4.4 De kern van het recht op beroep?

De grens van de royale beoordelingsruimte is kortom niet snel bereikt. Zeer veel klachten over het recht op beroep zijn als kennelijk ongegrond niet-ontvankelijk verklaard (artikel 35 EVRM), terwijl van de wel ontvangen zaken in minder dan tien een verdragsschending is vastgesteld. Deze zaken gaan voornamelijk over het na de veroordeling in eerste instantie enkel beschikbaar maken van varianten op wat in Nederland als buitengewoon rechtsmiddel zou worden bestempeld.

Als voorbeeld dient *Galstyan/Armenië*, waarin het gaat om een man die in verband met de politieke demonstratie kort na de hectische presidentsverkiezingen van 2003 in eerste instantie is bestraft met drie dagen detentie voor – kort gezegd – baldadigheid. De voor deze zaak relevante ‘Code of administrative offences’ geeft aan dat behoudens in bij wet aangegeven gevallen tegen een dergelijke veroordeling geen beroep openstaat. Het oordeel is daarmee in beginsel final. Dezelfde wet bepaalt echter ook dat het veroordelende vonnis ‘can be quashed or modified by the judge himself upon a protest of the prosecutor and, whether or not such a protest is lodged, by the chairman of the superior court’. Tegen deze achtergrond buigt het Hof zich over de vraag of Galstyan wel de mogelijkheid heeft gehad zijn recht op beroep uit te oefenen. De mogelijkheid van revisie van het vonnis door dezelfde rechter kan niet als herbeoordeling door een ‘higher tribunal’ worden aangemerkt en valt om die reden af. Resteert de vraag of de gang naar de president van het hoogste gerecht als beroep kan worden beschouwd. Het Hof oordeelt dat ‘the review procedure prescribed by Article 294 of the CAO does not provide an individual with a clear and accessible right to appeal (...). This Article prescribes a power of review by the chairman of a superior court – whether or not upon the individual’s request – which, moreover, lacks any clearly defined procedure or time-limits and consistent application in practice. In the Court’s opinion, such a review possibility cannot be compatible with Article 2 of Protocol No. 7’.<sup>58</sup> In verscheidene daaropvolgende Armeense zaken

57 ECRM 26 oktober 1995, nr. 20087/92 (*E.M./Noorwegen*); ECRM 27 november 1996, nr. 25944/94 dec. (*Peterson Sarpsborg AS e.a./Noorwegen*).

58 EHRM 15 november 2007, nr. 26986/03, r.o. 126 (*Galstyan/Armenië*).

heeft het Hof dit oordeel herhaald.<sup>59</sup> Moeilijk valt scherp te krijgen waar het Hof in deze uitspraken precies over valt. De beknopte motivering laat ruimte voor zeker twee mogelijkheden. Ten eerste dat het onaanvaardbaar is indien het aanhangig maken of behandelen van beroep aan de pure, ongenormeerde discretie van een bepaald orgaan is overgelaten. De uitoefening van hoger beroep, of verlovverlening daartoe, verwordt dan tot gunst. Een tweede mogelijkheid is dat het Hof een schending ziet in het gebrek aan procedurele regels voor de behandeling van het beroep. Het Armeense beroepsorgaan kan – zo is dan de gedachte – niet als ‘tribunal’ worden beschouwd, nu dat begrip veronderstelt dat dergelijke regels aanwezig zijn.<sup>60</sup> Een speculatieve optie is dat het Hof geen vrede ermee kan hebben dat in deze zaken het vonnis in eerste aanleg finaal is en gezag van gewijsde krijgt. Het recht op beroep wordt illusoir indien de in eerste aanleg opgelegde sanctie zonder meer kan worden ten uitvoer gelegd of reeds uitgevoerd is, zo is dan mogelijk de redenering.<sup>61</sup> Hoger beroep is onder die omstandigheden niet meer dan nakaarten.

## 5 Consequenties voor Nederland

Zeer kort samengevat geldt dat op grond van artikel 2P7 EVRM in nagenoeg alle strafzaken die in eerste aanleg tot schuldigverklaring of strafoplegging hebben geleid een vorm van hoger beroep open moet staan, maar dat de vormgeving van die beroepsmogelijkheid in zeer sterke mate aan de staten zelf is overgelaten. Anders gezegd: gegarandeerd wordt dat een veroordeelde in beroep kan, nagenoeg geen eisen worden gesteld aan hoe dat beroep eruit dient te zien. Bij deze stand van zaken zou ratificatie van het Zevende Protocol EVRM voor Nederland op het terrein van strafrechtelijk hoger beroep nauwelijks veranderingen meebrengen. Wel zou artikel 404 Sv moeten worden gewijzigd. Het daarin opgenomen beroepsverbod is in twee opzichten te ruim. Het houdt in dat – kort gezegd en behoudens hier irrelevante uitzonderingen – tegen vonnissen betreffende overtredingen voor de verdachte geen hoger beroep openstaat indien op de voet van artikel 9a Sr geen straf is opgelegd of geen andere

straf of maatregel is opgelegd dan een geldboete tot een maximum van € 50 (artikel 404 lid 2 Sv). Ten eerste zagen we in paragraaf 3 dat op grond van artikel 2P7 EVRM in beginsel reeds bij schuldigverklaring hoger beroep beschikbaar moet zijn. Ten tweede is duidelijk geworden dat het EHRM bij de bepaling van of sprake is van een bagatel delict in de eerste plaats een abstracte toets aanlegt: is het feit met vrijheidsstraf bedreigd? Alle misdrijven en een zeer groot deel van de overtredingen uit de Nederlandse strafwetgeving zijn op grond hiervan niet als ‘minor’ te beschouwen. De concrete beoordeling die in het kader van artikel 404 Sv moet worden toegepast, laat aldus ruimte voor schending van artikel 2P7 EVRM. Immers, een veroordeling voor een feit waarop een vrijheidsstraf staat gesteld – en waartegen dus hoger beroep open zou moeten staan – kan worden afgedaan met een boete lager dan € 50, zodat naar Nederlands strafrecht geen hoger beroep mogelijk is. Bij onvoorwaardelijke ratificatie van het Zevende Protocol zal artikel 404 Sv dus moeten worden aangepast.

Daar staat tegenover – voor zover de wijziging van artikel 404 Sv al bezwaarlijk moet worden gevonden<sup>62</sup> – dat artikel 2P7 EVRM veel ruimte laat voor wijziging van de inhoud van het hoger beroep. Wat als object van hoger beroep wordt gekozen, de (gewijzigde) tenlastelegging of het vonnis uit eerste aanleg, is vrijgelaten. Ook ten aanzien van de omvang van het beroep of de aard van toetsing zijn nauwelijks grenzen te signaleren. De door het EHRM wél getrokken grenzen hebben betrekking op in Nederland niet te verwachten excessen, en zijn bovendien te koppelen aan andere begrippen dan de tekstuele kern van artikel 2P7 EVRM, het ‘reviewbegrip’. De stemmen die opgaan om het voortbouwende karakter van het hoger beroep te versterken en het rechtsmiddel meer adversair in te richten vinden in artikel 2P7 EVRM dan ook geen belemmering.<sup>63</sup>

Op basis hiervan meen ik dat de effecten van het recht op beroep als bedoeld in artikel 2P7 EVRM op het Nederlandse strafrecht redelijkerwijs niet aan ratificatie van het Zevende Protocol in de weg kunnen staan. Tenzij men zeer veel waarde hecht aan het huidige artikel 404 Sv, al kan de werklasterhoging die mogelijk plaatsvindt na verandering van dat

59 EHRM 17 juli 2008, nr. 33268/03, r.o. 108 (*Ashughyan/Armenië*); EHRM 2 december 2008, nr. 22390/05, r.o. 85 (*Mkhitaryan/Armenië*); EHRM 2 december 2008, nr. 41698/04, r.o. 79 (*Tadevosyan/Armenië*); EHRM 2 december 2008, nr. 31237/03, r.o. 85 (*Kirakosyan/Armenië*); EHRM 16 juni 2009, nr. 22571/05, r.o. 36 (*Gasparyan/Armenië II*); EHRM 27 oktober 2009, nr. 22387/05, r.o. 73 (*Karapetyan/Armenië*); EHRM 10 april 2012, nr. 34320/04, r.o. 140 (*Hakobyan e.a./Armenië*).

60 Trechsel 2005, p. 47.

61 Vgl. F.W. Bleichrodt, P.A.M. Mevis en B.W.A. Volker, *Vergroting van de slagvaardigheid van het strafrecht, een rechtsvergelijkend perspectief*, Den Haag: WODC 2012, p. 143.

62 Verschillende auteurs hebben het beroepsverbod om andere redenen al bekritiseerd, zie bijv. M.S. Groenhuijsen en J. de Hullu, ‘Het brede bereik van het beginsel van een mogelijke berechting in twee feitelijke instanties voor strafzaken’, in: R.H. Happé e.a. (red.), *Hoger beroep in de steigers*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 45-51.

63 Recent B.F. Keulen, ‘Naar een appel met appeal’, *RMThemis* 2012, p. 3-14; J. Reijntjes, ‘Consequent voortbouwend hoger beroep’, in: F.A.M.M. Koenraadt en M.W. Wolleswinkel (red.), *Homo Ludens en humaan strafrecht* (gedenkbundel P. Bal), Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011, p. 121-133.

artikel worden gecompenseerd door de inhoud van het hoger beroep (gedifferentieerd) in te perken. Het argument van de minister dat de uitleg die het EHRM geeft of kan geven aan het begrip ‘offences of a minor character’ voor Nederland beperkt kan uitpakken is weliswaar niet onjuist – voor de uitsluiting van hoger beroep bij bagateldelicten biedt het Hof inderdaad weinig ruimte – maar legt mijns inziens niet veel gewicht in de schaal.

Blijft als bezwaar over dat het recht op beroep mogelijk buiten het klassieke strafrecht geldt. Ook dit bezwaar heeft juridische grondslag: afhankelijk van de aard van de overtredding of de aard en hoogte van de sanctie kan artikel 2P7 EVRM inderdaad gelden bijvoorbeeld in het kader van het belasting- of bestuurlijk sanctierecht. De vraag is echter ook hier of dat argument zwaar weegt. Hoewel dat niet uitgebreid aan de orde kan komen, is het zeer onwaarschijnlijk dat de procesrechtelijke stelsels in die rechtsgebieden – waarin hoger beroep mogelijk is en welke zo veel mogelijk in overeenstemming zijn gebracht met het strenger geformuleerde artikel 14 lid 5 IVBPR – gelet op de grote beoordelingsruimte die artikel 2P7 EVRM biedt (grote) wijzigingen moeten ondergaan. Al met al is het standpunt van de minister uit 2009, namelijk dat de bezwaren voor ratificatie van het Zevende Protocol EVRM niet meer bestaan, goed houdbaar.<sup>64</sup> Artikel 2P7 EVRM kan de aarzeling over ratificatie mijns inziens althans niet rechtvaardigen. Dat ratificatie van het Zevende Protocol EVRM niet voortvarender ter hand wordt genomen vraagt dan ook om verklaring.

---

64 Vgl. de redactie van het NJCM-bulletin, dat zich al in 1995 uitsprak voor ratificatie, in ‘Nederland moet niet langer dralen met toetreding tot het Zevende Protocol bij het EVRM’, *NJCM-bulletin* 1995, p. 389-390.