



**Universiteit
Leiden**
The Netherlands

Annotation: EHRM 2011-01-13

Uzman, J.

Citation

Uzman, J. (2011). Annotation: EHRM 2011-01-13. *European Human Rights Cases*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/16717>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/16717>

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

EHRC 2011/50

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

13 januari 2011, 17792/07.

(Lorenzen (President)

Jaeger

Maruste

Berro-Lefèvre

Lazarova Trajkovska

Kalaydjieva

Yudkivska)

Kallweit

tegen

Duitsland

Preventieve detentie, Persoonlijke vrijheid, Nulla poena sine lege, Verdragsconforme interpretatie, Tenuitvoerlegging van arresten van het EHRM

[EVRM - 5; lid 1; EVRM - 7; lid 1; EVRM - 46]

» Samenvatting

Klager werd in 1993 wegens ernstige zedenmisdrijven veroordeeld tot 3,5 jaar celstraf. Wegens een persoonlijkheidsstoornis en gelet op zijn strafrechtelijk verleden werd hem bij wijze van preventieve maatregel bovendien voor onbepaalde tijd detentie opgelegd. Tot 1998 gold een maximale termijn van tien jaar voor preventieve detentie. Na een wetswijziging in 1998 is die beperking komen te vervallen. Op basis van deze wetswijziging wordt de detentie van klager na afloop van de tienjaarstermijn verschillende keren verlengd. Klachten omtrent de grondwettigheid van de desbetreffende wetgeving worden door het

Constitutionele Hof afgewezen. Op 17 december 2009 verklaart het EHRM de preventieve maatregel in M. t. Duitsland (nr. 19359/04), in strijd met de art. 5, eerste lid en 7, eerste lid EVRM. Volgens het Hof verschilt de Duitse variant van preventieve detentie niet wezenlijk van detentie in het kader van een strafmaatregel, terwijl zij kan worden opgelegd zonder dat aan de criteria van art. 5 is voldaan. Klager beroept zich voor de Duitse rechter op de rechtspraak van het EHRM. Hoewel sommige Duitse rechters de desbetreffende bepalingen conform deze rechtspraak interpreteren, achten anderen, zoals de rechtbank in de zaak van klager, dat niet mogelijk. Verschillende kamers (senaten) van de hoogste Duitse rechter in strafzaken, het 'Bundesgerichtshof', gaan verschillend met de kwestie om.

Het EHRM verklaart de klachten van klager over schending van art. 5 en 7 EVRM gegrond, onder verwijzing naar de eerdere uitspraak in M. t. Duitsland. In het kader van de tenuitvoerlegging (art. 46 EVRM) overweegt het Hof dat het (nog) niet nodig is om Duitsland specifieke maatregelen ter implementatie voor te stellen. Wel roept het in het bijzonder nationale rechters op om hun verantwoordelijkheid te nemen.

» Uitspraak

I. Alleged violation of Article 5 § 1 of the Convention

37. The applicant complained that his preventive detention, which already exceeded a period of ten years, violated his right to liberty as provided in Article 5 § 1 of the Convention, which, in so far as relevant, reads as follows:

“Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:

(a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court; ...

(c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so; ...

(e) the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants; ...”

38. The Government contested that argument.

A. Admissibility

39. The Court notes that this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 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

40. The applicant complained that his preventive detention since

28 March 1996, which already exceeded a period of ten years, breached his right to liberty under Article 5 § 1 of the

Convention. He argued that preventive detention, being a preventive measure, was not authorised under any of the subparagraphs (a) to (f) of that provision. In particular, there was no sufficient causal connection for the purposes of subparagraph (a) between his conviction in 1993 and his preventive detention, the execution of which had been ordered only subsequently in 1996 by the courts responsible for the execution of sentences.

41. The applicant further took the view that his continued preventive detention could not be justified under subparagraph (e) of Article 5 § 1. He was not of “unsound mind” within the meaning of that provision as he did not suffer from a true mental disorder. It had been confirmed by numerous psychiatric experts that he did not suffer from a pathological mental disorder and had thus committed his offences with full criminal responsibility. Moreover, there was no recent expert report proving that he was mentally ill. The domestic courts had also never based their decision to further detain him on a mental illness. In any event, his preventive detention could not be considered as lawful under the said provision as that detention was not executed in an institution appropriate for mental health patients in view of the completely insufficient offers of treatment in prison.

42. As regards the compliance of the applicant's continued detention with Article 5 § 1, the Government referred to their observations made on that issue in the case of *M. v. Germany*, no. 19359/04. They took the view that only in terms of the temporal course of events, the present application was a parallel case to the application of *M. v. Germany*. Relying

on the Court's findings in § 96 of that judgment, the Government stressed that, in any event, the applicant's preventive detention prior to the ten-year point had been covered by sub-paragraph (a) of Article 5 § 1.

43. In the Government's submission, the present application could, however, be distinguished from the case of *M. v. Germany*. In that case, the applicant, Mr *M.*, had no longer suffered from a serious personality disorder and had not been detained for being of unsound mind under sub-paragraph (e) of Article 5 § 1. On the contrary, the preventive detention of the applicant in the present case was justified under sub-paragraph (e) of the said provision. The sentencing Bochum Regional Court had found that the applicant had acted with full criminal responsibility but suffered from a personality disorder (see paragraph 6 above). In the Government's view, that personality disorder had to be qualified as a "true mental disorder" and the applicant thus had to be considered as of unsound mind. The Government further referred to the findings of the Aachen Regional Court in 2008 in the proceedings for judicial review of the applicant's continued preventive detention in relation to the applicant's dissocial personality and the lack of sufficient consideration he gave to his alcohol and drug consumption (see paragraph 19 above) to support their view.

2. The Court's assessment

a. Recapitulation of the relevant principles

44. The Court reiterates the fundamental principles laid down in its case-law on

Article 5 § 1 of the Convention, which have been summarised in its judgment of 17 December 2009 in the case of *M. v. Germany*, no. 19359/04, as follows:

"86. Article 5 § 1 sub-paragraphs (a) to (f) contain an exhaustive list of permissible grounds for deprivation of liberty, and no deprivation of liberty will be lawful unless it falls within one of those grounds (see, *inter alia*, *Guzzardi v. Italy*, 6 November 1980, § 96, Series A no. 39; *Witold Litwa v. Poland*, no. 26629/95, § 49, ECHR 2000 III; and *Saadi v. the United Kingdom* [GC], no. 13229/03, § 43, ECHR 2008 ...). ...

87. For the purposes of sub-paragraph (a) of Article 5 § 1, the word "conviction", having regard to the French text ("*condamnation*"), has to be understood as signifying both a finding of guilt after it has been established in accordance with the law that there has been an offence (see *Guzzardi*, cited above, § 100), and the imposition of a penalty or other measure involving deprivation of liberty (see *Van Droogenbroeck v. Belgium*, 24 June 1982, § 35, Series A no. 50).

88. Furthermore, the word "after" in sub-paragraph (a) does not simply mean that the "detention" must follow the "conviction" in point of time: in addition, the "detention" must result from, follow and depend upon or occur by virtue of the "conviction" (see *Van Droogenbroeck*, cited above, § 35). In short, there must be a sufficient causal connection between the conviction and the deprivation of liberty at issue (see *Weeks v. the United Kingdom*, 2 March 1987, § 42, Series A no. 114; *Stafford v. the United Kingdom* [GC], no. 46295/99, § 64, ECHR 2002 IV; *Waite v. the*

United Kingdom, no. 53236/99, § 65, 10 December 2002; and *Kafkaris v. Cyprus* [GC], no. 21906/04, § 117, ECHR 2008 ...).

89. Furthermore, under sub-paragraph (c) of Article 5 § 1, detention of a person may be justified “when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence”. However, that ground of detention is not adapted to a policy of general prevention directed against an individual or a category of individuals who present a danger on account of their continuing propensity to crime. It does no more than afford the Contracting States a means of preventing a concrete and specific offence (see *Guzzardi*, cited above, § 102; compare also *Eriksen*, cited above, § 86). This can be seen both from the use of the singular (“an offence”) and from the object of Article 5, namely to ensure that no one should be dispossessed of his liberty in an arbitrary fashion (see *Guzzardi*, *ibid.*.)”

45. The Court further reiterates that, for the purposes of sub-paragraph (e) of Article 5 § 1, an individual cannot be deprived of his liberty as being of “unsound mind” unless the following three minimum conditions are satisfied: firstly, he must reliably be shown to be of unsound mind, that is, a true mental disorder must be established before a competent authority on the basis of objective medical expertise; secondly, the mental disorder must be of a kind or degree warranting compulsory confinement; thirdly, the validity of continued confinement depends upon the persistence of such a disorder (see *Winterwerp v. the Netherlands*, 24 October 1979, § 39, Series A no. 33; *Varbanov v. Bulgaria*, no. 31365/96, §§

45 and 47, ECHR 2000 X; *Hutchison Reid v. the United Kingdom*, no. 50272/99, § 48, ECHR 2003 IV; and *Shtukaturov v. Russia*, no. 44009/05, § 114, 27 March 2008).

46. Furthermore, there must be some relationship between the ground of permitted deprivation of liberty relied on and the place and conditions of detention. In principle, the “detention” of a person as a mental health patient will only be “lawful” for the purposes of sub-paragraph (e) of paragraph 1 if effected in a hospital, clinic or other appropriate institution (see *Ashingdane v. the United Kingdom*, 28 May 1985, § 44, Series A no. 93; *Aerts v. Belgium*, 30 July 1998, § 46, *Reports of Judgments and Decisions* 1998 V; *Hutchison Reid*, cited above, § 49; and *Brand v. the Netherlands*, no. 49902/99, § 62, 11 May 2004).

b. Application of these principles to the present case

47. The Court has to determine, in the light of the foregoing principles, whether the applicant, during his preventive detention, was deprived of his liberty in accordance with one of the sub-paragraphs (a) to (f) of Article 5 § 1.

48. That detention was justified under sub-paragraph (a) of Article 5 § 1 if it occurred “after conviction”, in other words if there was a sufficient causal connection between the applicant’s criminal conviction by the sentencing Bochum Regional Court in 1993, which found him guilty of sexual assault and abuse of a minor and ordered his preventive detention in addition to a prison sentence, and his continuing deprivation of liberty in preventive detention.

49. Unlike the applicant, the Court considers that preventive detention ordered by a sentencing court under Article 66 § 1 of the Criminal Code does not fail to meet the requirements of Article 5 § 1 (a) either owing to its preventive nature or owing to the fact that the actual execution of a preventive detention order, made by the sentencing court, had to be ordered separately by the courts responsible for the execution of sentences. It refers in this respect to its findings in its recent judgment of 17 December 2009 in the case of *M. v. Germany* (cited above). In that judgment, it found that Mr *M.*'s preventive detention, which, as in the present case, was ordered by the sentencing court under Article 66 § 1 of the Criminal Code, was covered by sub-paragraph (a) of Article 5 § 1 in so far as it had not been prolonged beyond the statutory maximum period applicable at the time of that applicant's offence and conviction. In particular, the causal connection between the applicant's criminal conviction and his preventive detention was not broken due to the fact that the court responsible for the execution of sentences, which itself did not impose a "conviction" on the applicant for lack of a finding of guilt of a (new) offence, had to order the execution of the preventive detention imposed on the applicant by the sentencing court (see *ibid.*, §§ 95-96 and 97-105). The reasoning in that judgment, from which it sees no ground to depart, applies *mutatis mutandis* in the present case.

50. The Court further observes that at the time of the applicant's conviction in 1993, the order for his preventive detention, read in conjunction with Article 67d § 1 of the Criminal Code in the version then in force (see paragraph

30 above), meant that the applicant, against whom preventive detention was ordered for the first time, could be kept in preventive detention for a maximum period of ten years. Thus, had it not been for the amendment of Article 67d of the Criminal Code in 1998 (see paragraph 31 above), which was declared applicable also to preventive detention orders which had been made – as had the order against the applicant – prior to the entry into force of that amended provision (section 1a § 3 of the Introductory Act to the Criminal Code; see paragraph 31 above), the applicant would have been released when ten years of preventive detention had expired, irrespective of whether he was still considered dangerous to the public.

51. The present application is therefore a follow-up case, in terms of the temporal course of events, to the application of *M. v. Germany* (cited above), and the Court sees no reason to depart from its findings in that judgment. The Court thus considers, as it has done in the case of *M. v. Germany* (cited above, §§ 92-101), that there was not a sufficient causal connection between the applicant's conviction by the sentencing court and his continued deprivation of liberty beyond the period of ten years in preventive detention ordered in the proceedings at issue. His continuing detention after 26 March 2006 was therefore not justified under sub-paragraph (a) of Article 5 § 1.

52. The Court further notes that the applicant's preventive detention beyond the ten-year point was also not justified under sub paragraph (c) of Article 5 § 1 as detention "reasonably considered necessary to prevent his committing an

offence” (compare, *mutatis mutandis*, *M. v. Germany*, cited above, § 102).

53. The Court shall further examine whether, as submitted by the Government, the applicant’s detention was justified under sub-paragraph (e) of Article 5 § 1 as detention of a person “of unsound mind”. Under the Court’s well-established case-law (see paragraph 45 above), this requires, firstly, that the applicant was reliably shown to be of unsound mind; that is, a true mental disorder must have been established before a competent authority on the basis of objective medical expertise.

54. In determining whether the courts responsible for the execution of sentences can be considered to have ordered the applicant’s continued preventive detention in the proceedings at issue as he was a person of “unsound mind”, the Court shall therefore examine, first, whether these courts established that the applicant suffered from a true mental disorder. It is true that the domestic courts, relying on the findings of a psychiatric and a psychological expert, considered that the applicant suffered from a serious dissocial personality disorder and was therefore liable to reoffend (see paragraphs 12-13 above).

55. However, the Court is not convinced that thereby, a “true mental disorder” for the purposes of Article 5 § 1 (e) of the Convention was “established” by them. It notes in that connection that in the German legal system, a difference is made between the placement of dangerous offenders in a prison for preventive purposes and the placement of dangerous mentally ill persons, who committed criminal acts without or with

diminished criminal responsibility, in a psychiatric hospital. This is illustrated by Articles 66 and 63 of the Criminal Code (see paragraphs 26-27 and 32 above).

Thus, it is clear that persons considered as dangerous because of a mental illness were to be placed in a psychiatric hospital by the competent courts. In the applicant’s case, the sentencing Bochum Regional Court already considered that the applicant’s dissocial personality disorder was not a pathological disorder diminishing the applicant’s criminal responsibility and thus did not order the applicant’s placement in a psychiatric hospital (see paragraph 6 above). The courts responsible for the execution of sentences had not even ordered the execution of the applicant’s preventive detention in such a hospital in the proceedings at issue. A request made by the applicant to that effect had in fact previously been dismissed (see paragraph 9 above).

56. Moreover, these courts, in the judicial review proceedings at issue, were not called upon to examine under the Criminal Code whether the applicant was to be detained as a mentally ill person, but had to determine, with the help of medical expertise, whether the applicant was liable to reoffend owing to his criminal tendencies, irrespective of whether this was a result of his mental condition.

57. Furthermore, under the Court’s case-law, the detention of the applicant as a mental health patient could only be “lawful” for the purposes of sub-paragraph (e) of paragraph 1 if effected in a hospital, clinic or other appropriate institution (see paragraph 46 above). In the present case, the applicant was placed in an ordinary prison. As the Court

concluded in its recent judgment in the case of *M. v. Germany* (cited above, §§ 127-129), there is no substantial difference in practice between the execution of a (long) prison sentence and that of a preventive detention order in Germany. There is nothing to indicate that this was different in relation to the execution of the applicant's preventive detention in the present case. As shown above, it is the psychiatric hospitals which are considered under German law to be the appropriate institutions to provide conditions of detention adapted to mentally ill persons. Therefore, there was no sufficient relationship between the detention of the applicant as an alleged mental health patient and his placement and conditions of detention in prison.

58. Having regard to the foregoing, the Court finds that the applicant's detention was not covered by sub-paragraph (e) of Article 5 § 1 either. It further takes the view – and this is uncontested by the parties – that none of the other sub-paragraphs of Article 5 § 1 can serve to justify the applicant's detention at issue.

59. There has accordingly been a violation of Article 5 § 1 of the Convention in so far as the applicant has been retained in preventive detention after 27 March 2006.

II. Alleged violation of Article 7 § 1 of the Convention

60. The applicant complained that the retrospective prolongation of his preventive detention from a maximum period of ten years to an unlimited period breached his right not to have a heavier penalty imposed on him than the one applicable at the time of his offence as

provided in Article 7 § 1 of the Convention, which reads as follows:

“No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.”

61. The Government contested that argument.

A. Admissibility

62. The Court notes that this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 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

63. The applicant submitted that under the legal provisions applicable at the time of his offence, ten years had been the maximum duration of the preventive detention, a penalty, ordered against him. The retrospective extension of his preventive detention beyond 27 March 2006, when he had served ten years, to an unlimited period of time therefore violated his right not to have a heavier penalty imposed on him than the one applicable at the time of his offence.

64. The Government took the view that in terms of the temporal course of events, the present application was a parallel case to the application of *M. v. Germany*,

no. 19359/04. They referred to their observations made in relation to Article 5 in the present application and to those made in relation to Article 7 in the case of *M. v. Germany*.

2. The Court's assessment

a. Recapitulation of the relevant principles

65. The Court reiterates the relevant principles laid down in its case-law on Article 7 of the Convention, which have been summarised in its judgment in the case of *M. v. Germany* (cited above) as follows:

“118. Article 7 embodies, inter alia, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). While it prohibits in particular the retrospective application of the criminal law to an accused's disadvantage (see *Kokkinakis v. Greece*, 25 May 1993, § 52, Series A no. 260 A) or extending the scope of existing offences to acts which previously were not criminal offences, it also lays down the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy (see *Uttley v. the United Kingdom* (dec.), no. 36946/03, 29 November 2005, and *Achour v. France* [GC], no. 67335/01, § 41, ECHR 2006 IV). ...

120. The concept of “penalty” in Article 7 is autonomous in scope. To render the protection afforded by Article 7 effective the Court must remain free to go behind appearances and assess for itself whether a particular measure amounts in substance to a “penalty” within the meaning of this provision (see *Welch v.*

the United Kingdom, 9 February 1995, § 27, Series A no. 307 A; *Jamil v. France*, 8 June 1995, § 30, Series A no. 317 B; and *Uttley*, cited above). The wording of Article 7 paragraph 1, second sentence, indicates that the starting-point in any assessment of the existence of a penalty is whether the measure in question is imposed following conviction for a “criminal offence”. Other relevant factors are the characterisation of the measure under domestic law, its nature and purpose, the procedures involved in its making and implementation, and its severity (see *Welch*, cited above, § 28; *Jamil*, cited above, § 31; *Adamson v. the United Kingdom* (dec.), no. 42293/98, 26 January 1999; *Van der Velden v. the Netherlands* (dec.), no. 29514/05, ECHR 2006 XV; and *Kafkaris*, cited above, § 142). The severity of the measure is not, however, in itself decisive, since, for instance, many non-penal measures of a preventive nature may have a substantial impact on the person concerned (see *Welch*, cited above, § 32; compare also *Van der Velden*, cited above).”

b. Application of these principles to the present case

66. The Court is thus called upon to determine, in the light of the foregoing principles, whether the prolongation of the applicant's preventive detention beyond ten years violated the prohibition of retrospective penalties under Article 7 § 1, second sentence.

67. The Court observes that at the time the applicant committed his offence in 1992, a preventive detention order made by a sentencing court for the first time, read in conjunction with Article 67d § 1 of the Criminal Code in the version then in force (see paragraph 30 above), meant

that the applicant could be kept in preventive detention for ten years at the most. Based on the subsequent amendment in 1998 of Article 67d of the Criminal Code, read in conjunction with section 1a § 3 of the Introductory Act to the Criminal Code (see paragraph 31 above), which abolished that maximum duration with immediate effect, the courts responsible for the execution of sentences then ordered, in the proceedings here at issue, the applicant's continued preventive detention beyond the ten-year point. Thus, the applicant's preventive detention – as that of the applicant in the case of *M. v. Germany* – was prolonged with retrospective effect, under a law enacted after the applicant had committed his offence.

68. The Court further refers to its conclusion in the case of *M. v. Germany* (cited above, §§ 124-133) that preventive detention under the German Criminal Code, having notably regard to the facts that it is ordered by the criminal courts following a conviction for a criminal offence and that it entails a deprivation of liberty which, following the change in the law in 1998, no longer has any maximum duration, is to be qualified as a “penalty” for the purposes of the second sentence of Article 7 § 1 of the Convention. It again sees no reason to depart from that finding in the present case.

69. The foregoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that there has been a violation of Article 7 § 1 of the Convention.

III. Other alleged violations of the Convention

70. The applicant further took the view that the decision of the Federal Constitutional Court not to consider his constitutional complaint because of his failure to submit certain additional documents had breached his right to an effective remedy under Article 13 of the Convention.

71. The Court has examined the applicant's complaint as submitted by him. However, having regard to all the material in its possession, and in particular to the fact that the Federal Constitutional Court must be considered to have ruled on the merits of the applicant's Convention complaints (compare, *inter alia*, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland* (no. 2) [GC], no. 32772/02, §§ 43 and 45, ECHR 2009 ... with further references), the Court finds that this complaint does not disclose any appearance of a violation of Article 13 or Article 6 § 1 of the Convention. It follows that the complaint must be rejected as manifestly ill-founded, pursuant to Article 35 §§ 3 (a) and 4 of the Convention.

72. Lastly, the applicant complained for the first time in his observations in reply that his preventive detention failed to comply with his right not to be punished twice under Article 4 of Protocol no. 7 of the Convention.

73. As Germany has not, however, ratified Protocol no. 7 to the Convention, this complaint must be rejected as incompatible *ratione personae* with the provisions of the Convention, pursuant to Article 35 §§ 3 (a) and 4.

IV. Application of Article 46 of the Convention

74. Having regard to the circumstances of the case and the parties' arguments, the Court considers it necessary to determine what consequences may be drawn from Article 46 of the Convention for the respondent State.

75. Article 46 of the Convention, in so far as relevant, provides:

"1. The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties."

2. The final judgment of the Court shall be transmitted to the Committee of Ministers, which shall supervise its execution."

A. The parties' submissions

76. The applicant stressed that he was still not granted relaxations in the execution of his detention regime, let alone be prepared for life outside prison, even though it was clear since 10 May 2010 at the latest that he had to be released.

77. The Government argued that it was for the domestic courts to decide on the termination of the applicant's preventive detention, which was still executed, having regard to the Court's findings in the case of *M. v. Germany*. Referring to recent decisions taken by the Schleswig-Holstein, Karlsruhe, Frankfurt am Main and Hamm Courts of Appeal (see paragraphs 33-34 above), they took the view that it was possible for the courts responsible for the execution of sentences to interpret German law in compliance with the Convention, wherever relevant. The proceedings were currently still pending before the Federal

Court of Justice which would decide on the applicant's release in due course. The Government, referring to two decisions dated 12 May 2010 (file no. 4 StR 577/09) and 21 July 2010 (file no. 5 StR 60/10; see in detail paragraphs 33 and 36 above), argued that two senates of that court had already considered preventive detention in similar cases to be in breach of the Convention. The applicant thus had an effective remedy before the domestic courts but could not obtain his release before this Court.

B. The Court's assessment

78. The Court reiterates that, in accordance with Article 46 of the Convention, the finding of a violation imposes on the respondent State a legal obligation not just to pay those concerned the sums awarded by way of just satisfaction under Article 41, but also to select, subject to supervision by the Committee of Ministers, the general and/or, if appropriate, individual measures to be adopted in their domestic legal order to put an end to the violation found by the Court and to redress so far as possible the effects (see, *inter alia*, *Broniowski v. Poland* [GC], no. 31443/96, § 192, ECHR 2004 V; and *Sürmeli v. Germany* [GC], no. 75529/01, § 137, ECHR 2006 VII).

79. Furthermore, it follows from the Convention, and from Article 1 in particular, that in ratifying the Convention the Contracting States undertake to ensure that their domestic legislation is compatible with it. Consequently, it is for the respondent State to remove any obstacles in its domestic legal system that might prevent the applicant's situation from being adequately redressed (see *Maestri v. Italy*

[GC], no. 39748/98, § 47, ECHR 2004 I; and *Assanidze v. Georgia* [GC], no. 71503/01, § 198, ECHR 2004 II).

80. The Court further reiterates that its judgments are essentially declaratory in nature and that, in general, it is primarily for the State concerned to choose, subject to supervision by the Committee of Ministers, the means to be used in its domestic legal order in order to discharge its obligation under Article 46 of the Convention, provided that such means are compatible with the conclusions set out in the Court's judgment (see, among other authorities, *Scozzari and Giunta v. Italy* [GC], nos. 39221/98 and 41963/98, § 249, ECHR 2000 VIII; *Öcalan v. Turkey* [GC], no. 46221/99, § 210, ECHR 2005 IV; and *Fatullayev v. Azerbaijan*, no. 40984/07, § 173, 22 April 2010).

81. However, exceptionally, with a view to helping the respondent State to fulfil its obligations under Article 46, the Court will seek to indicate the type of measure that might be taken in order to put an end to a violation it has found to exist. In certain cases, the nature of the violation found may be such as to leave no real choice as to the measures required to remedy it and the Court may decide to indicate only one such measure, such as, for instance, securing an applicant's immediate release (see, in particular, *Assanidze*, cited above, §§ 202-203; and *Fatullayev*, cited above, §§ 174-177).

82. The Court observes in the present case that following its judgment in the case of *M. v. Germany*, the Aachen Regional Court and the Cologne Court of Appeal considered that the applicant's preventive detention was not to be

declared terminated in view of this Court's judgment as it was impossible for the German courts to interpret the Criminal Code in compliance with the Convention (see paragraphs 20 and 21 above; several Courts of Appeal took the same view, see paragraphs 35-36 above). As a result, they prolonged the applicant's detention despite the fact that they were aware that it was in breach of the Convention.

83. The Court would recall that the subsidiary nature of the supervisory mechanism of complaint to the Court articulated in Articles 1, 35 § 1 and 13 of the Convention and reiterated in the Interlaken Declaration of 19 February 2010 (*ibid.*, PP 6 and part B., § 4 of the Action Plan) lays the primary responsibility for implementing and enforcing the rights and freedoms of the Convention on the national authorities. It notes that several Courts of Appeal, as well as a senate of the Federal Court of Justice, on the contrary, have considered it possible to interpret German law in accordance with the Convention (see paragraphs 33-34 above) and that the Government in the present proceedings agreed with that view. In the light of the foregoing, the Court does not consider it necessary, at present, to indicate any specific or general measures to the respondent State which are called for in the execution of this judgment. It would, however, urge the national authorities, and in particular the courts, to assume their responsibility for implementing and enforcing speedily the applicant's right to liberty, a core right guaranteed by the Convention.

V. Application of Article 41 of the Convention

84. 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

85. The applicant claimed 322,827 euros (EUR) in respect of loss of earnings. He argued that, had he been able to work outside prison during the time he spent in preventive detention, he would have earned some EUR 356,000 (EUR 100 net per day), from which the salary and pocket money paid in prison by the State (some EUR 33,173) had to be deducted. The applicant further claimed at least EUR 98,800 in respect of non-pecuniary damage suffered as a result of his preventive detention since 28 March 1996, that is, EUR 19 per day of preventive detention. He requested in person that all payments be made into his lawyer’s account.

86. The Government considered that the applicant’s claim for compensation for loss of earnings was wholly unsubstantiated. As for the applicant’s claim in respect of non-pecuniary damage, they left it to the Court’s discretion to fix an appropriate amount. They stressed, however, that the applicant could claim compensation for potential damage only in so far as it had arisen since 28 March 2006, when he was in preventive detention for more than ten years.

87. As for the applicant’s claim concerning pecuniary damage having arisen from a loss of earnings the Court, having regard to the material before it, considers that no clear causal connection between the Convention violations found and the applicant’s loss of estimated earnings has been established. It therefore rejects the applicant’s claim in this respect.

88. As for the applicant’s claim in respect of non-pecuniary damage, the Court takes into consideration that the applicant has been detained in breach of the Convention since 28 March 2006, that is, for more than four years and eight months at present, and that his preventive detention continued also long after the Court’s judgment in the case of *M. v. Germany* became final on 10 May 2010. This must have caused him non-pecuniary damage such as distress and frustration, which cannot be compensated solely by the finding of a Convention violation. Having regard to all the circumstances of the case and making its assessment on an equitable basis, it awards the applicant EUR 30,000 under this head, plus any tax that may be chargeable. Having regard to the request made by the applicant in person, it orders this sum, awarded to the applicant, to be paid into his lawyer’s fiduciary bank account.

B. Costs and expenses

89. The applicant also claimed EUR 2,500 net for the costs and expenses incurred before the Court, plus value-added tax (VAT), having been charged by his lawyer EUR 250 per hour for ten hours’ work.

90. The Government did not comment on that point.

91. 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 were reasonable as to quantum. In the present case, regard being had to the documents in its possession and the above criteria, the Court considers it reasonable to award the full sum of EUR 2,500 claimed for the costs and expenses incurred in the proceedings before this Court, plus any tax (including VAT) that may be chargeable.

C. Default interest

92. The Court considers it appropriate that the default interest 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. *Declares* the complaints under Article 5 § 1 and Article 7 § 1 admissible and the remainder of the application inadmissible;

2. *Holds* that there has been a violation of Article 5 § 1 of the Convention in so far as the applicant has been retained in preventive detention after 27 March 2006;

3. *Holds* that there has been a violation of Article 7 § 1 of the Convention;

4. *Holds*

(a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months from the date on which the judgment becomes

final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention,

(i) EUR 30,000 (thirty thousand euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;

(ii) EUR 2,500 (two thousand five hundred euros), plus any tax that may be chargeable, 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;

5. *Dismisses* the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

» Noot

1. "Eén Salduz per jaar is genoeg", aldus Egbert Myjer, de Nederlandse rechter in Straatsburg, onlangs in het *NTM/NJCM-Bulletin* (2010, p. 687). Rechtsvorming met een grote 'R', die een enorme impact heeft op het recht van de lidstaten, kan ook Straatsburg zich niet te vaak veroorloven. Het Hof is voor de uitvoering van de eigen uitspraken immers afhankelijk van de nationale autoriteiten. Laten die het afweten, dan kan dat ernstige gevolgen hebben voor het Straatsburgse toezichtmechanisme al was het maar omdat elk door het Hof geïdentificeerd lek in het schip van de nationale grondrechtenbescherming, een stroom drenkelingen produceert die, mits zij niet door de nationale rechter aan boord worden genomen, voor een groot deel in Straatsburg belanden. Voor de nu al veel te zware werklust van het Hof is

dat niet gunstig. De hiervoor afgedrukte uitspraak illustreert dat. Zij is het gevolg van, voor Duitsland, ingrijpende, Straatsburgse rechtspraak die op nationaal niveau vooralsnog tot constitutionele chaos leidt. Dat plaatst het Hof voor een strategisch dilemma: moet het de kwestie overlaten aan rechter en wetgever op nationaal niveau onder het motto ‘die Zeit heilt alle Wunden’, of wordt het, met de groeiende werklust in het achterhoofd, tijd voor het stellen van eisen aan de wijze waarop nationale rechters de implementatie van Straatsburgse rechtspraak vormgeven, hoe gevoelig dat ook moge zijn?

2. De hier opgenomen zaak maakt onderdeel uit van een reeks zaken waarin het gaat om de preventieve detentie van veelplegers en potentieel gevaarlijke veroordeelden in Duitsland. Zij verdient om diverse redenen bespreking. Zo is ze van belang voor het Nederlandse stelsel van TBS en de ISD-maatregel voor stelselmatige daders. Aan deze kwestie zal ik in deze noot echter geen aandacht besteden. Ik wil het hier vooral hebben over de wijze waarop het Hof in dit arrest omgaat met de implementatie van de eigen uitspraken in het recht van de lidstaten. In dat verband stip ik drie aandachtspunten aan. Om te beginnen ga ik in op de Duitse situatie (punten 3-4). Vervolgens ga ik wat dieper in op de wijze waarop de dialoog tussen Straatsburg en de Duitse rechter vorm krijgt (punten 5-9). Met name de methode van verdragsconforme interpretatie passeert daarbij de revue. Vervolgens ga ik in op de vraag hoe het EHRM met de problemen van de nationale rechter dient om te gaan (punten 10-13). De noot eindigt met een korte beschouwing over de vraag welke

gevolgen een en ander mogelijk voor de Nederlandse rechtspraak heeft.

3. Zoals gezegd, is deze uitspraak onderdeel van een reeks van zaken over het Duitse stelsel van preventieve detentie. Op dezelfde dag werd ook uitspraak gedaan in de zaken van *Haidn* (nr. 6587/04, hier opgenomen onder «EHRC» 2011/48), *Mautes* (nr. 20008/07) en *Schummer* (27360/04). Eerder, op 21 november 2010, wees het Hof reeds een klacht af van een zekere *Grosskopf* (nr. 24478/03). Deze reeks zaken volgt op de kameruitspraak in de zaak *M. t. Duitsland* (EHRM 17 december 2009, nr. 19359/04), waarin het een schending van art. 5 en 7 EVRM constateerde. De kwestie ligt gecompliceerd, al was het maar omdat zij een ingewikkelde regeling betreft. Kort samengevat oordeelde het Hof in 2009 dat de preventieve detentie, hoewel het doel ervan niet bestraffend van aard was, in de praktijk niet wezenlijk verschilde van de ‘normale’ punitieve detentie. Zij viel daarom onder het bereik van art. 5 en 7 EVRM. Anders dan voor ‘normale’ detentie het geval zou zijn geweest, is voor preventieve detentie niet vereist dat bij de dader sprake is van schuld. Enkel het gevaar dat van de dader voor de samenleving uitgaat is van belang. Het Hof stelde daarom vast dat niet noodzakelijkerwijs sprake hoeft te zijn van causaal verband tussen het gepleegde strafbare feit en de beslissing om de dader in preventieve detentie te plaatsen. De maatregel viel daarom niet onder de uitzonderingsgrond van art. 5, eerste lid, onder a EVRM. Evenmin kon zij worden gebracht onder een van de andere uitzonderingen van het eerste lid van art. 5. De Duitse regeling was voor al die gevallen eenvoudigweg te ruim geformuleerd. Nu bij de wetswijziging

van 1998 bovendien de maximumtermijn van tien jaar was komen te vervallen en Duitse rechters, op basis van deze nieuwe regeling, de detentie verlengden van daders die veroordeeld waren voor 1998, was volgens het Hof eveneens sprake van schending van art. 7, eerste lid EVRM.

4. Preventieve detentie is in Duitsland al langer een heet hangijzer. Het Duitse strafrecht heeft inmiddels kennisgemaakt met een reeks amendementen op de huidige federale regeling. Bovendien verschenen er op deelstatelijk niveau al verschillende regelingen, die door het Federale Constitutionele Hof, het 'Bundesverfassungsgericht' (BVerfG), intussen ook al weer onverenigbaar met de Duitse grondwet (*Grundgesetz*, GG) zijn verklaard. Het arrest van het EHRM in *M. t. Duitsland* heeft de kwestie er niet eenvoudiger op gemaakt. De vraag hoe een EVRM-conforme regeling er uit zou moeten zien is niet eenvoudig te beantwoorden. De Duitse rechter staat ondertussen voor de vraag hoe hij gedetineerden die op basis van de in strijd met het EVRM verklaarde voorschriften vastzitten rechtsbescherming kan bieden, zonder dat hij de wetgever daarbij onaanvaardbaar voor de voeten loopt en ongetwijfeld ook het liefst zonder dat daarmee de Duitse straten nu plotseling onveilig worden gemaakt. Hoe dit probleem op te lossen? De hiervoor genoemde reeks zaken laat zien dat daarover onenigheid bestaat. In de zaak van *Schummer* bleek conforme interpretatie van het wettelijk stelsel mogelijk. In de zaken van *Kallweit* en *Mauts* was dat niet het geval. De hoogste rechter in strafzaken, het 'Bundesgerichtshof' (BGH), is verdeeld over de kwestie. De Vierde Senaat ziet

ruimte voor conforme interpretatie, de Vijfde Senaat oordeelt dat die ruimte er niet was. Deze laatste heeft de Vierde Senaat inmiddels formeel opgeroepen om de koers te wijzigen. Doet deze dat niet, dan kan de kwestie worden voorgelegd aan de Grote Senaat.

5. Dat verschillende rechters naar het instrument van de conforme interpretatie grepen zal niet verbazen. Anders dan zijn Nederlandse collega, kan de Duitse rechter wetgeving niet buiten toepassing laten wegens strijd met het EVRM. Verdragsrecht heeft in Duitsland de rang van Bondswet en komt daarom geen voorrang toe boven voorschriften van de federale wetgever. Op diverse manieren is in het verleden getracht een vorm van materiële voorrang te construeren, bijvoorbeeld door het EVRM aan te merken als *lex specialis*. Die benadering kent echter grenzen. In het onderhavige geval is moeilijk vol te houden dat het beginsel van *nulla poena sine lege* van art. 7 EVRM een *specialis* is ten opzichte van een regeling die doelbewust ook van toepassing is op reeds veroordeelde gedetineerden (vgl. BGH 21 juli 2010, 5 StR 60/10, r.o. 15). Belangrijker is dat de Duitse rechtspraak bij de uitleg van het Duitse recht zoveel mogelijk rekening dient te houden met het EVRM zoals dit door het Hof in Straatsburg wordt uitgelegd. Deze plicht volgt uit de binding van de rechter en de wet en het recht (art. 20, derde lid GG, zie tevens BVerfG 23 juni 1981, *BVerfGE* 58, 1, *Eurocontrol I*; BVerfG 14 oktober 2004, *BVerfGE* 111, 307, *Görgülü I*, hierna: 'Görgülü'). Wat moet echter onder 'rekening houden met' worden verstaan? Mag de tekst van de wettelijke regeling geweld worden aangedaan, of is verdragsconforme interpretatie niet mogelijk waar deze tekst eenduidig is?

En als dat wel mogelijk is, waar ligt dan de grens?

6. Ruw gesproken valt in dit verband te kiezen tussen twee varianten van de conforme interpretatie. Ten eerste is er de variant waarbij de rechter uitgaat van de presumptie dat de wetgever bedoeld heeft voorschriften vast te stellen die in overeenstemming zijn met zijn volkenrechtelijke verplichtingen. Het gaat dan enkel om een presumptie die het onderspit delft als andere interpretatiemethoden, zoals de tekst van de wet of de parlementaire geschiedenis, aanwijzingen bevatten dat de wetgever de eventuele strijd met het verdragsrecht op de koop toe heeft genomen. Conforme interpretatie is in die optiek slechts mogelijk waar het nationale recht ambigu is. Een tweede variant betreft, wat Prechal in het kader van de richtlijnconforme interpretatie wel heeft aangeduid als 'remedial interpretation' (S. Prechal, *Directives in EC Law*, Oxford 2005, p. 190). De presumptie is dan sterker en laat zich niet gemakkelijk overtroeven. Een voorbeeld van 'remedial interpretation' is de rechtspraak van de Britse rechter onder art. 3 van de Human Rights Act 1998. Deze bepaling schrijft voor dat wetgeving zo veel mogelijk in overeenstemming met het EVRM moet worden uitgelegd. Volgens vaste rechtspraak geldt zij als een mandaat voor de Britse rechter om de tekst en de wetsgeschiedenis van het voorschrift in kwestie, indien nodig, terzijde te schuiven (vgl. HL 21 juni 2004, *UKHL 30, Ghaidan v. Godin-Mendoza*. Zie tevens A. Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, Oxford 2009, p. 19 e.v.; J. Uzman, 'Straatsburg en Westminster: Over het EVRM in de Britse rechtspraak',

NTM/NJCM-Bulletin 2010, pp. 766-780). Dit betekent overigens niet dat conforme interpretatie in zulke gevallen onbeperkt is. De beperkingen zijn echter vooral institutioneel van aard: de rechter dient te bezien of gebruikmaking van de bevoegdheid tot conforme interpretatie hem zodanig op het terrein van de wetgever brengt dat hij deze hinderlijk voor de voeten loopt. Dat kan het geval zijn als er verschillende conforme interpretaties mogelijk zijn en de keuze tussen die interpretaties rechtspolitiek van aard is, maar ook als een conforme lezing de kern van het voorschrift in kwestie zou aantasten, of als zij vergaande gevolgen zou hebben voor de uitleg van allerhande andere regelingen. De rechter moet, kortom, binnen de grenzen van zijn rechterlijke rol blijven.

7. Het is niet helemaal duidelijk welk van de twee concepten de Duitse rechter dient te volgen wanneer hij federale wetgeving conform het EVRM interpreteert. Het Constitutionele Hof (BVerfG) verplicht hem dat te doen binnen de kaders van 'methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung', maar onduidelijk is wanneer daarvan sprake is (zie *Görgülü*, r.o. 47). Het lijkt er in elk geval op dat de Vierde Senaat van het BGH heeft gekozen voor de tweede, robuustere, variant van conforme interpretatie, terwijl de Vijfde Senaat zijn taak beperkter opvat door er op te wijzen dat de tekst van de regeling vrij eenduidig is en dat EVRM-conforme lezing de betekenis van de bepaling wezenlijk zou aantasten. Voor deze laatste opstelling pleit dat het Constitutionele Hof in het kader van de grondwetsconforme interpretatie van wetgeving in elk geval pretendeert dat niet mag worden afgedaan aan de, uit de tekst en de parlementaire geschiedenis af

te leiden, bedoeling van de wetgever (vgl. BVerfG 11 juni 1980, *BVerfGE* 54, 277). In het geval van grondwetsconforme interpretatie heeft het BVerfG echter een alternatief in de vorm van het nietig verklaren van het, met het Grundgesetz strijdige, voorschrift. Voor verdragsconforme interpretatie bestaat een dergelijk alternatief niet. De robuustere opstelling van de Vierde Senaat kan dan ook gerechtvaardigd worden door de wens om effectieve rechtsbescherming te verlenen, een wens die ten grondslag lijkt te liggen aan het arrest-*Görgülü* uit 2004, het standaardarrest van het Constitutionele Hof op dit terrein.

8. Daarmee kom ik op de rol van het Constitutionele Hof. In de zaak van Kallweit lijkt het BVerfG vooralsnog geen rol van betekenis te spelen, maar daar zal wel verandering in komen. Voor de dialoog tussen Straatsburg en de Duitse rechter is het BVerfG van cruciaal belang. Dit hof heeft twee belangrijke sleutels in handen om de doorwerking van het EVRM in deze kwestie te effectueren. Ten eerste is het BVerfG degene die uiteindelijk bepaalt of de reguliere rechter de hiervoor besproken grenzen van zijn interpretatievrijheid heeft overschreden. Het overschrijden van die grenzen kan namelijk een schending inhouden van art. 20 GG, dat de rechtspraak bindt aan wet en recht. Daarover kan bij het BVerfG worden geklaagd. De vraag wat onder ‘methodisch vertretbare Auslegung’ moet worden verstaan, is er dan ook uiteindelijk een voor het BVerfG. Belangrijker is echter dat, ook als het BVerfG mocht besluiten dat verdragsconforme interpretatie van de *strafwet* in dit geval de rechterlijke taak te buiten zou gaan, het nog altijd de

mogelijkheid heeft het Duitse recht in lijn te brengen met het EVRM. Volgens de vaste rechtspraak van het BVerfG is het EVRM namelijk ook richtinggevend voor de uitleg van de grondrechten in het ‘Grundgesetz’ (*Görgülü*, r.o. 32; vgl. ook BVerfG 26 maart 1987, *BVerfGE* 74, 358). Op dat uitgangspunt bestaat wel een tenzij: verdragsconforme lezing mag niet leiden tot een verminderde bescherming van het Grundgesetz voor derden. Meent het Hof dus dat de strafwet zelf geen verdragsconforme lezing toelaat, dan is het mogelijk dat het Hof deze vervolgens toetst aan de bepalingen van het Grundgesetz, *zoals uitgelegd in het licht van het EVRM*. Een schending van artikel 5 EVRM houdt dan tevens een schending van, in dit geval, art. 2 GG in. Het rechtsgevolg van een dergelijke toetsing is in de Duitse rechtsorde uiteraard veel ingrijpender dan in het geval van de toetsing aan het EVRM. Zoals gezegd leidt de onverenigbaarheid van een wettelijk voorschrift met het Grundgesetz, althans in theorie, tot de nietigheid van dat voorschrift. Klagers kunnen dan ook een groot belang hebben bij een beroep op het EVRM over de band van het Grundgesetz. Met het Straatsburgse arrest *M. t. Duitsland* in het achterhoofd, lijkt verdragsconforme interpretatie van art. 2 GG in elk geval mogelijk. Zoals gezegd leest het BVerfG het Grundgesetz doorgaans immers conform het EVRM tenzij dat leidt tot een verminderde grondrechtenbescherming van derden. Daarvan lijkt hier geen sprake. Een beroep van gedetineerden op art. 2 GG, uitgelegd in het licht van de art. 5 en 7 EVRM, tast de grondrechten van derden niet onmiddellijk aan. Vrijlating zou in sommige gevallen wellicht de veiligheid op straat aantasten maar het Hof heeft andere mogelijkheden tot zijn

beschikking om aan die situatie iets te doen. Ik kom daar in het volgende punt op terug.

9. Een interessante vraag is dan overigens wel of het Constitutionele Hof bereid is de eigen rechtspraak inzake de verenigbaarheid van preventieve detentie met het GG te herzien. Sinds 2004 oordeelde het namelijk steevast dat de federale strafwet op dit punt grondwettig was. De casus omtrent preventieve detentie is daarmee een mooie testcase. Is het Hof bereid om een relatief recente ‘Leitentscheidung’ van eigen makelij opzij te zetten om Straatsburg op dit punt te volgen, of heeft het reden om – zoals bijvoorbeeld het Britse Hooggerechtshof dat deed, in *R. v. Horncastle* (2007) – af te wijken van de Straatsburgse lijn omdat deze funest zou zijn voor de nationale rechtsorde? Nietigheid van de relevante bepalingen van de Duitse strafwet zou in sommige gevallen immers betekenen dat zeer gevaarlijke personen op straat komen te staan. Wat als het Hof dat niet voor zijn rekening wil nemen? Een tussenoplossing zou zijn dat het Hof vaststelt dat strijd tussen de relevante bepalingen van de strafwet en het Grundgesetz weliswaar dreigt, maar dat het er voorsnog vanaf ziet om deze formeel vast te stellen omdat die strijd voor wetgever en bestuur, op basis van de vaste rechtspraak van het BVerfG, niet evident was. Het is dan aan de wetgever om de zaak ter hand te nemen. Het Hof nam dergelijke ‘Appellentscheidungen’ in het verleden wel vaker aan. Zo verklaarde het in 1975 bijvoorbeeld dat een uitkeringsregeling ten behoeve van weduwen, ongerechtvaardigd onderscheid maakte naar sekse. Het Hof zag er echter vanaf om de regeling ongrondwettig te verklaren, nu de wetgever zich had laten

leiden door eerdere rechtspraak van het BVerfG, waarin het onderscheid nog wel gerechtvaardigd was geacht (BVerfG 12 maart 1975, *BVerfGE* 39, 169, *Witwerente II*). Een dergelijke handelwijze heeft voor- en nadelen. Een belangrijk voordeel is dat de wetgeving in kwestie geldig blijft, hetgeen schoksgewijze transitie naar een rechtmatig stelsel van preventieve detentie vermijdt. Het heeft bovendien als voordeel dat het dan aan de wetgever is om een keuze te maken uit de reeks beschikbare mogelijkheden om de regeling EVRM-proof vorm te geven. Men kan daarbij denken aan wijziging van de detentieomstandigheden, zodat aan de detentie het karakter van straf wordt ontnomen, of aan nieuwe waarborgen rondom het opleggen van de maatregel. Het lijkt beter een dergelijke complexe kwestie aan de wetgever over te laten. Tot slot is het mogelijk dat de wetgever een andere inschatting maakt dan de rechter. Het BVerfG kan dan opnieuw beslissen of het Straatsburg blijft steunen, danwel dat het zich achter de wetgever opstelt. Een belangrijk nadeel heeft de ‘Appellentscheidung’ overigens ook. Gedetineerden, van wie sommigen al meer dan vijftien jaar in de cel hebben doorgebracht, hoeven niet op snel rechtsherstel te rekenen.

10. Het is duidelijk dat de kwestie in Duitsland een heet hangijzer is. Hoe moet het EHRM daarmee omgaan? Ik wil hier op twee punten ingaan. Ten eerste betreft dat de Straatsburgse reactie op de, zojuist geschetste, Duitse perikelen met betrekking tot de kwestie van de verdragsconforme interpretatie, en ten tweede de vraag of het, gelet op de complexe problemen waarvoor rechter en wetgever in Duitsland gesteld worden, tijd wordt voor een ‘pilot-judgment’.

11. Uit het voorgaande bleek al dat Duitse rechters momenteel sterk verdeeld zijn over de vraag of de Duitse wetgeving conform het EVRM kan worden uitgelegd. Heeft het EHRM op dit punt een rol te spelen? Ik denk het wel, al was het maar in het kader van de ontvankelijkheidsvraag. Op dit moment hebben de meeste gedetineerden die zich in Straatsburg hebben aangediend, op nationaal niveau reeds uitvoerig geprocedeerd. Maar wat als men in de toekomst besluit om de preventieve detentie direct bij het Hof aan de orde te stellen omdat men de kans op succes bij de nationale rechter, gelet op de rechtspraak van het BGH te gering acht? Zijn zulke klachten ex art. 35 EVRM niet-ontvankelijk omdat de nationale rechtsmiddelen niet zijn uitgeput? Uitputting is volgens de vaste rechtspraak van het Hof niet nodig als die rechtsmiddelen in de praktijk niet effectief zijn (vgl. bijv. *Akdivar t. Turkije*, EHRM 16 september 1996, *NJCM-Bulletin* 1996, p. 1090, m.nt. Lawson, en *Salah Sheekh t. Nederland*, EHRM 11 januari 2007, «EHRC» 2007/36 m.nt. Woltjer). Het Hof overweegt in dat verband doorgaans dat het rechtsmiddel in kwestie “capable of providing redress in respect of the applicant’s complaints” is, en dat het “reasonable prospects of success” moet bieden (vgl. *Greens & M.T. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 23 november 2010, «EHRC» 2011/20 m.nt. De Lange). Het is onduidelijk wat de gevolgen van deze rechtspraak zijn voor de methode van verdragsconforme interpretatie als zodanig. De houding van het Hof ten aanzien van de verdragsconforme interpretatie onder de Human Rights Act is bijvoorbeeld wisselend. In *Upton t. Verenigd Koninkrijk* (EHRM 11 april 2006, nr. 29800/04), overwoog het bijvoorbeeld

dat de klager op nationaal niveau om verdragsconforme interpretatie had moeten verzoeken. Recent achtte het een dergelijke exercitie in *Greens & M.T.* overbodig. Het lijkt er op dat het Hof, op basis van de rechtspraak van de nationale rechter, een globale inschatting maakt van de vraag of de klager met een verzoek tot conforme interpretatie in de hand enige kans maakt. De rechtspraak van het BGH stelt het Hof in dat verband voor een dilemma. Zolang tussen de verschillende Senaten geen overeenstemming bestaat, is de kans op succes voor individuele klagers onduidelijk, zij het dat er dan tenminste nog kans op succes bestaat. Een en ander lijkt, gelet op de competentieverdeling tussen de Senaten, vooral een kwestie van waar de klager in de cel zit. Mocht de opvatting van de Grote Senaat in de toekomst prevaleren, dan heeft een beroep op het EVRM weinig zin. Het is dan, zoals hiervoor geschetst, vooral van belang wat het BVerfG gaat doen. Het lijkt voor de hand liggend dat het EHRM afwacht hoe zich die kwestie gaat ontwikkelen. Het probleem van een dergelijke afwachtende houding van het Hof is echter dat de klok blijft tikken voor mensen die, in weerwil van een terecht beroep op het EVRM, reeds lange tijd in de cel hebben doorgebracht.

12. Dat de Duitse rechtsgang in dit geval mogelijkerwijs door het EHRM als onvoldoende effectief zou worden aangemerkt geeft aanleiding tot zorg. Niet alleen voor Duitse rechter, voor wie dat een affront zou zijn, maar ook voor het Straatsburgse toezicht. Het EHRM zit, gelet op de enorme werklast van het Hof, bepaald niet op extra zaken te wachten. Dat pleit ervoor dat het zich intensiever bezig gaat houden met de effectiviteit van de rechtsgang op nationaal niveau.

De keerzijde daarvan is dat het Hof zich dan zou mengen in de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever op nationaal niveau. Dat is voor de legitimatie van de Straatsburgse rechtspraak, mede gelet op recente discussies over de positie van het Hof in Nederland en het Verenigd Koninkrijk, ook al geen aantrekkelijk vooruitzicht. In het verleden was het Hof zeer beducht om de wijze waarop de implementatie van de eigen rechtspraak op nationaal niveau ter hand werd genomen, al te zeer te normeren. Art. 13 EVRM, dat staten verplicht zorg te dragen voor effectieve rechtsbescherming, is bijvoorbeeld nooit zodanig uitgelegd dat het incorporatie van het EVRM in de nationale rechtsorde vereist (zie daarover T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten* (diss. Leiden), Lelystad: Vermande 1998). Zou het Hof de Duitse rechter nu quasi verplichten om tot verdragsconforme interpretatie over te gaan, dan zou het aan dat uitgangspunt afbreuk doen.

13. Wat moet in dat verband worden gedacht van de overwegingen die het Hof wijdt aan de implementatiekwestie (par. 74-83)? Het acht de tijd nog niet rijp voor specifieke aanwijzingen met betrekking tot de vraag hoe Duitsland de problematiek te lijf moet gaan, maar het roept de nationale rechters op “to assume their responsibility for implementing and enforcing speedily the applicant’s right to liberty, a core right guaranteed by the Convention”. Hoewel het dus de Duitse rechtspraak niet rechtstreeks dwingt tot conforme interpretatie, is de hint van het Hof niet mis te verstaan. Het is de vraag of het Hof veel verder kan en zal gaan in de toekomst. Gelet op de vele complexe vragen die zich aandienen bij wijziging

van het systeem (zie daarover nader G. Merkel, ‘Incompatible Contrasts? Preventive Detention in Germany and the ECHR’, *German Law Journal* 2010, pp. 1046-1066), kan het voor de wetgever wellicht nuttig zijn als het Hof een precieze indicatie geeft van wat het wel of niet beschouwt als strafrechtelijke detentie, en onder welke omstandigheden het een causaal verband aanneemt tussen het delict en de rechterlijke uitspraak tot oplegging van preventieve detentie. Dat is echter iets anders dan dat het Hof uitmaakt in welke gevallen de Duitse rechter de Duitse strafwet conform dient te interpreteren. Het is bovendien de vraag of een zo vergaande opstelling van het EHRM nodig is. Het Hof gaat er terecht vanuit dat het voor drastische maatregelen nog te vroeg is. De klachten van Kallweit c.s. dateren allemaal nog van voor het arrest *M. t. Duitsland* van het Hof, en de Duitse rechtspraak is duidelijk nog in ontwikkeling.

14. Hebben de hiervoor beschreven ontwikkelingen, tot slot, nog gevolgen voor de Nederlandse rechtspraak? Ten aanzien van de praktijk van verdragsconforme interpretatie lijkt dat mee te vallen. De Nederlandse rechter is beduidend minder strikt in het hanteren van grammaticale of wethistorische grenzen aan verdragsconforme interpretatie dan zijn Duitse collegae. Dat heeft iets te maken met het feit dat hij de bevoegdheid tot conforme interpretatie combineert met de bevoegdheid ex art. 94 Grondwet, om wettelijke voorschriften die in strijd zijn met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en volkenrechtelijke organisaties buiten toepassing te laten. In de praktijk is voor de buitenstaander lang niet altijd duidelijk of de Nederlandse rechter nu verdragsconform interpreteert,

danwel op de voet van art. 94 Gw buiten toepassing laat. Voor de uitkomst in het geschil maakt dat in veel gevallen ook niet uit. Belangrijker zijn de institutionele grenzen die de Nederlandse rechter hanteert: bij de (conforme) uitleg van wetgeving dient hij zijn rechtsvormende taak niet te buiten te gaan. In dat verband is meestal niet zozeer de tekst van de wet of de wetsgeschiedenis van belang, maar vooral of de rechter niet in de positie komt dat hij rechtspolitieke keuzes gaat maken, of hij de wetgever (daarmee) niet hinderlijk voor de voeten loopt en of zijn rechtspraak geen ernstige gevolgen voor de samenleving heeft die de wetgever niet meer kan repareren. In een zaak als de onderhavige lijkt in elk geval sprake van de eerste situatie. De rechtspraak van het EHRM laat, zoals gezegd, een veelheid aan mogelijke oplossingen toe om de situatie met betrekking tot preventieve detentie weer in overeenstemming met het EVRM te brengen. De bron van conflict tussen het nationale recht en het EVRM is, met andere woorden, niet zozeer een specifieke bepaling, maar een complex samenspel van normen.

15. Ook als de Nederlandse rechter tot het inzicht komt dat de kwestie er vooralsnog een voor de wetgever is, dwingen art. 94 Gw en de plicht om effectieve rechtsbescherming van de rechten in het EVRM te garanderen, hem wel om alsnog in te grijpen wanneer de wetgever de kwestie op zijn beloop laat (zie in dat verband HR 12 mei 1999, *BNB* 1999/271). Vanuit het perspectief van de rechtsbescherming van de betrokken gedetineerden is dat positief te waarderen (ook al zijn mij geen voorbeelden bekend waarin de Hoge Raad ook consequenties aan deze

rechtspraak verbond), maar het ontnemt de Nederlandse rechter wel de mogelijkheid om tegengas te geven wanneer hij meent dat Straatsburg een koers heeft gekozen die voor de Nederlandse rechtspraak schadelijk uitpakt (zie o.m. J.H. Gerards ‘Samenloop van nationale en Europese grondrechtenbepalingen – hoe moet de rechter daarmee omgaan?’, *TvCR* 2010, pp. 224-255, en E. Hey, R. de Lange & P.A.M. Mevis, ‘De transnationale dialoog tussen rechters inzake de afstemming van Europese en nationale grondrechten’, *NJB* 2005, p. 33). Art. 94 Grondwet biedt daarvoor weinig ruimte. Een deel van de Staatscommissie Grondwet stelde onlangs voor om art. 94 zodanig aan te passen dat van voorrang wordt afgezien waar verdragsrecht in strijd komt met fundamentele rechtsstatelijke beginselen die zouden zijn neergelegd door een eveneens door de Staatscommissie voorgestelde algemene bepaling in de Grondwet (zie Rapport Staatscommissie Grondwet, Den Haag 2010, p. 130). Het is echter de vraag of dat in een geval als het onderhavige tot werkelijk andere uitkomsten zou leiden. De vrijlating van gevaarlijke gedetineerden kan vanuit het perspectief van de veiligheid op straat wellicht bezwaarlijk zijn, maar om de detentie van zulke personen onder te brengen bij een ‘wezenlijk rechtsstatelijk beginsel’ lijkt een gevaarlijke exercitie waar men beter niet aan kan beginnen.

16. De afgelopen jaren is het Duitse stelsel diverse keren ten voorbeeld gesteld als een stelsel dat een zinvolle dialoog bewerkstelligt tussen Straatsburg en de nationale rechter. De methode van verdragsconforme interpretatie speelt daarbij een belangrijke rol. Zonder dat af hoeft te worden gedaan aan de voordelen

die dat stelsel inderdaad te bieden heeft, illustreert de uitspraak van het Hof in *Kallweit t. Duitsland* wel dat de dialoogmetafoor soms een kwestie van simplificatie is. Gelet op de onderscheidenlijke posities van wetgever, constitutionele en reguliere rechter, kan men beter van een dialoog spreken. Of misschien van een kakofonie?

J. Uzman, Promovendus Staats- en Bestuursrecht, Universiteit Leiden