

EHRC 2014/53

EHRC 2014/53, EHRM, 07-11-2013, 31913/07, 38357/07, 48098/07, 48777/07, 48779/07, (annotatie)

INHOUDSINDICATIE

Justitiële documentatie, Discriminatie, Privéleven, Effectieve remedie

GA DIRECT NAAR

Samenvatting
 Uitspraak
 Beslissing/besluit
 Noot

GEGEVENS

Instantie	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
Datum uitspraak	07-11-2013
Publicatie	EHRC 2014/53 (Sdu European Human Rights Cases), aflevering 3, 2014
Annotator	mr. J.M. ten Voorde
Zaaknummer	31913/07, 38357/07, 48098/07, 48777/07, 48779/07
Rechtsgebied	
Rubriek	Uitspraken EHRM
Rechters	Berro-Lefèvre (President) Steiner Hajiyev Lazarova Trajkovska Laffranque Sicilianos Mose
Partijen	E.B. e.a. tegen Oostenrijk
Regelgeving	EVRM - 8 EVRM - 13 EVRM - 14

SAMENVATTING

E.B. en vier anderen klaagden bij het Straatsburgse Hof na de weigering van verschillende Oostenrijkse autoriteiten om de veroordeling(en) voor overtreding van art. 209 van het Oostenrijkse wetboek van strafrecht uit de justitiële documentatie te verwijderen. Genoemde strafbepaling, die strafbaar stelde de man die nadat hij de leeftijd van negentien jaar had bereikt, ontuchtige handelingen pleegt met een andere man die ten tijde van deze handelingen tussen de veertien en achttien jaar oud is, was in 2002 door het Oostenrijkse constitutionele hof ongrondwettig verklaard. Klagers meenden dat met de weigering om de veroordeling(en) uit de justitiële documentatie te verwijderen art. 8 jo. 14 EVRM was geschonden. Het laten staan van de veroordelingen in de justitiële documentatie zou tot sociale stigmatisering leiden, terwijl die veroordelingen in nieuwe strafzaken als strafverzwarende omstandigheid kunnen worden meegevoerd. Daarnaast voerden ze bij het Straatsburgse Hof aan dat er geen effectieve nationale remedie bestaat tegen het feit dat de veroordelingen in de justitiële documentatie bleven staan. De procedures in Oostenrijk zouden zowel feitelijk als juridisch niet kunnen leiden tot het verwijderen van veroordelingen uit de justitiële documentatie en zijn daarom in strijd met art. 13 EVRM.

In een unanieme beslissing neemt het Hof een schending van genoemde bepalingen van het verdrag aan. Het Hof stelt dat de bescherming van persoonlijke data van fundamenteel belang is voor het genieten van het recht op privé- en familielevens. Dat is niet anders wanneer het gaat om justitiële documentatie die is gebaseerd op een openbaar uitgesproken strafrechtelijke veroordeling. Het weigeren veroordelingen uit de justitiële documentatie te verwijderen kan volgens het Hof een schending van art. 8 jo. 14 EVRM opleveren wanneer de veroordelingen zijn gebaseerd op een strafbepaling die ongrondwettig is verklaard en in strijd is met mensenrechten, in bijzonder het EVRM. In het bijzondere geval van een ongrondwettig verklaarde strafbepaling ligt het op de weg van de wetgever om, als de ongrondwettig verklaarde strafbepaling wordt geschrapt of vervangen door een andere strafbepaling (zoals in Oostenrijk het geval was), het verwijderen van veroordelingen voor overtreding van de ongrondwettig verklaarde strafbepaling mogelijk te maken. Nu de Oostenrijkse regering geen verklaring heeft gegeven waarom de veroordelingen ook na de ongrondwettigverklaring in de justitiële documentatie mochten blijven staan, was er volgens het Hof sprake van een schending van art. 8 jo. 14 EVRM.

De schending van art. 13 EVRM baseert het Hof vooral op de in de ogen van het Hof voor de onderhavige gevallen gebrekkige herzieningsprocedure in het Oostenrijkse wetboek van strafvordering. Het gegeven dat tot zes maanden na de uitspraak herziening kan worden aangevraagd in gevallen als de hier aan de orde zijnde, is volgens het Hof in die gevallen problematisch, omdat deze procedure volgens het Hof ten tijde van de berechting van klagers nog niet bestond en klagers dus geen herzieningsverzoek hadden kunnen indienen. Hoewel het Hof de bijzonderheden van de onderhavige zaak benadrukt, roept de uitspraak de vraag op wat voor procedure moet worden ingericht om het verwijderen daarvan feitelijk en juridisch mogelijk te maken, maar ook wanneer nationale autoriteiten eerdere veroordelingen uit de justitiële documentatie moeten verwijderen. Het Hof is daar minder duidelijk in dan het zelf wellicht heeft gedacht.

UITSpraak

I. Joinder of the applications

56. Given that these five applications concern similar facts and raise essentially identical issues under the Convention, the Court decides to consider them in a single judgment, cf. Rule 42 § 1 of the Rules of Court.

II. The Government's request to strike the first application off the list

57. The Government informed the Court that the first applicant, Mr E. B., had died on 14 September 2008 and asked the Court to strike the application off the list. They submitted that his application, which essentially concerned complaints under Article 14 read in conjunction with Article 8 of the Convention, related to his private life and could not be transferred to an heir.

58. On 26 April 2010 the applicant's lawyer submitted that the heir of E.B., his daughter S.B., had informed him that she wished to pursue the application before the Court, as the case also had a moral dimension and concerned important questions of general interest.

59. The Court notes that at the time of lodging his applications the first applicant was still alive. The question is therefore whether his daughter could continue proceedings before the Court which had already been instituted by the direct victim of an alleged violation of the Convention.

60. In this connection, the Court reiterates that in various cases where an applicant died in the course of the proceedings it has taken into account the statements of the applicant's heirs or of close members of his family who expressed the wish to pursue the proceedings before the Court (see *Malhous v. the Czech Republic* (dec.) [GC], no. 33071/96, ECHR 2000 XII, with further references). The Court has taken a more restrictive approach only as concerns applications introduced by close relatives of victims of an alleged violation of the Convention themselves after the death of the direct victim or where the heir did not have a sufficient link to the direct victim (see *Sanles Sanles v. Spain* (dec.), no. 48335/99, ECHR 2000 XI; *Fairfield v. the United Kingdom* (dec.), no. 24790/04, ECHR 2005 VI; and *Léger v. France* (striking out) [GC], no. 19324/02, 30 March 2009).

61. As regards the Government's argument that the first applicant's case concerned highly personal matters which did not allow for the examination to be continued on the request of a close relative, the Court reiterates that human rights cases before the Court generally also have a moral dimension, and persons close to an applicant may thus have a legitimate interest in ensuring that justice is done, even after the applicant's death. This holds true all the more if the leading issue raised by the case transcends the person and the interests of the applicant and his heirs and may affect others (see *Karner v. Austria*, no. 40016/98, § 25, ECHR 2003-IX).

62. The Court therefore considers that the conditions for striking the case off the list of pending cases, as defined in Article 37 § 1 of the Convention, have not been met and that it must accordingly continue to examine the application.

III. Alleged violation of Article 14 of the Convention read in conjunction with Article 8

63. The applicants complained that their convictions under Article 209 of the Criminal Code remained on their criminal record even though the European Court of Human Rights had found that provision to be discriminatory and the Austrian Constitutional Court had it annulled. This amounted to discrimination on the grounds of their sexual orientation, in breach of Article 14 read in conjunction with Article 8 of the Convention. Article 14 of the Convention reads as follows:

"The enjoyment of the rights and freedoms set forth in [the] Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status."

Article 8 of the Convention reads as follows:

"1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."

64. The Government contested that argument.

A. Admissibility

65. The Court notes that this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. It further notes that it is not inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

B. Merits

1. The parties' submissions

66. The applicants stressed at the outset that their complaints did not concern their original convictions under Article 209 of the Criminal Code, but the social stigma which still attached to their convictions even today. The criminal record of their convictions was accessible to law-enforcement authorities and also appeared in their character references (*Leumunds-zeugnis*). They also argued that the maintaining of the entry extended the period for which other convictions had to remain on their criminal records. Moreover, criminal courts could take such convictions as an aggravating circumstance in subsequent criminal proceedings.

67. The applicants also submitted that the Convention prohibits States from attaching further negative effects to prior human-rights violations also where those violations have not been challenged, so the fact that they had not challenged their convictions before the Court was therefore irrelevant. Sexual autonomy and prohibition of discrimination on the grounds of sexual orientation were general principles of European law, and the Government were therefore under an obligation to provide sound reasons to justify the necessity of continuing the negative consequences of their convictions under article 209 of the Criminal Code. Since they had failed to do so, there had been a breach of Article 14 read in conjunction with Article 8 of the Convention.

68. The Government argued that the applicants, in essence, were seeking redress in the present proceedings for an alleged violation of their rights which had taken place in the past, namely when they had been convicted of offences under Article 209 of the Criminal Code. However, they had failed to lodge applications with the Court in respect of those convictions and the Convention does not require member States to redress breaches of the Convention in respect of which no judgment has been given by the Court.

69. The Government further submitted that there was no indication that the applicants' right to respect for their private life had been violated in a discriminating manner. In accordance with Article 46 of the Convention, convictions under Article 209 of the Criminal Code that were the subject of proceedings before the Court may be set aside in re-opened proceedings, pursuant to Article 363a of the Code of Criminal Procedure, and subsequently deleted from the criminal record. Since the Convention did not provide for a general *res judicata* effect of judgments of the Court, the fact that the applicants' convictions, which had not been the subject of proceedings before the Court, continued to appear on their criminal records could not be in breach of the Convention.

2. The Court's assessment

70. The Court observes at the outset that the applicants did not complain about their convictions *per se*, but about the Austrian authorities' refusal to delete those convictions from the criminal record. The applicants considered that that refusal was in breach of Article 14 of the Convention, read in conjunction with Article 8 thereof.

71. As the Court has consistently held, Article 14 complements the other substantive provisions of the Convention and its Protocols. It has no independent existence since it has effect solely in relation to "the enjoyment of the rights and freedoms" safeguarded thereby. Although the application of Article 14 does not presuppose a breach of those provisions – and to this extent it is autonomous – there can be no room for its application unless the facts at issue fall within the ambit of one or more of

the latter (see, among many other authorities, *Van Raalte v. the Netherlands*, 21 February 1997, § 33, *Reports of Judgments and Decisions* 1997 I, and *Petrovic v. Austria*, 27 March 1998, § 22, *Reports* 1998 II).

72. The Court has also held that not every difference in treatment will amount to a violation of Article 14. It must be established that other persons in an analogous or relevantly similar situation enjoy preferential treatment and that this distinction is discriminatory (see *Ünal Tekeli v. Turkey*, no. 29865/96, § 49, ECHR 2004 X). However, this is not the only facet of the prohibition of discrimination under Article 14. The right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is also violated when States, without an objective and reasonable justification, fail to treat differently persons whose situations are significantly different (see *Thlimmenos v. Greece* [GC], no. 34369/97, § 44, ECHR 2000 IV).

73. A difference in treatment is discriminatory within the meaning of Article 14 if it has no objective and reasonable justification. The existence of such a justification must be assessed in relation to the principles which normally prevail in democratic societies. A difference in treatment in the exercise of a right laid down by the Convention must not only pursue a legitimate aim: Article 14 is likewise violated when it is clearly established that there is no "reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised" (see, for example, *Burden v. the United Kingdom* [GC], no. 13378/05, § 60, ECHR 2008; *Petrovic*, cited above, § 30, and *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, 8 July 1986, § 177, Series A no. 102).

74. The Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a difference in treatment (see *Gaygusuz v. Austria*, 16 September 1996, § 42, *Reports* 1996 IV). The scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject matter and its background (see *Rasmussen v. Denmark*, 28 November 1984, § 40, Series A no. 87, and *Inze v. Austria*, 28 October 1987, § 41, Series A no. 126), but the final decision as to observance of the Convention's requirements rests with the Court. Since the Convention is, first and foremost, a system for the protection of human rights, the Court must have regard to the changing conditions in Contracting States and respond, for example, to any emerging consensus as to the standards to be achieved (see *Ünal Tekeli*, cited above, § 54, and, *mutatis mutandis*, *Stafford v. the United Kingdom* [GC], no. 46295/99, § 68, ECHR 2002 IV).

75. As regards the applicability to the present case of Article 14 of the Convention read in conjunction with Article 8 thereof, the Court reiterates that the storing by a public authority of information relating to an individual's private life amounts to an interference within the meaning of Article 8, and that the protection of personal data is of fundamental importance to a person's enjoyment of his or her right to respect for private and family life, as guaranteed by Article 8 of the Convention (see *Gardel v. France*, no. 16428/05, §§ 58 and 62, ECHR 2009). Having regard to the sensitive nature of information contained in a criminal record and the impact it may have on the individual concerned, given that it is available to public authorities and could also be disclosed in a person's criminal record certificate, such information is closely linked to a person's private life, even though it has been based on a judgment by a court that was delivered in public.

76. The Court therefore concludes that Article 14 of the Convention read in conjunction with Article 8 thereof is applicable in the present case. The next question to be addressed is whether Article 14 of the Convention has been complied with.

77. In this connection, the Court observes that between 1983 and 2001 all the applicants were convicted of one or more offences under Article 209 of the Criminal Code, which punished homosexual relations between adults and consenting male persons within the age bracket of 14 to 18. On 21 June 2002 following a request by the Innsbruck Regional Court for a constitutional review, the Constitutional Court ruled that Article 209 of the Criminal Code was unconstitutional as being arbitrary (see "Relevant Domestic Law and Background" above). Moreover, in a series of cases against Austria, the Court has found that Article 209 of the Criminal Code, which only punished sexual relations between male adults and male persons between the ages of 14 and 18 years, and not lesbian sexual relations, was discriminatory and in violation of Article 14 taken in conjunction with Article 8 of the Convention (see *L. and V. v. Austria*, nos. 39392/98 and 39829/98, ECHR 2003 I; *Woditschka and Wilfling v. Austria*, nos. 69756/01 and 6306/02, 21 October 2004; *Landner v. Austria*, no. 18297/03, 3 February 2005; *H.G. and G.B. v. Austria*, nos. 11084/02 and 15306/02, 2 June 2005; *C Wolfmeyer v. Austria*, no. 5263/03, 26 May 2005; and *R.H. v. Austria*, no. 7336/03, 19 January 2006). Since the Constitutional Court's decision of 21 June 2002, Article 209 of the Criminal Code has no longer been in force. On 10 July 2002, following the Constitutional Court's judgment, Parliament replaced Article 209 by Article 207b, which contained a prohibition of sexual relations with persons under 16 years of age under specific conditions and was formulated in a gender-neutral way.

78. The Court therefore will have to examine whether the failure to treat the applicants differently from other persons also convicted of a criminal offence, but where the offence in question had not been quashed by the Constitutional Court or otherwise abolished, pursued a legitimate aim and, if so, whether there was a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised (see *Inze*, cited above, *ibid.*).

79. The Court considers that it is within the normal course of events that provisions of the Criminal Code are amended or repealed in order to adapt this part of the legal order to changing circumstances within society. The mere fact that a criminal conviction that occurred in the past was based on a legal provision which has lost its force of law will normally have no bearing on the conviction's remaining on the person's criminal record, as it concerns essentially a fact from the past. Abolishing an offence or substantially modifying its essential elements does not mean that the provision, at the time it was in force and applied, did not meet all the requirements under constitutional law.

80. The situation is different, however, as regards convictions under Article 209 of the Criminal Code. Parliament repealed and replaced Article 209 by a substantially different provision because the Constitutional Court had found that it was not objectively justified and therefore unconstitutional, and the Court had found that convictions under that provision violated Article 14 of the Convention read in conjunction with Article 8. Thus Article 207b of the Criminal Code, which replaced Article 209 was introduced not as part of a general process to adapt the Criminal Code to respond to the needs of a changing society, but to eliminate a provision that was in contradiction to the Federal Constitution.

81. The Court therefore considers that this particular feature of the present case requires a different response by the legislator. Since keeping an Article 209 conviction on someone's criminal record may have particularly serious consequences for the person concerned, the legislator, when amending the relevant legal provision in order to bring it into conformity with modern standards of equality between men and women, should have provided for appropriate measures, such as introducing exceptions to the general rule (see *Thlimmenos*, cited above, § 48).

82. The Government, however, have not provided any explanation as to the purpose of leaving unamended the provision on maintaining convictions on the criminal record.

83. The Court concludes, therefore, that there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

IV. Alleged violation of Article 13 of the Convention

84. The applicants complained that they had no effective remedy at their disposal in respect of the refusal to delete their convictions under Article 209 of the Criminal Code from their criminal records. They relied on Article 13 of the Convention, which reads as follows:

"Everyone whose rights and freedoms as set forth in [the] Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity."

85. The Government contested the applicants' argument.

A. Admissibility

86. The Court notes that this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. It further notes that it is not inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

B. Merits

87. The applicants maintained that they did not have an effective remedy at their disposal to complain that their conviction under Article 209 of the Criminal Code had been kept on the criminal record. As regards the possibility of requesting a renewal of the criminal proceedings relied on by the Government, the applicants submitted that that remedy had not been created until 2007, by which time the six-month time-limit for requesting a retrial had already expired. Moreover, that remedy could be used only in the event that the Supreme Court had not decided on the same case in the past, which was the case for some of the applicants. For this reason, the Supreme Court did not and could not decide on the merits of their requests. The other remedy they had tried, a request to have their criminal record amended, was also dismissed by the authorities because, in the view of the Constitutional Court, a decision of the Federal Minister for the Interior on a request to amend the criminal record without an underlying decision by an ordinary court was in violation of the constitutional principle of separation of powers. Lastly, they emphasised that the principal issue in the proceedings instituted by them was the maintaining of their convictions under Article 209 of the Criminal Code on their criminal record, and not the convictions themselves, which had occurred between 1982 and 2001. Thus remedies which might have been available at that time against the convictions themselves were of no relevance for the violations suffered today.

88. The Government submitted that the applicants had had appropriate remedies at their disposal and had made use of them. An appeal to the Federal Minister of the Interior regarding an incorrect entry in the criminal record could lead to an amendment of the criminal record and was therefore an effective remedy in principle. Moreover, the applicants, who had failed to lodge applications with the Court concerning the criminal proceedings in respect of which modification of the criminal record had been sought – some of them had not even appealed against the first-instance conviction – had also had the opportunity of requesting a renewal of the criminal proceedings under Article 363a of the Code of Criminal Proceedings. In the event that such a request had been successful, it would have had repercussions on the entries in their criminal records. As regards the latter remedy, it should be noted that this provision was, according to the wording of Article 363a, possible only in respect of violations of the Convention found by a judgment of the Court. The Supreme Court, however, considered it its duty, under Article 46 of the Convention, to guarantee compliance with the constitutional and international obligations flowing from the Convention in the field of criminal jurisdiction by extending the scope of application of Article 343a of the CCP to cases where no judgment against Austria had been issued. In so doing, the Supreme Court found that it would be in accordance with the spirit of Article 35 of the Convention if its review of domestic decisions were limited in time, and therefore adopted the six-month time-limit stipulated in Article 35 of the Convention. Since the applicants had not applied to the Supreme Court for a renewal of the criminal proceedings within that time-limit, their requests were inadmissible. It was therefore exclusively due to circumstances attributable to the applicants that that remedy had been unsuccessful.

89. The Court reiterates that Article 13 of the Convention guarantees the availability at national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they may happen to be secured in the domestic legal order. The effect of Article 13 is thus to require the provision of a domestic remedy to deal with the substance of an “arguable complaint” under the Convention and to grant appropriate relief (see, among many other authorities, *Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, § 157, ECHR 2000-XI). The scope of the Contracting States’ obligations under Article 13 varies depending on the nature of the applicant’s complaint; however, the remedy required by Article 13 must be “effective” in practice as well as in law (see *M.S.S. v. Belgium and Greece* [GC], no. 30696/09, § 288, ECHR 2011, and *I.M. v. France*, no. 9152/09, § 128, 2 February 2012).

90. The Court has further specified that the “effectiveness” of a remedy within the meaning of Article 13 does not depend on the certainty of a favourable outcome for the applicant. However, Article 13 requires the provision of a domestic remedy allowing the competent national authority both to deal with the substance of the relevant Convention complaint and to grant appropriate relief, although Contracting States are afforded some discretion as to the manner in which they conform to their obligations under this provision (see *Jabari v. Turkey*, no. 40035/98, § 48, ECHR 2000 VIII).

91. In the present case, the applicants have made use of two remedies: on the one hand, proceedings for having their convictions under Article 209 of the Criminal Code removed from their criminal record; and, on the other hand, requesting the renewal of the criminal proceedings which had been the object of the corresponding entries in their criminal records. In the Government’s view, both procedures, even though they were unsuccessful, constituted effective remedies, whereas in the applicants’ view they did not.

92. As regards the first remedy, the Court observes that the Federal Minister of the Interior dismissed the requests and the Constitutional Court, in its respective decision, held that administrative authorities were only entitled to execute the orders of the criminal courts concerning the recording of convictions, but that they had no competence to review on their own initiative whether the respective order was lawful on its merits or had become unlawful. Thus, an entry in the criminal record which corresponded to a judgment by a criminal court could not be eliminated in that way. As regards the second remedy, the Supreme Court rejected all the applicant’s requests for the renewal of the criminal proceedings that had led to their convictions under Article 209 of the Criminal Code because they were introduced more than six months after the final judgment had been given in their cases, a time-limit which the Supreme Court applied *per analogiam*, referring to Article 35 of the Convention. The Court notes, however, that at the time of the applicants’ convictions, Article 363a of the Code of Criminal Procedure was not yet in force. Thus it cannot be seen how the applicants could have complied with that time-limit.

93. The Court therefore concludes that in the particular circumstances of the case the applicants did not have available to them a remedy satisfying the requirements of Article 13 of the Convention. It follows that there has been a breach of this provision.

V. Application of Article 41 of the Convention

94. Article 41 of the Convention provides:

“If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.”

A. Damage

95. The first, third and fourth applicants claimed 50,000 euros (EUR) and the second applicant claimed EUR 100,000 in respect of non-pecuniary damage.

96. In the Government’s view those amounts were excessive. They pointed out that they were far above the amounts granted in cases in which the Court had found a breach of Article 14 of the Convention read in conjunction with Article 8 in respect of the criminal convictions themselves.

97. The Court considers that the applicants must have suffered non pecuniary damage that cannot be sufficiently compensated for by the mere finding of a violation of Article 14 taken together with Article 8. Making its assessment on an equitable basis, it awards each applicant EUR 5,000 in respect of non-pecuniary damage, plus any tax that may be chargeable.

B. Costs and expenses

98. The applicants also claimed the reimbursement of costs and expenses incurred before the domestic courts and authorities and those incurred before the Court. The first applicant claimed EUR 38,410.38 under this head. His claim comprised EUR 16,911.18 for his defence in the criminal proceedings in 1982, 1999 and 2001, EUR 8,326.08 for the proceedings in respect of the rectification of his criminal record and the proceedings for the renewal of the criminal proceedings, and EUR 13,173.12 for the proceedings before the Court. The second applicant claimed EUR 13,805.37 for the costs of the domestic proceedings and the proceedings before the Court in respect of application no. 38357/07 and EUR 17,731.89 in respect of application no. 48098/07. Those amounts comprised EUR 5,197.41 and EUR 5,197.41 for the criminal record rectification proceedings and the renewal proceedings, and EUR 8,607.96 and EUR 12,534.48 for the proceedings before the Court. The third applicant claimed EUR 22,040.40, of which EUR 9,119.70 was for the criminal record rectification proceedings and the renewal proceedings, and EUR 12,920.70 for the proceedings before the Court. The fourth applicant claimed EUR 23,315.52, of which EUR 10,394.82 was for the criminal record rectification proceedings and the renewal proceedings, and EUR 12,920.70 was for the proceedings before the Court. All the sums included value-added tax (VAT).

99. The Government submitted that the expenses for the domestic proceedings were only partly justified and that, in any event, the amounts claimed were excessive. The costs and expenses claimed for the Convention proceedings were also excessive. In this connection, they pointed out that all the applicants had been represented by the same lawyer and that his submissions had been broadly identical and to a large extent a repetition of the submissions before the domestic authorities and courts.

100. According to the Court's case-law, an applicant is entitled to the reimbursement of costs and expenses only in so far as it has been shown that these have been actually and necessarily incurred and are reasonable as to quantum.

101. In respect of the first applicant's claim concerning the costs of his defence in the criminal proceedings in 1982, 1999 and 2001, the Court observes that his present application only concerned his attempts to have his criminal record modified, but did not concern the underlying criminal proceedings themselves. Therefore no award can be made in this respect.

102. As regards the applicants' claims for costs incurred in the domestic proceedings in respect of the deletion of their convictions under Article 209 of the Criminal Code from their criminal records and for the renewal of the underlying criminal proceedings, the Court considers their claims excessive, particularly given their broadly similar submissions in the proceedings at issue. Making an assessment on an equitable basis, the Court awards the first and second applicants EUR 6,000 each and the third and fourth applicants EUR 4,000 each under this head, plus any taxes that may be chargeable to the applicants on these amounts.

103. As regards the applicants' claims for reimbursement of costs incurred in the proceedings before the Court, the Court also considers these claims excessive. In this connection, it notes that the applicants were all represented by the same lawyer whose submissions were to a large extent identical in the present applications. Making an assessment on an equitable basis, the Court awards the first, third and fourth applicants EUR 5,000 each under this head and the second applicant EUR 10,000, plus any taxes that may be chargeable to the applicants on these amounts.

C. Default interest

104. The Court considers it appropriate that the default interest rate should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

For these reasons, the Court unanimously

1. *Decides* to join the proceedings in the applications;
2. *Declares* the applications admissible;
3. *Holds* that there has been a violation of Article 14 of the Convention read in conjunction with Article 8 of the Convention;
4. *Holds* that there has been a violation of Article 13 of the Convention;
5. *Holds*
 - (a) that the respondent State is to pay the applicants, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the following amounts:
 - (i) the first applicant EUR 5,000 (five thousand euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage and EUR 11,000 (eleven thousand euros), plus any tax that may be chargeable to the applicant, in respect of costs and expenses;
 - (ii) the second applicant EUR 5,000 (five thousand euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage and EUR 16,000 (sixteen thousand euros), plus any tax that may be chargeable to the applicant, in respect of costs and expenses;
 - (iii) the third applicant EUR 5,000 (five thousand euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage and EUR 9,000 (nine thousand euros), plus any tax that may be chargeable to the applicant, in respect of costs and expenses;
 - (iv) the fourth applicant EUR 5,000 (five thousand euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage and EUR 9,000 (nine thousand euros), plus any tax that may be chargeable to the applicant, in respect of costs and expenses;
 - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
6. *Dismisses* the remainder of the applicants' claim for just satisfaction.

NOOT

1. Deze uitspraak betreft vier zaken, waarin de klacht telkens betrekking heeft op de weigering van de Oostenrijkse autoriteiten om één of meerdere strafrechtelijke veroordelingen uit de justitiële documentatie (in de volksmond beter, zij het foutief, bekend als het strafblad) te verwijderen, omdat de strafbepaling waarop de veroordeling is gebaseerd, is afgeschaft. Klagers waren tussen 1982 en 2000 elk één of meerdere keren veroordeeld voor overtreding van art. 209 van het Oostenrijkse wetboek van strafrecht (öStGB), dat strafbaar stelde de man die, nadat hij de leeftijd van negentien jaar had bereikt, ontuchtige handelingen pleegt met een andere man die ten tijde van deze handelingen tussen de veertien en achttien jaar oud is. De sancties in deze zaken varieerden tussen de zeven maanden en een jaar gevangenisstraf. Eén van de klagers was tevens veroordeeld tot detentie in een beveiligde psychiatrische inrichting. In alle gevallen werd de veroordeling opgenomen in de justitiële documentatie.

Op 21 juni 2002 oordeelde het Oostenrijkse constitutionele hof (Verfassungsgerichtshof) dat art. 209 öStGB ongrondwettig is (de zaak leidde overigens tot *Wolfmeyer t. Oostenrijk*, EHRM 26 mei 2005, nr. 5263/03, «EHC» 2005/71 m.nt. Van der Velde). Die ongrondwettigheid volgt uit de omstandigheid dat de bepaling een onderscheid in leeftijd maakt, die niet te volgen is. Strafbaar is niet hij die tussen veertien en achttien jaar oud is en homoseksueel verkeer heeft met iemand die eveneens tussen veertien en achttien jaar oud is, terwijl hij die negentien jaar oud is dan wel strafbaar wordt als hij homoseksueel verkeer heeft met iemand tussen veertien en achttien jaar oud, terwijl strafeloosheid weer volgt als beide mannen negentien jaar of ouder zijn. Hoewel het Verfassungsgerichtshof de wetgever de nodige speelruimte geeft bij het opstellen van maatregelen ter bescherming van jeugdigen, is door genoemde omstandigheid art. 209 öStGB ongrondwettig (uitspraak van 21 juni 2002, G 6/02). Let op dat niet het onderscheid tussen homo- en heteroseksualiteit en tussen homoseksuelen en lesbiennes, maar het onderscheid in leeftijd tot ongrondwettigheid van deze strafbepaling leidde.

Als gevolg van deze uitspraak werd art. 209 öStGB geschrapt. In de discussie die naar aanleiding van het voorstel om deze bepaling te schrappen in het parlement werd gevoerd, werd benadrukt dat de beslissing van het hof niet als een verrassing kwam, al was het maar omdat de bepaling in het parlement al jaren ter discussie stond, terwijl tevens werd opgemerkt dat het Verfassungsgerichtshof geen moeite had met het achterliggende doel van art. 209 öStGB, namelijk de bescherming van jeugdigen tegen ontuchtige handelingen van meerderjarigen. Dat maakt niet alle veroordelingen wegens overtreding van art. 209 öStGB zonder meer problematisch. Vooral wanneer het leeftijdsverschil tussen dader en slachtoffer fors is, vonden parlementsleden een veroordeling ook achteraf niet of nauwelijks een probleem. Dat lijkt er mee verband te houden dat het beschermingsdoel van art. 209 öStGB op zichzelf niet ongrondwettig werd geacht (Stenografisch verslag van de 110e zitting van de Nationalrat van 10 juli 2002, p. 228-271).

Naar aanleiding van het schrappen van art. 209 öStGB dienden de klagers, ieder afzonderlijk, een verzoek in bij de Oostenrijkse federale minister van Binnenlandse Zaken om de veroordelingen voor overtreding van art. 209 öStGB uit de justitiële documentatie te verwijderen. Een verzoek tot correctie van de justitiële documentatie is mogelijk op grond van sectie 8 van het Strafregistergesetz. In alle gevallen wees de minister het verzoek echter af. Hoewel de redenen niet in de uitspraak van het Mensenrechtenhof zijn terug te vinden (zie pars. 1, 5, 13, 21 en 29), zou een verklaring kunnen zijn dat het Strafregistergesetz slechts correctie van kennelijke schrijffouten mogelijk maakt. Ook het feit dat in de wet waarin art. 209 öStGB werd geschrapt geen bepaling is opgenomen die een verwijdering van reeds in kracht van gewijsde gegane veroordelingen uit de justitiële documentatie mogelijk maakt, kan een verklaring zijn voor de weigering van de minister. In alle gevallen wendden de

klagers zich, opnieuw afzonderlijk, tot het Verfassungsgerichtshof en de bestuursrechter (het Verwaltungsgerichtshof). Het Verfassungsgerichtshof wees de klachten telkens af, omdat de autoriteiten die belast zijn met de registratie van veroordelingen door strafrechten geen competentie hebben op eigen initiatief de registratie te herzien. Een dergelijke bevoegdheid zou een schending van het principe van de scheiding der machten opleveren (pars. 1, 7, 15, 23, 31). Onder verwijzing naar deze uitspraak van het Verfassungsgerichtshof, wees ook het Verwaltungsgerichtshof de klachten telkens af (pars. 1, 8, 16, 24, 32). Een door de klagers ieder afzonderlijk ingesteld verzoek tot herziening van de strafzaak op grond van art. 363a van het Oostenrijkse wetboek van strafvordering (öStPO) werd door het Oberste Gerichtshof afgewezen. Volgens dat hof kon een dergelijk verzoek alleen in behandeling worden genomen indien dat binnen zes maanden nadat de veroordeling onherroepelijk is geworden was ingesteld en er geen andere rechtsingang meer openstond. Nu klagers de termijn hadden overschreden, en in sommige gevallen het hof al eerder over de zaak had beslist, werd het verzoek tot herziening niet-ontvankelijk verklaard (pars. 2, 10, 18, 26, 34).

2. Na de beslissing van het OGH wendden klagers zich tot het Straatsburgse Hof. Hoewel E.B. intussen is overleden, wordt ook zijn klacht in behandeling genomen, omdat de zaak volgens het EHRM een moreel karakter heeft en anderen dan klager een legitiem belang hebben dat recht wordt gedaan, in het bijzonder nu de belangen die op het spel staan zaakverstijgend zijn (par. 44-49). De klachten hebben betrekking op art. 13 EVRM en art. 14 in combinatie met art. 8 EVRM. In een unanieme beslissing worden beide klachten door het Hof gegrond verklaard. Hoewel de uitspraak in een andere volgorde is gewezen, bespreek ik eerst de klacht betreffende art. 13 EVRM en daarna de klacht betreffende art. 8 jo. 14 EVRM, omdat juist 's Hofs beslissing op die klacht vragen oproept.

3. Het Hof verklaart de klacht met betrekking tot art. 13 EVRM gegrond. Weliswaar bestaan er twee procedures op basis waarvan een veroordeling uit de justitiële documentatie kan worden geschrapt, een administratieve via de federale minister van Binnenlandse Zaken en een strafrechtelijke (herziening) via het Oberste Gerichtshof, maar beide procedures voldeden in het onderhavige geval niet aan de eis van juridische en praktische effectiviteit. De eerste procedure was vooral juridisch niet effectief, omdat de scheiding der machten het de uitvoerende macht niet toelaat een beslissing van de rechtsprekende macht te wijzigen. Het Hof gaat niet in op dit argument, waardoor onduidelijk is wat het Hof hiervan vindt (par. 79).

Wat betreft de tweede procedure, moet het volgende worden vooropgesteld. Art. 363a öStPO maakt herziening mogelijk van een strafzaak als gevolg van een schending van het EVRM of één der door Oostenrijk bekrachtigde protocollen bij het EVRM in een Oostenrijkse strafzaak. Die schending kan zijn vastgesteld door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, zoals uit de wettekst blijkt, maar volgens het Oberste Gerichtshof (OGH) *per analogiam* ook door een Oostenrijkse strafrechter (OGH 1 augustus 2007, 13 Os 135/06; E. Rieder, Die Erneuerung des Strafverfahrens ohne vorheriges Erkenntnis des EGMR, *Juristische Blätter* 2008, p. 23-34; H.H. Kühne, *Strafprozessrecht*, Heidelberg: C.F. Müller 2010, p. 740). Art. 363a öStPO is in werking getreden op 1 maart 1997 (Bundesgesetzblatt nr. 762/1996). Dat betekent dat, in theorie, drie klagers een verzoek tot herziening van hun strafzaak hadden kunnen indienen (enkele zaken werden na 1997 gevoerd, zie pars. 1, 20 en 28). In theorie, omdat, ten eerste, art. 209 öStGB in 2002 werd afgeschaft, zodat kan worden aangenomen dat pas vanaf dat moment een verzoek tot herziening door het Oberste Gerichtshof onvankelijk zou zijn verklaard. In theorie, ten tweede, omdat het Oberste Gerichtshof eerst in 2007 de mogelijkheid van herziening uitbreidde naar door Oostenrijkse strafrechtshof vastgestelde schendingen van het EVRM. Nu in geen van de zaken tegen klagers een schending door het EHRM was vastgesteld, kon tot 2007 van herziening geen sprake zijn. Toen het Oberste Gerichtshof in 2007 bepaalde dat herziening ook mogelijk is als een schending van mensenrechten door een Oostenrijkse strafrechter is vastgesteld, bepaalde het tevens dat, nu in art. 363a öStPO noch in de daarmee samenhangende art. 363b en 363c öStPO een termijn is gesteld voor het instellen van een verzoek tot herziening, de art. 34 en 35 van het EVRM *per analogiam* van toepassing zijn. Dat betekende onder andere dat binnen zes maanden na onherroepelijke veroordeling een verzoek tot herziening moest zijn ingediend. Daarvoor was het in 2007 in alle gevallen echter al veel te laat. De laatste zaak speelde zes jaar eerder.

Het Mensenrechtenhof doet dit punt vrij makkelijk af door te stellen dat de herzieningsprocedure nog niet in werking was getreden ten tijde van de berechting van de klager. Dat is dus niet helemaal juist, tenzij het Hof bedoelt te zeggen dat de herzieningsprocedure oorspronkelijk slechts was bedoeld voor gevallen waarin door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens een schending van het EVRM was vastgesteld, wat het Oberste Gerichtshof pas in 2007 uitbreidde naar door Oostenrijkse strafrechtshof vastgestelde schendingen van het verdrag. Juist omdat het Hof zo nadrukkelijk verwijst naar de omstandigheden van deze zaak (par. 80), kan op dit punt weinig uit deze uitspraak worden afgeleid. Anders zou de vraag kunnen worden opgeworpen of naar aanleiding van deze uitspraak verdragsstaten verplicht kunnen worden een herzieningsprocedure in te richten voor gevallen waarin door nationale gerechten mensenrechtenschendingen zijn geconstateerd. Als dat het geval zou zijn, dan zou dat voor Nederland betekenen dat de herzieningsprocedure moet worden aangepast, omdat herziening na mensenrechtenschendingen op dit moment slechts mogelijk is wanneer die schending door het EHRM is vastgesteld (art. 457 lid 1 sub b Sv). Juist omdat het Hof zo sterk de omstandigheden van het onderhavige geval benadrukt, denk ik voorsnog niet dat Nederland de huidige herzieningsprocedure moet aanpassen.

Het valt overigens op dat het Straatsburgse Hof zich niet heeft uitgelaten over de keuze van het Oberste Gerichtshof om art. 34 en 35 EVRM van overeenkomstige toepassing te verklaren. Een gevolg van deze keuze is dat het Oberste Gerichtshof een verzoek tot herziening kan afwijzen als geen nieuwe feiten aan het licht zijn gekomen (conform art. 35 lid 2, aanhef en onder b EVRM). Die keuze kan op zich wel worden gerechtvaardigd gelet op de discretionaire ruimte die verdragsstaten hebben om te voldoen aan art. 13 EVRM (par. 77). Het feit echter dat het OGH het schrappen van een strafbepaling, die in strijd werd geacht met de grondwet, kennelijk niet als een nieuw feit beschouwt (par. 2; vgl. OGH 23 oktober 2007, *Juristische Blätter* 2008, p. 127-129), is opvallend. Het gevolg is dat een schending van het EVRM in een bepaalde strafzaak in Oostenrijk slechts dan tot herziening kan leiden, wanneer het Oberste Gerichtshof zich niet eerder over die specifieke strafzaak heeft uitgelaten. Dat beperkt de mogelijkheid tot herziening in zaken waarvan, gelet op de mensenrechtelijke aspecten die aan de orde zijn, kan worden verwacht dat zij geregeld tot in hoogste instantie worden behandeld. Het EHRM heeft zich over deze beperking niet uitgelaten, waardoor onzeker is of deze toelaatbaar is. Op dit moment valt dat zeker niet uit te sluiten.

Concluderend kan worden gesteld dat de onderhavige uitspraak erop lijkt te wijzen dat een administratieve procedure waarin kan worden verzocht veroordelingen uit de justitiële documentatie te laten verwijderen, minder voor de hand ligt. Hoewel onduidelijk is wat het Hof vindt van het argument dat de scheiding der machten zich verzet tegen het verwijderen van veroordelingen uit de justitiële documentatie door een bestuursorgaan, lijkt het erop dat het Hof het niet de aangewezen weg vindt om een bestuursorgaan de bevoegdheid te geven veroordelingen uit de justitiële documentatie te verwijderen, zeker niet, zo voeg ik eraan toe, als de veroordelende rechter zich daarover niet mag uitlaten, zoals in gratieprocedures. Op basis van de onderhavige uitspraak is het voor de hand liggender een gerechtelijke procedure in te richten waarin het schrappen van veroordelingen uit de justitiële documentatie niet alleen juridisch maar ook feitelijk mogelijk wordt gemaakt. Of een dergelijke procedure straf-, civiel- of bestuursrechtelijk van aard moet zijn, is aan de verdragsstaten (par. 76-77). Naar mijn mening had het op de weg van het Hof gelegen wat meer inzicht te geven in de eisen waaraan een dergelijke procedure moet voldoen, met name voor wat betreft de gevallen waarin een verzoek tot verwijdering van een veroordeling uit de justitiële documentatie moet worden beoordeeld. Een al te strikte termijn is blijkbaar niet toegestaan, maar andere beperkingen lijken op basis van de onderhavige uitspraak nauwelijks een probleem op te leveren.

4. Dan de klacht met betrekking tot art. 14 in combinatie met art. 8 EVRM. Het Hof herhaalt allereerst zijn vaste rechtspraak over art. 14 EVRM (par. 58-61). Tevens stelt het dat informatie die een overheid over een persoon verzamelt onder het bereik van art. 8 EVRM valt en dat de bescherming van die informatie van fundamenteel belang is voor het respect van het privé- of familieleven. Gelet op de gevoeligheid van justitiële documentatie en de impact die deze informatie kan hebben op het individu waarop zij betrekking heeft, terwijl zij (op schrift) beschikbaar is voor publieke autoriteiten, maakt dat dergelijke informatie nauw verbonden is met het privéleven, ook al is zij gebaseerd op een openbare veroordeling (par. 62). Op basis hiervan concludeert het Hof dat art. 14 jo. 8 EVRM van toepassing is (par. 63).

Vervolgens is de vraag of aan art. 14 EVRM is voldaan. Daarbij wijst het Hof erop dat art. 209 öStGB in 2002 ongrondwettig is verklaard en vervolgens is geschrapt. Van groter belang is dat Oostenrijk door het Hof meerdere keren is veroordeeld voor schending van art. 8 jo. 14 EVRM, omdat art. 209 öStGB ongerechtvaardigd onderscheid maakte tussen seksuele relaties tussen mannen en andere seksuele relaties (tussen man en vrouw en tussen vrouwen). (Merk op dat het Hof deze bepaling om een andere reden problematisch acht dan het Verfassungsgerichtshof.) Oostenrijk was op het moment dat klagers een verzoek deden tot het verwijderen van hun veroordelingen uit de justitiële documentatie op de hoogte van het feit dat een grondslag voor deze bepaling (bescherming van jonge mannen tegen rekrutering door homoseksuele volwassen mannen) achterhaald was. Het Hof had zich voor 2007 al meermaals over deze bepaling uitgelaten (zie bijv. *S.L. t. Oostenrijk*, EHRM 9 januari 2003, nr. 45330/99, par. 41-44); *L. en V. t. Oostenrijk*, EHRM 9 januari 2003, nrs. 39392/98 en 39829/98, «EHC» 2003/18 m.nt. Van der Velde, par. 49-52) en bepaald dat, ook al is art. 209 öStGB geschrapt, dat de status van klager als slachtoffer in de zin van art. 34 EVRM niet wegneemt. Dat zou alleen het geval zijn wanneer "the national authorities have acknowledged, either expressively or in substance, and then afforded redress for, the breach of the Convention". Volgens het Hof is daarvan niet zonder

meer sprake als de "convictions remain unaffected by the change in the law" (*L. en V. t. Oostenrijk*, reeds aangehaald, par. 43). Dat had als een vingerwijzing kunnen worden gezien richting de Oostenrijkse autoriteiten om na te denken wat te doen met eerdere veroordelingen.

Uit andere rechtspraak van het Hof blijkt dat de Oostenrijkse autoriteiten vrij weinig deden met zaken die vlak voordat het Verfassungsgerichtshof art. 209 öStGB ongrondwettig verklaarde tot een veroordeling hadden geleid. Zo bleven sommige veroordeelden nog enige tijd na de uitspraak van dat Verfassungsgerichtshof op grond van deze bepaling gedetineerd (*Woditschka en Wilfling*, *Oostenrijk*, EHRM 21 oktober 2004, nrs. 69756/01 en 6306/02, par. 6, 9), terwijl de Oostenrijkse autoriteiten er blijkbaar geen moeite mee hadden om de detentie op grond van art. 209 öStGB zonder rechterlijke beslissing om te zetten in detentie op grond van het deze bepaling vervangende art. 207b öStGB (*Ladner*, *Oostenrijk*, EHRM 3 februari 2005, nr. 18297/03, par. 12).

5. Het Hof wijst er met betrekking tot de onderhavige feiten op dat het volstrekt normaal is dat in de loop der tijd bepalingen in een wetboek van strafrecht worden aangepast of ingetrokken, teneinde het wetboek bij de tijd te houden. Een veroordeling schrappen uit de justitiële documentatie om het enkele feit dat de strafbepaling uit het wetboek is gehaald, is volgens het Hof dan ook geen regel die volgt uit het EVRM. Dat een strafbepaling is aangepast of ingetrokken betekent niet dat die bepaling daarvoor in strijd was met het constitutionele recht (par. 66). Dat is anders wanneer een bepaling, zoals art. 209 öStGB, is geschrapt en vervangen door een andere bepaling, omdat zij ongrondwettig is verklaard door een constitutioneel hof, maar ook omdat het Straatsburgse Hof bij herhaling heeft bepaald dat deze bepaling strijdig is met art. 8 jo. 14 EVRM. Deze situatie is een andere dan de hiervoor weergegeven gevallen. Het vervangen van de ene bepaling door een andere uit oogpunt van veranderende opvattingen in de samenleving is iets anders, aldus het Hof, dan het vervangen van de ene (art. 209 öStGB) door de andere bepaling (art. 207b öStGB) vanwege de geconstateerde ongrondwettigheid van de eerste bepaling (par. 67). Juist deze bijzondere omstandigheid vereist een andere reactie van de wetgever, namelijk het nemen van maatregelen die ertoe leiden dat, ook al is dat in andere gevallen niet mogelijk en niet noodzakelijk, een veroordeling voor een ongrondwettige bepaling uit de justitiële documentatie wordt geschrapt (par. 68). Ik wijs erop dat het Hof spreekt van de wetgever ("legislator"), niet van de nationale autoriteiten, zodat aangenomen mag worden dat het niet op de weg van de nationale rechter ligt om, wanneer die een bepaling ongrondwettig verklaart, ook te bepalen wat moet gebeuren met onherroepelijke veroordelingen voor overtreding van deze bepaling.

6. Gezegd moet worden dat het Hof deze uitspraak nadrukkelijk toespitst op de bijzonderheden van dit geval waardoor een extensieve uitleg van deze uitspraak niet vanzelfsprekend is. Dat het Hof de bijzonderheden van het geval zo benadrukt, kan volgens mij mede worden verklaard door de eerdere uitspraken over deze bepaling en de opmerkingen die het Hof daarin heeft gemaakt over het slachtofferschap op grond van art. 34 EVRM. Oostenrijk heeft zich na het schrappen van art. 209 öStGB in de ogen van het Hof kennelijk niet van zijn beste kant laten zien door zo zuinig om te gaan met de mannen die voor dit feit één of meerdere keren waren veroordeeld. Die zuinigheid laat zich volgens mij verklaren doordat het, in ieder geval in de zaken die voor het Straatsburgse Hof zijn gekomen, telkens ging om mannen die ten tijde van de berechting niet net negentien jaar oud waren geworden, maar telkens veel ouder waren (zie par. 1 (35 jaar ten tijde van de eerste berechting), *L. en V. t. Oostenrijk*, reeds aangehaald (beiden 29 jaar ten tijde van de eerste berechting) en *Ladner*, *Oostenrijk*, reeds aangehaald (37 jaar ten tijde van de eerste berechting)). Dat plaatst de reactie van de Oostenrijkse autoriteiten, ook gelet op de overwegingen van het Verfassungsgerichtshof met betrekking tot de bescherming van jeugdigen, mijns inziens in een wat ander daglicht.

Het gaat in het merendeel van de gevallen om gedragingen die ook naar Nederlands recht niet zonder meer aanvaardbaar zijn (vgl. art. 245 Sr) en die, in het geval zij als verkrachting zouden kunnen worden gekwalificeerd, zelfs op grond van art. 3 EVRM een positieve verplichting opleveren om daartegen met behulp van het strafrecht op te treden (*M.C. t. Bulgarije*, EHRM 4 december 2003, nr. 39272/98, «EHRC» 2004/6 m.nt. Mols). Juist het feit dat het EHRM een andere invalshoek heeft gekozen (niet het geringe leeftijdsverschil, maar het feit dat de bepaling een ongerechtvaardigd onderscheid maakte tussen mannen en vrouwen, betekende dat art. 209 öStGB niet door de beugel kon) en de Oostenrijkse autoriteiten zich kennelijk weinig hebben ingespannen hun opvattingen voor het voetlicht te brengen (vgl. *Woditschka en Wilfling* t. *Oostenrijk*, reeds aangehaald; *Ladner*, *Oostenrijk*, reeds aangehaald; *R.H. t. Oostenrijk*, 19 januari 2006, nr. 7336/03), kan wellicht verklaren waarom het Hof geen rekening heeft gehouden met de omstandigheden van de verschillende zaken waarover het een oordeel heeft geveld, waaronder de onderhavige. Het is niet gezegd dat het Hof tot een ander oordeel was gekomen wanneer het dat wel had gedaan, maar men kan zich afvragen of het Hof in deze zaak toch niet wat te kort door de bocht gaat en zich te weinig rekenschap heeft gegeven van de omstandigheden waaronder de Oostenrijkse autoriteiten in 2002 hebben gereageerd op de ongrondwettigverklaring van art. 209 öStGB. Er lagen niet alleen formeel allerlei beren op de weg, de bereidheid om deze wat oudere mannen die voor overtreding van art. 209 öStGB waren veroordeeld te zien als slachtoffer van mensenrechtenschendingen, was gering. Nogal wat daders hadden namelijk met veel jongere mannen (consensueel) seksueel verkeer gehad, waardoor de strafbaarheid van het gedrag vrij algemeen werd aanvaard. Dat de justitiële documentatie van klagers niet werd aangepast valt ook om die reden te verklaren.

7. Ook als deze zaak wordt losgezongen van deze specifieke omstandigheden, kan ik de overwegingen van het Hof niet zonder meer volgen. Ik begrijp dat als uitgangspunt wordt genomen dat verandering van wetgeving niet tot wijziging van de justitiële documentatie hoeft te leiden. Minder duidelijk vind ik het onderscheid dat het Hof maakt tussen gewijzigde wetgeving op grond van veranderende maatschappelijke opvattingen en gewijzigde wetgeving als gevolg van een schending van het constitutionele recht. Om eerlijk te zijn, mij komt dat gekunsteld voor. Gewijzigde maatschappelijke opvattingen kunnen er ook toe leiden dat strafbepalingen bij nader inzien wel een schending van constitutioneel recht opleveren. Art. 209 öStGB vormt daarvan een voorbeeld. De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens bepaalde in 1995 dat deze bepaling niet in strijd was met art. 8 jo. 14 EVRM (*H.F. t. Oostenrijk*, ECRM 26 juni 1995, nr. 22646/93). Bijna acht jaar later zag het Hof het anders, waarbij het erkende dat het EVRM een levend instrument is en het dus opportuun kan zijn om eerdere rechtspraak te wijzigen, gelet op veranderende maatschappelijke omstandigheden (*S.L. t. Oostenrijk*, reeds aangehaald, par. 39). Wat moet op grond van de onderhavige uitspraak worden gedaan in het geval op grond van gewijzigde maatschappelijke opvattingen de interpretatie van het constitutionele recht wijzigt en als gevolg daarvan een strafbepaling wordt geschrapt? Moet de justitiële documentatie dan worden aangepast? Dat is op basis van dit arrest niet zonder meer duidelijk. Mij lijkt het wat overdreven.

8. Aangenomen mag worden dat de term constitutioneel recht in par. 66 zorgvuldig is gekozen. In Oostenrijk kan slechts het Verfassungsgerichtshof een strafbepaling ongrondwettig verklaren. Dat beperkt het bereik van deze uitspraak. Immers, voor landen die geen constitutioneel hof hebben of niet de mogelijkheid kennen dat rechters wetgeving aan de grondwet mogen toetsen, zoals Nederland, lijkt deze uitspraak minder relevant. In de gevallen dat een constitutioneel hof een strafbepaling ongrondwettig verklaart, zoals in het geval van art. 209 öStGB, moeten waarborgen worden gecreëerd voor personen die voor deze, ongrondwettige, bepaling zijn veroordeeld. Er moet namelijk van uitgegaan worden dat deze bepaling nooit heeft bestaan en een veroordeling dus nooit heeft mogen plaatsvinden (vgl. Oberlandesgericht Innsbruck in: *Wolfmeyer*, *Oostenrijk*, reeds aangehaald, par. 14). Vanuit deze optiek is het schrappen van een veroordeling voor overtreding van deze bepaling uit de justitiële documentatie te begrijpen. Het Hof gebruikt dit argument echter niet, maar bepaalt dat het laten staan van de veroordeling "may have particularly serious consequences for the person concerned" (par. 68). Wat die gevolgen zijn wordt door het Hof niet nader uitgewerkt, maar het is denkbaar dat het Hof in gedachten heeft die argumenten die klagers in deze zaak ten overstaan van het Mensenrechtenhof naar voren hebben gebracht (pars. 53-54), in het bijzonder de sociale stigmatisering van veroordeelden en de kans dat de veroordelingen op grond van art. 209 öStGB in latere strafzaken strafverzwarend zouden worden meegewogen, zelfs nadat die bepaling wegens ongrondwettigheid was geschrapt.

Toch is het volgens mij niet zo eenvoudig als het lijkt. Het Hof verwijst in zijn uitspraak niet alleen naar de ongrondwettigheid van een strafbepaling, maar ook naar de strijdigheid met het EVRM (par. 67). Dat maakt deze uitspraak ook voor landen die geen constitutioneel hof of grondwettelijke toetsing kennen, toch weer van belang. Die verwijzing staat weliswaar in een bijzin, halverwege de genoemde rechtsoverweging, en verwijst naar de eerdere rechtspraak over art. 209 öStGB die het Hof in par. 64 opsomt, maar ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat hierin meer staat dan de enkele bevestiging dat art. 209 öStGB een problematische strafbepaling was. Denkbaar is dat het Hof bedoelt dat ook wanneer een ander gerecht dan een constitutioneel hof een strafbepaling in strijd met fundamentele mensenrechten acht en buiten werking stelt, de mogelijkheid moet bestaan om eerdere veroordelingen uit de justitiële documentatie te schrappen.

Het EHRM maakt het nog lastiger doordat het verwijderen van veroordelingen uit de justitiële documentatie niet alleen gewenst is in geval een strafbepaling in haar geheel ongrondwettig wordt verklaard of strijdig wordt bevonden met mensenrechten. Het Hof spreekt namelijk ook van "amending the relevant legal provision" (par. 68). Weliswaar moet deze zinsnede in verband met art. 209 öStGB worden gelezen, maar zou het tevens kunnen betekenen dat ook het enkele aanpassen van de reikwijdte van strafbepalingen, omdat de bestaande interpretatie niet in overeenstemming is met mensenrechten, moet leiden tot wijziging van de justitiële documentatie? Dat lijkt me een vergaande interpretatie van de onderhavige uitspraak, maar de tekst ervan lijkt dat niet zonder meer uit te sluiten, zij het dat deze verplichting is beperkt tot mensenrechtenschendingen, niet een enkel gewijzigd maatschappelijk inzicht. Echter, nu ik zojuist aangaf dat dat onderscheid niet zonder meer duidelijk is, valt niet uit te sluiten dat aanpassing van de justitiële documentatie in veel meer gevallen een verdragsverplichting kan worden dan een eerste lezing

van de onderhavige uitspraak zou vermoeden. Daarmee heeft het Hof het belang van een wettelijke regeling voor het kunnen schrappen van eerdere veroordelingen uit de justitiële documentatie nog eens benadrukt, maar ook de deur opengezet voor een stortvloed aan rechtspraak, omdat deze uitspraak niet voldoende duidelijk maakt wanneer eerdere veroordelingen uit de justitiële documentatie moeten worden geschrapt. Die onduidelijkheid is wat mij betreft onwenselijk. Het is tijd voor een reparatiearrest.

mr. J.M. ten Voorde, Universitair hoofddocent Strafrecht aan de Universiteit Leiden

Copyright 2016 - Sdu - Alle rechten voorbehouden.