



Universiteit
Leiden
The Netherlands

EHRC 2011/167 G. tegen Verenigd Koninkrijk

Voorde, J.M. ten

Citation

Voorde, J. M. ten. (2011). EHRC 2011/167 G. tegen Verenigd Koninkrijk. *European Human Rights Cases*, 12, 2062-2071. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/19799>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/19799>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

EHRC 2011/167

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

30 augustus 2011, 37334/08.

(Garlicki (President)

Bratza

Mijović

Jebens

Hirvelä

Bianku

Kalaydijeva)

G.

tegen

Verenigd Koninkrijk

Seks tussen minderjarigen,
Onschuldpresumptie, Schuldbeginsel,
Recht op privéleven, Proportionaliteit

[EVRM - 6; lid 1 en 2; EVRM - 8]

» **Samenvatting**

In september 2004 hebben klager (G.) en slachtoffer, respectievelijk vijftien en twaalf jaar oud, vaginale geslachtsgemeenschap. Ze kennen elkaar op dat moment niet bijzonder goed; ze hadden elkaar één keer eerder ontmoet en enkele keren met elkaar getelefoneerd. Kort nadat klager met het slachtoffer seks heeft gehad, vertelt het meisje daarover aan twee vrienden die haar naar een kliniek brengen die vervolgens de politie inschakelt door wie het meisje wordt verhoord. Naar aanleiding daarvan wordt klager aangehouden en vervolgd op verdenking van verkrachting. Klager bekent seks met het meisje te hebben gehad, maar stelt dat het meisje daarmee had ingestemd en hij toen in de overtuiging leefde dat het meisje ook vijftien jaar oud was. Het meisje zou dat

hem namelijk hebben verteld. Deze omstandigheden zijn gedurende het proces door het meisje niet betwist, maar stonden niet aan veroordeling van klager in de weg. Hij wordt wegens verkrachting veroordeeld tot een detentie van twaalf maanden en het doen van een training. In beroep stelde klager dat er sprake is van schending van art. 6 en art. 8 EVRM. In de eerste plaats zou ten onrechte geen rekening zijn gehouden met de omstandigheid dat het meisje met de seks had ingestemd en dat de jongen in redelijkheid kon vermoeden dat het meisje vijftien jaar oud was. Dat veroordeling wegens verkrachting desondanks mogelijk was, zou in strijd zijn met de onschuldpresumptie. In de tweede plaats zou met de disproportioneel zware veroordeling wegens verkrachting het recht op privéleven zijn geschonden. Zowel het hof van beroep als het Hogerhuis verwerpt beide verweren. In Straatsburg herhaalt G. beide klachten. Het Hof verklaart de klacht over schending van art. 6 EVRM niet-ontvankelijk. In beginsel mogen binnen redelijke grenzen strafbepalingen worden opgesteld waarin een vooronderstelling van aansprakelijkheid is opgenomen en die dus leiden tot een verdeling van bewijslast. Daaruit kan echter niet worden afgeleid dat het ook binnen de competentie van het Hof valt om regels te stellen over de inhoud van strafbepalingen, noch de plaats daarbinnen van een eventueel op te nemen subjectief bestanddeel, tenzij het gedragingen betreft die door het EVRM worden beschermd. De strafbaarstelling van verkrachting bevat volgens het Hof overigens geen vooronderstelling van aansprakelijkheid en valt om die reden buiten het hierboven genoemde beginsel. Ook het beroep op art. 8 EVRM wordt

verworpen. Seksueel verkeer valt in beginsel onder het bereik van deze bepaling, terwijl in dat kader ook de fysieke en morele integriteit van een persoon in beschouwing moet worden genomen. Consensueel seksueel verkeer tussen minderjarigen waarvan de klager in redelijkheid kon vermoeden dat het slachtoffer ongeveer even oud was, kunnen onder het privéleven worden geschaard, terwijl strafvervolging dan een inmenging van enig openbaar gezag betekent. Die inmenging was in casu toegestaan nu de strafbepaling erop gericht is strafbare feiten te voorkomen en beoogt de rechten en vrijheden van anderen te beschermen, en noodzakelijk is in een democratische samenleving. Het Hof stelt dat als het gaat om de bescherming van minderjarigen tegen verkrachting verdragsstaten namelijk een positieve verplichting hebben kwetsbare personen zoveel mogelijk bescherming te bieden en daarom veel ruimte hebben daartegen op te treden. Nu de onderhavige gedragingen bijzonder schadelijk kunnen zijn voor minderjarigen, kon klager worden veroordeeld wegens verkrachting. Aangezien bij de bepaling van de straf rekening is gehouden met de bijzondere omstandigheden van het geval, is van schending van art. 8 EVRM geen sprake. Op grond hiervan verklaart het Hof ook deze klacht niet-ontvankelijk.

[beslissing/besluit](#)

» Uitspraak

A. Article 6 §§ 1 and 2 of the Convention

1. *The parties' submissions*

23. The applicant's first complaint concerned his right to the presumption of innocence under Article 6 §§ 1 and 2 of the Convention, which read as follows:

“1. In the determination of ... any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair ... hearing ... by [a] ... tribunal ...

2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.”

24. He submitted that the creation of strict criminal liability would always engage a consideration of compatibility with the presumption of innocence. This proposition, he argued, found support in *Salabiaku v. France*, 7 October 1988, Series A no. 141 A. In that case, the Court had interpreted Article 6 § 2 as permitting the creation of offences of strict liability provided it did so within “reasonable limits”, striking a balance between the public interest and the rights of the defence. Those rights, the applicant argued, must include the right not to be convicted of a criminal offence in the absence of blameworthy conduct. The applicant submitted that the reason why the Court had found no violation of Article 6 § 2 in *Salabiaku* was that the French courts had read a defence of *force majeure* to the otherwise strict liability criminal offence of illegally importing narcotics, which was at issue in the case. This approach was confirmed by the Court's inadmissibility decision in *Hansen v. Denmark* (dec.), no. 28971/95, 16 March 2000, which concerned the compatibility of a strict liability tachograph offence with the requirements of Article 6 § 2 of the Convention. The Court had considered that the offence at issue related to road safety, which was an

area where the Contracting States were well within the reasonable limits and had declared the application inadmissible. The applicant contended that if the “reasonable limits” test did not have any application to the creation of strict liability offences, it was surprising that the Court had not said as much in clear terms in the stark circumstances of the *Hansen* case. He concluded that the imposition of strict liability on a 15 year old boy who reasonably believed that the complainant was also 15 and had consented to sex plainly did not satisfy the *Salabiaku* “reasonable limits” test. In this respect, the applicant pointed out that a conviction for the section 5 offence carried with it seriously adverse consequences. Moreover, he submitted that this form of absolute liability was unlikely substantially to advance the legitimate aim of protecting children under thirteen, particularly where the parties were young persons. Finally, he noted that the offence was applicable to all persons and was therefore quite different from the imposition of strict liability in the conventional regulatory field.

25. The Government relied on the reasoning of the domestic courts and submitted that Article 6 § 1 of the Convention, read together with Article 6 § 2, was concerned with procedural fairness and not with the content of the substantive law. In this regard, a distinction had to be drawn between innocence of a criminal offence and innocence of blameworthy conduct. The absence of blameworthy conduct was a matter ordinarily to be taken into account at the stage of sentencing and was ordinarily irrelevant to criminal liability. The offence at issue pursued the legitimate aim of protecting children

under the age of 13 from sexual abuse and so far as possible, from the trauma of giving evidence. The facts set out in the applicant’s basis of plea had properly been taken into account by way of mitigation. For the Government, the applicant’s complaint in fact amounted to an assertion that he should have been prosecuted for an offence contrary to section 13 of the 2003 Act rather than the offence contrary to section 5. However, the only practical difference between the two provisions was the maximum penalty. As the applicant had been sentenced to a conditional discharge, the difference between the offences became irrelevant.

2. The Court’s assessment

26. The Court recalls that a person’s right in a criminal case to be presumed innocent and to require the prosecution to bear the onus of proving the allegations against him or her is specifically mentioned in Article 6 § 2 and also forms part of the general notion of a fair hearing under Article 6 § 1 (see *Phillips v. the United Kingdom*, no. 41087/98, § 40, ECHR 2001 VII). The presumption of innocence requires, *inter alia*, that the burden of proving the elements of the offence charged against the accused is on the prosecution. However, the burden of proof may shift to the accused to establish the elements of any defence available under domestic law. Moreover, Article 6 §§ 1 and 2 do not prevent domestic criminal law from providing for presumptions of fact or law to be drawn from elements proved by the prosecution, thereby absolving the prosecution from having to establish separately all the elements of the offence, provided such presumptions remain within reasonable limits which take into account the

importance of what is at stake and maintain the rights of the defence (see, by way of example, *Salabiaku v. France*, 7 October 1988, Series A no. 141 A; *Radio France and Others v. France*, no. 53984/00, ECHR 2004 II; *Hardy v. Ireland* (dec.), no. 23456/94, 29 June 1994; see also, *mutatis mutandis*, *H. v. the United Kingdom* (dec.), no. 15023/89, 4 April 1990).

27. At the same time, the Court underlines that in principle the Contracting States remain free to apply the criminal law to any act which is not carried out in the normal exercise of one of the rights protected under the Convention and, accordingly, to define the constituent elements of the resulting offence. It is not the Court's role under Article 6 §§ 1 or 2 to dictate the content of domestic criminal law, including whether or not a blameworthy state of mind should be one of the elements of the offence or whether there should be any particular defence available to the accused (see *Salabiaku*, cited above, § 27; see, *mutatis mutandis*, *Radio France and Others v. France*, no. 53984/00, § 24, ECHR 2004 II; see also, with reference to the content of substantive civil rights and obligations, *Z and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 29392/95, § 87, ECHR 2001 V).

28. The Court notes that Parliament created the offence under section 5 of the 2003 Act in order to protect children from sexual abuse. As the domestic courts confirmed, the objective element (*actus reus*) of the offence is penile penetration, by any person old enough for criminal responsibility, of the vagina, anus or mouth of a child aged 12 or under. The subjective element (*mens rea*) is intention to penetrate. Knowledge of,

or recklessness as to, the age of the child or as to the child's unwillingness to take part in the sexual activity are not elements of the offence.

29. In the instant case, the prosecution was required to prove all the elements of the offence beyond reasonable doubt. The Court does not consider that Parliament's decision not to make available a defence based on reasonable belief that the complainant was aged 13 or over can give rise to any issue under Article 6 §§ 1 or 2 of the Convention. Section 5 of the 2003 does not provide for presumptions of fact or law to be drawn from elements proved by the prosecution. The principle considered in *Salabiaku* (cited above) therefore has no application here.

30. It follows that this part of the application is incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 3(a) and 4 of the Convention.

B. Article 8 of the Convention

1. The parties' submissions

31. The applicant also complained that his continued prosecution, conviction and sentence, taken individually or together, constituted a disproportionate interference with his right to respect for private life, in breach of Article 8 of the Convention. Article 8 provides:

“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.”

32. The applicant submitted that Article 8 of the Convention applied, since sexual relationships are an aspect of private life. He accepted that the initial decision to charge him with an offence under section 5 of the 2003 Act could not be criticised, but he argued that the proper course for the prosecuting authority to have taken once the basis of plea had been accepted was to seek leave to withdraw the section 5 charge and to abandon the prosecution or substitute a charge under section 13 of the 2003 Act. To impose a conviction for rape on a 15 year-old boy in circumstances where he reasonably believed that the complainant was also 15 and that she had consented to sexual intercourse was not necessary in a democratic society. In this regard, the applicant adopted the reasoning of the minority in the House of Lords and pointed to the very serious consequences of stigmatising a child as a “rapist”. In particular, the applicant pointed out that he remained at risk of re-sentencing for the section 5 offence in the event that he was convicted of some other offence during the twelve-month period of his conditional discharge. The applicant further noted that, despite the imposition of a conditional discharge, an employer or prospective employer was not prevented from requesting disclosure of any previous convictions. There was thus a real possibility that this would impede the applicant’s successful employment.

Moreover, the conviction for rape would inevitably have a negative impact upon his interaction with his peers and members of the community generally.

33. Relying on the decision of the majority in the House of Lords, the Government argued that there was no interference with Article 8 rights in the present case. Although the Government accepted that the concept of private life could include sexual life, this did not mean that every sexual act that an individual performed or wished to perform was capable of engaging Article 8. Even if the applicant’s Article 8 rights were engaged, the Government argued that the prosecution were justified in treating the conduct of the applicant as unlawful and the offence itself was a justifiable interference with private life. In this regard, the Government stressed that the applicant had accepted that the initial decision to charge him with rape under section 5 of the 2003 Act was appropriate in the light of the complainant’s account that the sexual intercourse had not been consensual. The Government submitted that whether or not to substitute the charge under section 5 of the 2003 Act for a less serious offence under section 13 of the 2003 Act was a matter falling within the discretion of the prosecuting authorities, which was not ordinarily subject to the Court’s consideration. In any event, the discretion had been exercised appropriately in this case. The basis of plea had been taken into account and given full weight by the domestic courts. In particular, the Court of Appeal had quashed the applicant’s custodial sentence and replaced it with a conditional discharge for a period of 12 months. In this regard, the Government relied on *Laskey, Jaggard and Brown v.*

the United Kingdom, 19 February 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997 I and *K.A. and A.D. v. Belgium*, no. 42758/98 and 45558/99, *Reports* 1997 I in support of the proposition that the Court's approach was to consider the question of proportionality after taking into account the sentence actually imposed. The conviction had no practical continuing effect once the conditional discharge had expired and the applicant could benefit from the protection of the Rehabilitation of Offenders Act 1974. The position would have been no different had the applicant been convicted of an offence contrary to section 13 of the 2003 Act.

2. The Court's assessment

34. The Court must first determine whether Article 8 is applicable. It recalls that the concept of "private life" is a broad one and includes an individual's sexual life (see *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, Series A no. 45; *S.L. v. Austria*, no. 45330/99, ECHR 2003 I), although the Court has observed that not every sexual activity carried out behind closed doors would necessarily fall within the scope of Article 8 (see *Laskey, Jaggard and Brown*, cited above, § 36). The concept of private life also covers the physical and moral integrity of the person, respect for which the state may be required to secure through its domestic law (see *X and Y v. the Netherlands*, no. 8978/80, § 22, 26 March 1985).

35. The Court notes that at the time of the events in question, the applicant was 15 years old and the complainant was 12. The applicant was convicted and sentenced on the basis that both parties had consented to sexual intercourse and

that the applicant had reasonably believed the complainant to be the same age as him. In these circumstances, the Court is prepared to accept that the sexual activities at issue fell within the meaning of "private life" (see, *mutatis mutandis*, *S.L. v. Austria*, no. 45330/99, ECHR 2003 I). The Court therefore concludes that the criminal proceedings against the applicant, which resulted in his conviction and sentence, constituted an "interference by a public authority" with his right to respect for private life.

36. It was undisputed by the parties that the interference was "in accordance with the law". Moreover, the measures at issue were intended to protect young and vulnerable children from premature sexual activity, exploitation and abuse. There is therefore no doubt that the interference with the applicant's private life pursued the legitimate aims of the prevention of crime and the protection of the rights and freedoms of others.

37. It remains for the Court to determine whether the continued prosecution, conviction and sentencing of the applicant were "necessary in a democratic society" within the meaning of the second paragraph of Article 8. The Court recalls that, according to its established case-law, the notion of necessity implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued. In determining whether an interference is "necessary in a democratic society", the Court will take into account that a margin of appreciation is left to the national authorities (see, among many authorities, *Laskey, Jaggard and Brown*, cited above, § 42).

38. The scope of this margin of appreciation is not identical in each case and will vary according to the context. Thus, where the activities at stake involve an intimate aspect of private life, the margin allowed to the State is generally narrow (see, *mutatis mutandis*, *Dudgeon*, cited above, § 52; and *A.D.T. v. the United Kingdom*, no. 35765/97, § 37, ECHR 2000-IX). On the other hand, in this case the countervailing public interest was the need to protect the complainant and other children in her position against premature sexual activity, exploitation and abuse. As the domestic courts pointed out, the State is under a positive obligation under Article 8 to protect vulnerable individuals from sexual abuse (*X and Y v. the Netherlands*, cited above; compare *K.A. and A.D. v. Belgium*, cited above). The Court has found that the Contracting States enjoy a wide margin of appreciation as regards the means to ensure adequate protection against rape (*M.C. v. Bulgaria*, no. 39272/98, § 154, ECHR 2003 XII). Given the nature of the public interest at stake, the Court concludes that the State authorities' margin of appreciation in the present case must be wide.

39. As Baroness Hale observed, the consequences of penetrative sex for a child of 12 or under may be very harmful. The Court does not consider that the national authorities can be said to have exceeded the margin of appreciation available to them by creating a criminal offence which is called "rape" and which does not allow for any defence based either on apparent consent by the child or on the accused's mistaken belief about the child's age. Nor does the Court consider that the authorities exceeded their margin of appreciation by deciding to prosecute the applicant for this offence,

particularly since the legislation permitted for a broad range of sentences and the mitigating circumstances in the applicant's case were taken into account by the Court of Appeal.

40. In conclusion, the Court considers that the complaint under Article 8 must be rejected as manifestly ill founded, pursuant to Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention

For these reasons, the Court by a majority

Declares the application inadmissible.

» Noot

1. In verschillende West-Europese landen bestaat al enige tijd verontrusting over seksueel gedrag onder minderjarigen. Met termen als 'ruilseks' en 'webcamseks' wordt gewezen op het gemak waarmee minderjarigen zich soms letterlijk bloot zouden geven aan andere leeftijdgenoten. Daaruit zou "een veranderende seksuele moraal en 'seksuele verwarring'" blijken, "al dan niet onder invloed van de sterk geseksualiseerde media". Een probleem daarbij vormt "gebrekkige weerbaarheid bij bepaalde groepen jongeren en moeite met het aangeven van de eigen grenzen en het herkennen en respecteren van de grenzen van een ander". De overheid beoogt grensoverschrijdend seksueel gedrag te voorkomen door preventieve maatregelen enerzijds, en "effectieve curatieve en repressieve interventies anderzijds" (*Kamerstukken II*, 2007/08, 31 200 VI en 30 420, nr. 94, p. 1, 3). Er bestaat daardoor ruimte om consensueel seksueel verkeer tussen minderjarigen van ongeveer dezelfde leeftijd te vervolgen en te berechten, al blijkt uit

jurisprudentie dat het bereik van de strafwet niet heel duidelijk is, wat vervolging en berechting van dergelijke gevallen er niet eenvoudiger op maakt (vgl. HR 30 maart 2010, *NJ* 2010, 376, m.nt. N. Keijzer). In het onderhavige arrest wijst het Straatsburgse Hof erop dat verdragsstaten behoorlijk veel ruimte hebben om het strafrecht in te zetten in een strijd tegen seks tussen minderjarigen. Misschien zelfs iets te veel?

2. De zaak die aan dit arrest ten grondslag ligt, heeft in het Verenigd Koninkrijk nogal wat opschudding in het publieke debat veroorzaakt. Enkele wetenschappers hebben naar aanleiding van deze zaak ervoor gepleit de leeftijdsgrens waarop seksueel verkeer tussen minderjarigen straffeloos wordt te verlagen van zestien naar veertien jaar. Daartegen is vrij heftig geageerd (zie het samenvattende artikel hierover in de krant *The Guardian* van 15 april 2010). Het lijkt erop dat de tegenstanders van dit voorstel het mensenrechtenhof aan hun zijde hebben gekregen. Klager, op het moment van de bewezenverklarde feiten vijftien jaar oud, was naar Straatsburg gestapt omdat hij meende dat zijn veroordeling wegens verkrachting van een toen twaalfjarig meisje, terwijl in rechte was aangenomen dat het meisje met de seks had ingestemd en klager mocht vermoeden dat het meisje vijftien jaar oud was (dat zou het meisje hem namelijk hebben verteld), in strijd was met art. 6 en 8 EVRM. Het Hof verklaarde beide klachten niet-ontvankelijk.

3. Klager bekent met het meisje seks te hebben gehad, terwijl is aangenomen dat het slachtoffer daarmee had ingestemd en klager kon vermoeden dat het meisje

vijftien jaar oud was. Die omstandigheden stonden echter niet aan een veroordeling wegens verkrachting in de weg en klager werd veroordeeld voor een detentie voor de duur van twaalf maanden en het doen van een training. In beroep stelt klager zich op het standpunt dat verkrachting kennelijk een strafbaarstelling betreft die een “strict liability” inhoudt en waar een schuldverweer nooit kans van slagen heeft. Dat zou een schending opleveren van de onschuldpresumptie (art. 6 lid 1 en 2 EVRM). Onder verwijzing naar het *Salabiaku*-arrest (*Salabiaku t. Frankrijk*, EHRM 7 oktober 1988, nr. 10519/83, *NJ* 1991, 351) stelt klager dat deze strafbepaling buiten ‘redelijke grenzen’ ligt, onder andere gelet op diens leeftijd en de consequenties van een veroordeling wegens verkrachting. Het Hof verwerpt deze klacht, omdat dat arrest volgens het Hof op iets anders betrekking heeft dan waarop klager doelt. Het *Salabiaku*-arrest houdt namelijk verband met strafbaarstellingen die een vooronderstelling van aansprakelijkheid inhouden. Zo’n vooronderstelling is volgens het Hof ‘binnen redelijke grenzen’ acceptabel, mits daarbij de rechten van de verdediging en de ernst van de in het geding zijnde belangen in acht worden genomen. Dit betreft een proportionaliteitsoordeel tussen de belangen die aan de strafbepaling ten grondslag liggen enerzijds en de belangen van de verdediging om verweer te kunnen voeren (zoals een beroep op een schulduitsluitingsgrond) anderzijds (bijv. *Falk t. Nederland*, EHRM 19 oktober 2004, nr. 66273/01, *NJ* 2005, 429). Uit het *Salabiaku*-arrest volgt dat het Hof de onschuldpresumptie in het bijzonder met een processuele bril beoordeelt: het gaat om de verdeling van bewijslast in een strafrechtelijke

procedure, niet – zoals in de onderhavige zaak – om de vraag wat (en op welke wijze) strafbaar mag worden gesteld. Volgens het Hof houdt de strafbaarstelling van verkrachting naar Engels recht geen vooronderstelling van aansprakelijkheid in, maar slechts een keuze om bepaalde bestanddelen aan het opzet te onttrekken. Zelfs op deze wijze vormgegeven moet het ten laste gelegde echter “beyond reasonable doubt” worden bewezen. Vanuit deze procesrechtelijke invalshoek bezien, is er volgens het Hof geen sprake van een schending van art. 6 EVRM. Dat in deze strafbepaling bestanddelen staan die aan het opzet zijn onttrokken (zoals de wetenschap van de leeftijd van het slachtoffer), behoort volgens het Hof tot de discretionaire ruimte van de nationale wetgever. Daarbij moet echter ter nuancering worden opgemerkt dat het Hof stelt dat het verdrag “in principle” geen ruimte geeft om in verband met de onschuldpresumptie op de inhoud van het nationale materiële strafrecht in te gaan. Het Hof ziet kennelijk wel enige ruimte voor inmenging in het materiële strafrecht. Die inmenging is niet mogelijk wanneer het strafrecht wordt toegepast “to any act which is not carried out in the normal exercise of one of the rights protected under the Convention” (par. 27). Wanneer het Hof nu wel in nationale strafbepalingen kan ingrijpen en wanneer niet, wordt hiermee niet veel duidelijker gemaakt; in ieder geval vallen bepalingen die consensueel seksueel verkeer tussen minderjarigen strafbaar stellen niet onder ‘s Hof’s bevoegdheid. Waarom dat is, volgt dan weer niet uit de beschouwingen over art. 6 EVRM, maar wel uit het oordeel over een eventuele schending van art. 8 EVRM. Nu consensueel seksueel verkeer tussen minderjarigen volgens het Hof strafbaar

mag, zelfs zou moeten, worden gesteld, is er geen reden om, gezien vanuit de onschuldpresumptie, in te mogen grijpen in de wijze waarop een strafbaarstelling door een verdragsstaat is opgesteld. Zou dan de stelling kunnen worden betrokken dat elke strafbaarstelling die tot een positieve verplichting op grond van het verdrag kan worden herleid, buiten de competentie van het Hof valt?

4. Hoewel klager zich volgens het Hof dus (volkomen) ten onrechte op het *Salabiaku*-arrest heeft beroepen, is het – mede gelet op de uitzondering die het Hof formuleert – niettemin interessant om bij de verhouding tussen de onschuldpresumptie en het materieelrechtelijke schuldbeginsel stil te staan en aan de hand van de redenering van het Hof in het *Salabiaku*-arrest te bezien of ook in zaken als onderhavige justitiabelen voldoende materieelrechtelijke bescherming kan worden geboden. Er is op grond van recente rechtspraak van het Hof (in het bijzonder het hiervoor al genoemde *Falk*-arrest) gesteld dat de onschuldpresumptie en het materieelrechtelijke schuldbeginsel niet los van elkaar kunnen worden beschouwd, terwijl het Hof in zijn rechtspraak minder moeite lijkt te hebben om het formele en het materiële schuldbegrip van elkaar te scheiden, al bestaat hierover nog steeds discussie (vgl. E.H.A. van Luijk, ‘De verwijtbare gedraging van de kentekenhouders’, in: *Opstellen materieel strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 126-127; P.H.P.M.C. van Kempen over *Falk t. Nederland* 15 juli 1993, nr. 66273/01 in *NJCM-Bulletin* 2005, p. 440-443). Tot dusver had het Hof niet te oordelen over casus waar het bewijs van bepaalde bestanddelen vrij eenvoudig kan worden geleverd (zoals

het vaststellen van de leeftijd van het slachtoffer in zedenzaken). Nu is duidelijk dat het Hof de *Salabiaku*-rechtspraak hierop niet van toepassing verklaart. Is dat een probleem? Ja en nee. Enerzijds kan worden aangenomen dat het strafrecht van de meeste verdragsstaten zo is ontwikkeld dat een verdachte voldoende gelegenheid heeft om verweer te voeren in het kader van de schuld, zowel in het kader van de verwijtbaarheid, als in de straftoemingsbeslissing indien het gaat om omstandigheden de persoon van de dader betreffende. Dat laatste blijkt uit de onderhavige zaak en kan ook uit Nederlandse rechtspraak worden afgeleid (bijv. Rb. Assen 15 juli 2008, *LJN* BD8467). Anderzijds heeft dit arrest iets onbevredigends. Het bewijs van geobjectiveerde bestanddelen is namelijk niet altijd gecompliceerd, waardoor voor een soms niet-onbelangrijk deel van de tenlastelegging reeds bewijs is geleverd zonder dat de verdachte daartegen feitelijk verweer kan voeren (J. Gooren, 'De strafrechtelijke bedreiging van jongeren tegen seksuele contactlegging', *Tijdschrift voor Veiligheid*, 2011(2), p. 34). Aannemende dat de nationale wetgever op grond van het verdrag niet kan worden gedwongen, behoudens de uitzondering die in par. 27 is genoemd en hierboven onder 3 is besproken, het materiële strafrecht op een andere wijze vorm te geven, waardoor deze situatie niet zou ontstaan, zou men zich kunnen voorstellen dat, redenerend vanuit de *Salabiaku*-rechtspraak, het aan de rechter is te voorkomen dat in een concreet geval te weinig aandacht is besteed aan schuld in de zin van verwijtbaarheid en daarmee dat aan de onschuldpresumptie geweld wordt aangedaan (vgl. J. vande Lanotte en Y. de Haeck (red.), *Handboek EVRM*, Deel 2, *Artikelsgewijze Commentaar*,

Antwerpen/Oxford: Intersertia 2004, p. 558). Het Hof kan weliswaar van oordeel zijn dat zijn rechtspraak "in beginsel" niet van toepassing is op strafbepalingen waarin de wijze van strafbaar stellen van gedrag relatief eenvoudig tot een bewezenverklaring kan leiden, heel bevredigend is dat niet. In deze zaak wijst het Hof op weinig meer dan dat de verkrachtingsbepaling geen vooronderstelling van aansprakelijkheid inhoudt en om die reden niet op gespannen voet staat met art. 6 EVRM en de rechter opzet heeft bewezen en bij de straftoemeting met alle relevante omstandigheden rekening heeft gehouden. Dit wekt – het moet gezegd: vanuit Nederlandse optiek waarin een strikt onderscheid wordt gemaakt tussen opzet en verwijtbaarheid – de indruk dat de rechter in een concreet geval nauwelijks aandacht hoeft te besteden aan een verweer dat als een beroep op een schulduitsluitingsgrond kan worden beschouwd (bijvoorbeeld Afwezigheid Van Alle Schuld) (vgl. par. 27 en 28). De overwegingen van het Hof in deze zaak bevreemden omdat uit de *Salabiaku*-rechtspraak kan worden afgeleid dat het Hof het belang van een schulduitsluitend verweer juist benadrukt in gevallen waarin van een aansprakelijkheidsvermoeden wordt uitgegaan (*Salabiaku* t. Frankrijk, EHRM 7 oktober 1988, nr. 10519/83, *NJ* 1991, 351, par. 30, *Janosevic* t. Zweden, EHRM 23 juli 2002, nr. 34619/97, «EHRC» 2002/88, m.nt. Widdershoven, par. 100, *Radio France e.a.* t. Frankrijk, EHRM 30 maart 2004, nr. 53984/00, «EHRC» 2004/42, par. 24). Men kan zich voorstellen dat ook in zaken waar voor de verdachte nogal wat op het spel staat, zoals een vrijheidsstraf, schuld in de zin van verwijtbaarheid daadwerkelijk wordt vastgesteld en wordt voorkomen

dat de vaststelling daarvan al te makkelijk wordt uitgehold (vgl. N. Keijzer, 'Enkele opmerkingen omtrent de praesumptio innocentiae in strafzaken', in: *Naar eer en geweten* (Remmelink-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 251-253). Dat zou dan willen zeggen dat ook in zaken als de onderhavige uit de onschuldpresumptie een verplichting voortvloeit dat de rechter in concrete gevallen er daadwerkelijk voor waakt dat, ook al doet op grond van de delictomschrijving schuld (in een bepaalde vorm) niet ter zake, toch voldoende aandacht wordt geschonken aan een verweer waarin de schuld (in de zin van verwijtbaarheid) wordt betwist. De beoordeling van schuld in gevallen als het onderhavige reduceren tot een kwestie van straftoemeting (lees: van persoonlijke omstandigheden), waartoe het Hof de nationale rechter op basis van dit arrest zou kunnen verleiden, moet niet worden aangemoedigd. Het gaat in die gevallen niet alleen om een andere variant van schuld (vereveningsschuld), maar – alweer: naar Nederlands recht – ook om de omstandigheid dat in bepaalde gevallen helemaal geen straf zou moeten worden opgelegd bij het volledig ontbreken van enig verwijt. Al met al zou de vraag kunnen worden opgeworpen of het Hof had moeten aangeven dat de rechter ook in zaken als onderhavige een taak heeft ervoor te waken dat ook de schuld in de zin van verwijtbaarheid een volwaardige plaats krijgt in een rechterlijke beslissing.

5. Het tweede verweer van klager houdt in dat diens vervolging en veroordeling wegens verkrachting disproportioneel inbreuk maakten op zijn recht op privéleven. Vervolging en veroordeling voor dat feit in plaats van het veel minder ernstige seksueel verkeer met een

minderjarige (artikel 13 Sexual Offences Act 2003) was volgens klager niet nodig in een democratische samenleving, gelet op de omstandigheden van de zaak. Daarbij wees hij op de gevolgen van deze vervolging en veroordeling die niet alleen direct maar ook voor de toekomst nadelig kunnen zijn, op de arbeidsmarkt maar ook in de omgang met leeftijdsgenoten en de overige leden van de gemeenschap. Het moet gezegd dat de klacht, althans in de weergave van het Hof (par. 32) niet heel helder is, omdat vervolging en veroordeling niet echt uit elkaar worden gehaald. De Britse regering stelt in reactie op de klacht over de vervolging dat de keuze waarvoor wordt vervolgd tot de discretionaire bevoegdheid van de vervolgende instantie moet behoren. Daarbij erkent de regering dat daarbij een proportionaliteitstoets in acht moet worden genomen (vgl. *Laskey, Jaggard en Brown t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 19 februari 1997, nr. 21627/93, 21826/93, 21974/93). De regering meent vervolgens dat aan de eis van proportionaliteit is voldaan, nu klager – zelfs nu hij wegens verkrachting is veroordeeld – evenveel bescherming wordt geboden op grond van de zogeheten Rehabilitation of Offenders Act 1974 als wanneer hij op grond van artikel 13 Sexual Offences Act 2003 (seksueel verkeer tussen minderjarigen) zou zijn veroordeeld. Daaruit valt af te leiden dat klager vijf jaar na executie van de straf geen melding meer hoeft te maken van zijn veroordeling in het geval hij bijvoorbeeld solliciteert naar een baan. De vervolging wegens verkrachting was aldus proportioneel omdat de veroordeling daarvoor niet tot een wezenlijk andere uitspraak zou hebben geleid en klager daarvan niet onnodig lang last zou hebben.

6. Het Hof erkent dat art. 8 EVRM ook het seksleven beschermt, terwijl daarbij de fysieke en morele integriteit van de andere bij de seks betrokken persoon in overweging moet worden meegenomen. Consensuele geslachtsgemeenschap tussen minderjarigen waarvan het verschil in leeftijd gering is, kan onder het privéleven vallen, terwijl opsporing, vervolging en bestraffing van een dader van een dergelijk feit als een “inmenging van enig openbaar gezag” kan zijn. Door de partijen in deze zaak was aangenomen dat die inmenging in de uitoefening van dit recht is toegestaan, waarbij het Hof wijst op de bescherming die de wet, volgens het Hof terecht, beoogt te bieden aan jonge en kwetsbare kinderen tegen voortijdige seksuele activiteiten, exploitatie en misbruik (par. 36).

7. De vraag was of veroordeling wegens verkrachting in een democratische samenleving noodzakelijk was. Onder verwijzing naar eerdere rechtspraak constateert het Hof dat er een positieve verplichting aan de zijde van de verdragsstaten bestaat om zowel tegen verkrachting als tegen voortijdige seksuele activiteiten, exploitatie en misbruik op te treden. Daaruit leidt het Hof af dat verdragsstaten een ruime “margin of appreciation” hebben om daartegen te handelen. Uitgangspunt is dat de consequenties van vaginale geslachtsgemeenschap, zoals in de onderhavige casus, voor een kind van twaalf jaar zeer schadelijk kunnen zijn. Het Hof wijst in dit verband op de overwegingen van barones Hale (par. 39), één van de Law Lords die in deze zaak besliste. Zij stelde dat de strafbepalingen in de Sexual Offences Act 2003 ook met minderjarigen communiceren dat zij zich tot zestien jaar van bepaalde seksuele gedragingen hebben te onthouden. Die

boodschap is noodzakelijk, of de betrokken minderjarigen dat nu leuk vinden of niet. “There are still some people for whom the loss of virginity is an important step, not to be lightly undertaken, or for whom its premature loss may eventually prove more harmful than they understand at the time. And the harm which may be done by premature sexual penetration is not necessarily lessened by the age of the person penetrating. That will depend upon all the circumstances of the case, of which his age is only one” (par. 14). Gezegd moet worden dat dit een meerderheidsopvatting betrof. De minderheid wierp juist de vraag op, of – gelet op de leeftijd van de klager – veroordeling wegens verkrachting wel proportioneel was en beantwoordde deze vraag uiteindelijk negatief (par. 15). ‘s Hof’s verwijzing valt desalniettemin te begrijpen, aangezien de Engelse wetgever niet heeft willen uitsluiten dat minderjarigen ook voor verkrachting kunnen worden vervolgd en bestraft in plaats van de bepaling die specifiek het seksueel handelen tussen minderjarigen betreft, en waarop klager zich beriep (J.R. Spencer, ‘The Sexual Offences Act 2003’, *Criminal Law Review* 2004, p. 350). Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat kennelijk al bij de totstandkoming van de wet de wetgever een proportionaliteitstoets heeft uitgevoerd en heeft geoordeeld dat het niet disproportioneel is een minderjarige te bestraffen voor verkrachting van een minderjarig slachtoffer. Het Hof kan dat oordeel van de wetgever, de openbaar aanklager die in deze zaak besloot tot vervolging en de rechter billijken. Daarbij wijst het erop dat bij de straftoemeting rekening kan worden gehouden met alle relevante omstandigheden van het geval. Dat de

verkrachting door een minderjarige van ongeveer dezelfde leeftijd als het slachtoffer werd begaan, kan kennelijk een mitigerende werking op de op te leggen straf hebben. Het Hof volgt daarmee tot op zekere hoogte het standpunt van de Britse regering, waarbij opvalt dat het Hof zich beperkt tot de straftoemeting en de omstandigheden van het geval, niet de juridische consequenties van een opgelegde straf nadat de executie daarvan is beëindigd, terwijl dat tussen klager en de Britse regering wel een twistpunt was. Kennelijk doen omstandigheden die zich na beëindiging van de executie voordoen niet ter zake. Het is de vraag of dat anders zou zijn als in dit geval de juridische gevolgen wel anders waren.

8. Hoewel het Hof in dit arrest niet met zoveel woorden prioriteit geeft aan strafbaarstelling en strafvervolgning valt dat wel af te leiden uit de arresten die het Hof noemt ter ondersteuning van zijn uitspraak. Zo volgt uit het verdrag een positieve verplichting “to enact criminal-law provisions effectively punishing rape and to apply them in practice through effective investigation and prosecution” (*M.C. t. Bulgarije*, EHRM 4 december 2003, nr. 39272/98, «EHRC» 2004/6 m.nt. Mols, par. 153). De aanpak van kindermisbruik kan ook met behulp van andere rechtsgebieden dan het strafrecht geschieden, maar in bepaalde omstandigheden, “where fundamental values and essential aspects of private life are at stake”, is “effective deterrence” “indispensable in this area”, terwijl dit “can be achieved only by criminal-law provisions” (*X en Y t. Nederland*, EHRM 26 maart 1985, nr. 8978/80, *NJ* 1985, 525, m.nt. E.A. Alkema). De nadruk op een effectief afschrikkend strafrecht verklaart mogelijk mede het hiervoor

(onder 4) besproken onderscheid tussen strafbepalingen waarin sprake is van een vooronderstelling van aansprakelijkheid en strafbepalingen waarvoor een hoge bewijsstandaard geldt, maar op basis waarvan de aansprakelijkheidstelling in concrete gevallen soms minder lastig is. Hoe meer eisen namelijk worden gesteld aan de inhoud van een strafbepaling (die ertoe kunnen leiden dat minder gedragingen onder het bereik daarvan vallen), hoe lastiger het Hof de zwaar aangezette positieve verplichtingen in het kader van de bestrijding van seksueel misbruik van minderjarigen en verkrachting met behulp van het strafrecht kan volhouden. Een positieve verplichting op grond van art. 8 EVRM lijkt door te werken in de beoordeling van art. 6 EVRM, nu het Hof zich onthoudt de inhoud van een strafbepaling te beoordelen wanneer die in overeenstemming met het EVRM is, en heeft voor strafbaarstellingen die uitdrukking geven aan een kennelijk strikt positieve verplichting tot gevolg dat daaruit niet veel meer beperkingen mogen voortvloeien. Daaruit volgt dan mogelijk dat, afgezien van in ieder geval de processuele (bewijsrechtelijke) bescherming die artikel 6 EVRM ook in zaken als deze biedt en het proportionaliteitsvereiste dat voortvloeit uit artikel 8 EVRM, het Hof verder niet al te veel mensenrechtelijke bescherming lijkt te willen bieden.

9. Het Hof hecht veel belang aan de bescherming van de minderjarige die vroegtijdig seksueel actief wordt. De jeugdige moet in de ogen van het Hof actief worden beschermd. In het bijzonder wordt gewezen op de gevaren van misbruik en toekomstige schade. Die gevaren zijn niet te miskennen en kunnen dermate problematisch zijn dat zij vragen

om een respons, waarbij een rol kan zijn weggelegd voor het strafrecht. Het Hof heeft echter nogal veel vertrouwen in het strafrecht en de afschrikkende werking daarvan. In hoeverre daarmee seks tussen minderjarigen ook daadwerkelijk zal verdwijnen, is de vraag. Dat hoeft ook niet het primaire doel te zijn van het inzetten van het strafrecht, nu ook ruimte moet zijn voor vergelding. Die kan evenwel niet los worden gezien van proportionaliteit, en beperkt zich niet tot het niveau van bestraffing maar vereist dat ook rekening wordt gehouden met de belangen van de dader, zeker wanneer die ook minderjarig is en ernstig nadeel kan ondervinden van bestraffing wegens een feit dat naar zijn redelijke indruk met instemming van het slachtoffer werd begaan. Het Hof lijkt uiteindelijk niet erg veel belangstelling te tonen voor de nadelige gevolgen van al te voortvarend strafrechtelijk optreden voor de dader én het slachtoffer in gevallen van consensueel seksueel verkeer. Daarmee lijkt het Hof zijn eigen rechtspraak, dat artikel 8 EVRM ook de seksuele ontplooiing van jongeren beoogt te beschermen, minder serieus te nemen. De vraag is of het (Nederlandse) (strafrechtelijke) beleid daar iets mee opschiet. Enige nuancering lijkt dan ook op haar plaats.

mr. J.M. ten Voorde, Universitair
hoofddocent straf(proces)recht aan de
Universiteit Leiden