



Universiteit  
Leiden

The Netherlands

## **EHRC 2012, 118; Boulois tegen Luxemburg**

Crijns, J.H.

### **Citation**

Crijns, J. H. (2012). EHRC 2012, 118; Boulois tegen Luxemburg. *European Human Rights Cases*, 13(6), 1478-1493. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/19176>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/19176>

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

118

Europees Hof voor de Rechten van de Mens  
3 april 2012, nr. 37575/04  
(Bratza (President), Costa, Tulkens, Casadevall,  
Vajić, Zupančić, Fura, Myjer, Šikuta, Ziemele,  
Villiger, Berro-Lefèvre, Hirvelä, Nicolaou,  
Bianku, Yudkivska, De Gaetano)  
Noot mr. J.H. Crijns

**Recht op verlof uit detentie. 'Burgerlijk recht'  
in de zin van art. 6 lid 1 EVRM. Grote Kamer.**

[EVRM art. 6 lid 1]

Op 22 oktober 2001 wordt Boulois veroordeeld tot vijftien jaar gevangenisstraf, waarvan drie jaar voorwaardelijk, wegens mishandeling, verkrachting en wederrechtelijke vrijheidsberoving vergezeld van marteling, gepleegd op 10 december 1998. Gedurende zijn detentie doet Boulois meermalen een verzoek tot voorwaardelijke invrijheidstelling, overplaatsing naar een halfopen inrichting en verlof om de inrichting tijdelijk te verlaten. Deze verlofverzoeken staan in onderhavige zaak centraal. Het eerste verlofverzoek van Boulois in oktober 2003 betreft een verzoek de inrichting – al dan niet onder begeleiding – voor één dag te mogen verlaten teneinde onder andere een aantal administratieve formaliteiten af te handelen. Bij dit verzoek geeft Boulois tevens aan dat hij nog niet in staat is geweest te voldoen aan de aan hem opgelegde verplichting tot schadevergoeding en dat hij probeert zijn financiën op orde te krijgen. Het verlofverzoek wordt op 5 november 2003 afgewezen door de advocaat-generaal, op basis van een risico van uitzetting en vluchtgevaar en in het licht van het feit dat Boulois heeft nagelaten zich te bezinnen op de door hem gepleegde feiten. Ook geeft de

advocaat-generaal aan dat alvorens privileges aan Boulois worden toegekend, hij dient te beginnen met betaling van de schadevergoeding. Op 17 januari 2004 herhaalt Boulois zijn verzoek. Ter nadere onderbouwing wijst zijn raadsman op het feit dat het toekennen van verlof Boulois in staat zou stellen zijn zaken zodanig te regelen dat hij na zijn vrijlating een zelfstandig leven buiten de gevangenis zou kunnen gaan leiden. Bovendien zou dit verlof hem de gelegenheid geven zo snel mogelijk te beginnen met het betalen van de civiele partij. Ook dit tweede verzoek wordt op 17 maart 2004 afgewezen. Vervolgens dient Boulois op 25 mei 2004 bezwaar in tegen beide afwijzende beslissingen bij het administratief gerecht. Op 23 december 2004 oordeelt dit gerecht echter dat het geen jurisdictie heeft, omdat het hier niet om een administratieve maar een juridische kwestie gaat. Het al dan niet toekennen van verlof is volgens het gerecht een beslissing die de 'reikwijdte' van een opgelegde straf verandert. Het appel tegen deze beslissing, waarin Boulois mede klaagt over het feit dat hem het recht op toegang tot een rechter in de zin van art. 6 lid 1 EVRM is ontzegd, wordt afgewezen. Op 11 augustus 2004 doet Boulois een derde verzoek tot verlof; ditmaal met als reden dat hij een aantal cursussen wil volgen, die hij niet binnen de inrichting kan volgen. Ook dit verzoek wordt op 21 september 2004 afgewezen, aangezien hij ook binnen de inrichting cursussen kan volgen en hij nog steeds geen substantieel begin heeft gemaakt met het schadeloosstellen van de civiele partij. Vervolgens doet hij op 14 oktober 2004 een vierde verlofverzoek, welk verzoek ertoe strekt een dag met zijn kinderen door te brengen. Ook dit verzoek wordt afgewezen, omdat het bezoekrecht van Boulois ten aanzien van zijn kinderen op dat moment nog niet helder is vastgesteld. Boulois doet nog driemaal, op verschillende momenten in de periode van 24 februari 2005 tot 4 mei 2006, een verzoek tot verlof, dat telkens wordt afgewezen. Uiteindelijk wordt hem op 31 oktober 2008 een dag verlof verleend. In de periode tussen 12 december 2008 en 19 juni 2009 wordt hem vervolgens vijfmaal verlof toegekend, steeds voor de duur van twee dagen. Op 20 maart 2009 wordt Boulois overgeplaatst naar een halfopen gevangenis. Ook wordt hem op die dag een tiendaags verlof verleend om een baan te zoeken. Op 25 juli 2010 verlaat Boulois de gevangenis definitief. In Straatsburg klaagt Boulois dat de beschreven gang van zaken met betrekking tot zijn verlofverzoeken in strijd is met het door art. 6 lid 1 EVRM gegarandeerde recht op een eerlijk proces en op toegang tot een rechter. Op 14 oktober 2010 oor-

*deelt de Tweede Kamer van het Hof dat inderdaad sprake is van een schending van art. 6 lid 1 EVRM, nu de instantie die over de verlovverzoeken oordeelde niet voldeed aan de eisen van een gerecht in de zin van art. 6 EVRM en de weigering van de beide administratieve gerechten om een inhoudelijk oordeel te vellen, Boulois' recht op toegang tot een rechter illusoir heeft gemaakt. Hieraan voorafgaand oordeelt de Tweede Kamer van het Hof dat in casu sprake was van een burgerlijk recht in de zin van art. 6 lid 1 EVRM. De Grote Kamer, waarnaar de zaak op verzoek van de Luxemburgse overheid wordt verwezen, oordeelt ten aanzien van dit laatste aspect echter anders. Nu het Luxemburgse recht de mogelijkheid van verlof beschouwt als een 'privilege' dat 'kan worden verleend', kan i.c. niet van een recht in de zin van art. 6 lid 1 EVRM worden gesproken. Van een schending van deze bepaling kan dan ook geen sprake zijn.*

Boulois  
tegen  
Luxemburg

## The Law

### Alleged violation of Article 6 § 1 of the Convention

62. The applicant submitted that he had been deprived of his right to a fair hearing and his right of access to a court in connection with the refusal of his requests for prison leave. He alleged a violation of Article 6 § 1 of the Convention, the relevant parts of which provide:

“In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a ... hearing ... by [a] ... tribunal...”

#### A. The Chamber judgment

63. In its judgment of 14 December 2010 the Chamber held that Article 6 of the Convention was not applicable under its criminal head. However, it ruled that the applicant's complaint was compatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention, in so far as it related to Article 6 under its civil head. In the Chamber's view, the applicant could arguably maintain that, as a prisoner, he was entitled to be granted prison leave once he satisfied all the requirements laid down by the legislation. The Chamber further observed that the restrictions on the right to a court to which the applicant claimed to have been subjec-

ted in the context of his requests for prison leave related to a set of prisoners' rights which the Council of Europe had recognised by means of the European Prison Rules, adopted by the Committee of Ministers and clarified in three Recommendations. The Chamber therefore concluded that a dispute over “rights” within the meaning of Article 6 § 1 could be said to have existed. As to whether the rights in question were “civil” rights, it pointed out that the proceedings concerning the applicant's various requests for prison leave had raised the issue of his interest in reorganising his professional and social life on his release from prison. In the Chamber's view, the applicant's requests for prison leave had been motivated by his wish to attend classes with a view to obtaining diplomas in accounting and computer use and to complete certain administrative formalities with his bank and various institutions (including the renewal of his driving licence and his consular registration card). The Chamber considered that the restriction alleged by the applicant, in addition to its pecuniary implications, related to his personal rights, in view of the significance of his interest in resettling in society. It took the view that the applicant's social rehabilitation was crucial to the protection of his right to lead a private life and develop his social identity. It therefore concluded that the proceedings in question had related to a civil right.

64. The Chamber held that there had been a violation of Article 6 of the Convention, on the grounds that the Prison Board had not satisfied the requirements of a “tribunal” within the meaning of Article 6 § 1 and that the lack of any decision on the merits had nullified the effect of the administrative courts' review of the Prison Board's decisions.

#### B. The parties' submissions

##### 1. The Government

###### (a) Applicability of Article 6 of the Convention

65. The Government submitted that Article 6 of the Convention was not applicable to the present case.

66. Referring to the principles established in the Court's case-law in this sphere, they submitted that the applicant had not had a “right” within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention.

67. In the Government's submission, it was clear from the wording of the national legislation that the granting of prison leave was merely a *privilege* to which there was no automatic entitlement.

68. A Court of Appeal judgment of 9 February 2000 had ruled indirectly on the nature of decisions relating to the granting of prison leave. The case in question concerned the issue of State liability for damage caused by a prisoner during his prison leave. The Court of Appeal had specified that, in providing that prisoners *might* be eligible for certain measures contributing to the maintenance of their family ties and to making preparations for their resettlement into society, the legislature had created a particular risk for third parties which gave rise to a State duty to afford redress.

69. Furthermore, the Prison Board had full discretion in the matter. The legislature had not imposed an absolute obligation to grant prison leave: even assuming that the various criteria established by section 7 of the 1986 Law were met, the Prison Board was entirely free to assess whether the person concerned merited the privilege. The Government inferred from this that the Chamber had been incorrect in ruling that the applicant could claim entitlement to prison leave once he satisfied the criteria. They took the view that, even in such circumstances, the law authorised the members of the Prison Board to refuse a request. Each case was examined with reference to the nature and circumstances of the offence committed and the prisoner's personality.

70. The Government added that the Chamber had wrongly concluded that the applicant possessed rights on the basis of the European Prison Rules adopted by the Committee of Ministers. The relevant Recommendations laid down guidelines for the member States with a view to harmonising the rules in force, and as such did not constitute a source of domestic or international law. They left member States a wide margin of appreciation when it came to granting prison leave and were not intended to create an absolute right to prison leave, without specific conditions attached, each time a prisoner requested it. In the Government's view, while member States were required to make provision in their legal systems for the resettlement of prisoners, the manner in which they did so was for them to decide.

71. The Government further disputed the assertion that the "right" claimed by the applicant was in any sense a "civil" right.

72. In their submission, the Chamber had rightly dismissed the family reasons cited by the applicant, since his requests for prison leave had not been based on a wish to see his children. Nor could the applicant claim that the refusal of his requests for prison leave had hampered his efforts to resettle outside prison, as the system in Luxembourg afforded prisoners a wide range of possibilities in that regard, including psychological counselling and training, of which the applicant had been able to take advantage.

73. Lastly, the Government argued that the case of *Enea v. Italy* ([GC], no. 74912/01, 17 September 2009) was distinguishable from the instant case, in which the applicant had been detained under the standard regime and had been subjected only to the restrictions inherent in any custodial sentence.

#### (b) *Merits*

74. In the Government's view, the Prison Board satisfied the requirements of Article 6 § 1 of the Convention, in terms of both independence and impartiality. Neither the creation of such a body nor the fact that the administrative courts had declined jurisdiction to examine the applicant's application had impaired the very essence of any right he might have had. The Prison Board issued decisions refusing or granting prison leave on the basis of objective factors and giving reasons, and prisoners could submit as many requests for prison leave as they wished.

### 2. *The applicant*

#### (a) *Applicability of Article 6 of the Convention*

75. The applicant submitted that he had possessed a "right" within the meaning of Article 6 of the Convention.

76. He pointed out that prison leave was not automatically granted merely because the objective criteria set out in sections 7 and 8 of the 1986 Law had been met, as section 13 required that the personality of the prisoner, his or her progress and the risk of a further offence also be taken into account. Since the minimum "punitive" period – in other words, the period during which the applicant had to be kept in detention without being eligible for release – had expired on completion

of one third of his sentence (section 8), he could, from that point onwards, claim the right to be granted prison leave, although the Board could still take the view that the criteria of section 13 were not met. While the Government were right, in terms of section 13, to characterise the decision taken by the Board as “discretionary”, the existence of this power, which was legitimate with regard to the execution of sentences, was perfectly consistent with the principle of the rule of law provided it was subject to review. However, where there was no such review, the power became arbitrary. The applicant concluded that once he had met the conditions listed in sections 7 and 8 of the 1986 Law, he had had, at least on arguable grounds, the right to have his request for prison leave considered in the light of the subjective criteria of section 13 of the Law. Hence, the discretionary power of the Prison Board in no sense ruled out the characterisation of the measure in question as a “right” (the applicant cited, *mutatis mutandis*, *H. v. Belgium*, 30 November 1987, § 43, Series A no. 127-B).

77. In support of this claim the applicant cited the fact that the Chairman of the Bar had granted him legal aid in the proceedings before the Prison Board and the administrative courts (he referred, *mutatis mutandis*, to *Z and Others v. the United Kingdom* ([GC], no. 29392/95, § 89, ECHR 2001-V), and the fact that the Government’s representative had agreed without reservation to discuss the merits of the case brought before the Administrative Court. He added that the Ombudsman, in making a case for the creation of the office of post sentencing judge, appeared to recognise the right to prison leave. The applicant also cited a passage from the preparatory texts of the 1986 Law which placed the emphasis on sentences that prepared prisoners for a future outside prison where a return to the community was possible.

78. The applicant added that prison leave also constituted a right in Luxembourg because it was a measure that reflected a principle of international law generally recognised by the member States of the Council of Europe and even by the United Nations. In his view, the Chamber had correctly referred to the Court’s ruling in *Enea v. Italy* (cited above) as confirmation of the recognition of a “right” under domestic law. That judgment cited the Recommendations of the Committee of

Ministers, which, while they were non-binding, identified a set of prisoners’ rights recognised by the member States.

79. The applicant further submitted that his right had been a “civil” right. He criticised the fact that he had been deprived of any prospect of reintegration over the five-year period during which his requests for prison leave had been refused. He stressed that prison leave should promote and encourage the resettlement efforts of convicted prisoners who had been temporarily removed from the community.

#### (b) *Merits*

80. In the applicant’s submission, none of the guarantees of Article 6 of the Convention had been afforded to him, either before the Prison Board or in the administrative courts. He called into question, in particular, the independence and impartiality of the Prison Board, which included two members of the public prosecution service. He stressed the fact that the Attorney General’s representative responsible for the execution of sentences who had sat on the Prison Board that refused his first two requests for prison leave had been the same person who, in her capacity as advocate general exercising the functions of a public prosecutor, had sought his conviction before the Court of Appeal. From a procedural angle, the applicant complained of the fact that no hearings had been held or oral submissions heard.

### C. The Grand Chamber’s assessment

#### 1. *Applicability of Article 6 of the Convention*

81. In the Court’s view, the Government’s preliminary objection that Article 6 of the Convention is inapplicable is so closely linked to the substance of the applicant’s complaint that it should be joined to the merits of the case.

#### 2. *Merits*

##### (a) *General considerations*

82. The Court reaffirms its settled case-law to the effect that prisoners in general continue to enjoy all the fundamental rights and freedoms guaranteed under the Convention save for the right to liberty, where lawfully imposed detention expressly falls within the scope of Article 5 of the Convention. It is inconceivable that a prisoner should forfeit those rights and freedoms merely

because of his status as a person detained following conviction (see *Hirst v. the United Kingdom* (no. 2) [GC], no. 74025/01, §§ 69-70, ECHR 2005-IX; *Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. 44362/04, § 67, ECHR 2007 V; and *Stummer v. Austria* [GC], no. 37452/02, § 99, 7 July 2011).

83. The Court has also had occasion to recognise the legitimate aim of a policy of progressive social reintegration of persons sentenced to imprisonment (see *Mastromatteo v. Italy* [GC], no. 37703/97, § 72, ECHR 2002 VIII; *Maiorano and Others v. Italy*, no. 28634/06, § 108, 15 December 2009; and *Schemkamper v. France*, no. 75833/01, § 31, 18 October 2005).

84. In the instant case the Court observes that the applicant relied on Article 6 of the Convention in complaining of the refusal of his requests for prison leave. The Court's first task is therefore to examine whether the applicant's complaint is compatible *ratione materiae* with Article 6.

85. Like the Chamber, the Grand Chamber considers that Article 6 § 1 of the Convention is not applicable under its criminal head, as the proceedings concerning the prison system did not relate in principle to determination of a "criminal charge" (see *Enea*, cited above, § 97).

86. The Court must therefore consider whether the applicant had a "civil right", in order to assess whether the procedural safeguards afforded by Article 6 § 1 of the Convention were applicable to the proceedings concerning his requests for prison leave.

87. According to the Court's traditional case-law, the examination of requests for temporary release or of issues relating to the manner of execution of a custodial sentence do not fall within the scope of Article 6 § 1 (see *Neumeister v. Austria*, 27 June 1968, §§ 22 and 23, Series A no. 8; *Lorsé and Others v. the Netherlands* (dec.), no. 52750/99, 28 August 2001; and *Montcornet de Caumont v. France* (dec.), no. 59290/00, ECHR 2003-VII).

88. It is true that the Court has recently found a "civil" right to be in issue in relation, for instance, to a prisoner's family visits or correspondence (see *Enea*, cited above, § 119, and *Ganci v. Italy*, no. 41576/98, §§ 20 26, ECHR 2003-XI). In the Court's view, however, this line of case-law does not concern the situation under consideration in the present case.

89. In order to ascertain whether, in the present case, the civil limb of Article 6 § 1 of the Convention was applicable to the proceedings concerning

the applicant's requests for prison leave, it must first be determined whether he possessed a "right" within the meaning of that provision.

(b) Existence of a "right"

(i) Recapitulation of the case-law

90. The Court reiterates that for Article 6 § 1 in its "civil" limb to be applicable, there must be a dispute ("contestation" in the French text) over a "right" which can be said, at least on arguable grounds, to be recognised under domestic law, irrespective of whether it is protected under the Convention. The dispute must be genuine and serious; it may relate not only to the actual existence of a right but also to its scope and the manner of its exercise; and, finally, the result of the proceedings must be directly decisive for the right in question, mere tenuous connections or remote consequences not being sufficient to bring Article 6 § 1 into play (see, among other authorities, *Micallef v. Malta* [GC], no. 17056/06, § 74, 15 October 2009).

91. Article 6 § 1 does not guarantee any particular content for (civil) "rights and obligations" in the substantive law of the Contracting States: the Court may not create by way of interpretation of Article 6 § 1 a substantive right which has no legal basis in the State concerned (see, for example, *Fayed v. the United Kingdom*, 21 September 1994, § 65, Series A no. 294 B, and *Roche v. the United Kingdom* [GC], no. 32555/96, § 119, ECHR 2005 X). The starting-point must be the provisions of the relevant domestic law and their interpretation by the domestic courts (see *Masson and Van Zon v. the Netherlands*, 28 September 1995, § 49, Series A no. 327-A, and *Roche*, cited above, § 120). This Court would need strong reasons to differ from the conclusions reached by the superior national courts by finding, contrary to their view, that there was arguably a right recognised by domestic law (*ibid.*).

92. In carrying out this assessment, it is necessary to look beyond the appearances and the language used and to concentrate on the realities of the situation (see *Van Droogenbroeck v. Belgium*, 24 June 1982, § 38, Series A no. 50, and *Roche*, cited above, § 121).

93. Whether or not the authorities enjoyed discretion in deciding whether to grant the measure requested by a particular applicant may be taken into consideration and may even be decisive.

Hence, in *Masson and Van Zon* (cited above, § 51), the Court concluded that no right existed, whereas in *Szücs v. Austria* (24 November 1997, § 33, *Reports of Judgments and Decisions* 1997 VII), it recognised the existence of a right. Nevertheless, the Court has had occasion to state that the mere fact that the wording of a legal provision affords an element of discretion does not in itself rule out the existence of a right (see *Camps v. France* (dec.), no. 42401/98, 23 November 1999, and *Ellès and Others v. Switzerland*, no. 12573/06, § 16, 16 December 2010).

94. Other criteria which may be taken into consideration by the Court include the recognition of the alleged right in similar circumstances by the domestic courts or the fact that the latter examined the merits of the applicant's request (see *Vilho Eskelinen and Others v. Finland* [GC], no. 63235/00, § 41, ECHR 2007 II).

(ii) *Application of these principles to the present case*

95. The Court notes first of all that a "dispute" existed in the present case, concerning the actual existence of the right to prison leave claimed by the applicant.

96. As regards the issue whether such a "right" could be said, at least on arguable grounds, to be recognised in domestic law, the Court observes that section 6 of the 1986 Law defines prison leave as permission to leave prison either for part of a day or for periods of twenty-four hours. Section 7 states that this is a "privilege" which "may be granted" to prisoners in certain circumstances (see paragraphs 47 to 49 above).

97. The notion of "privilege" may have different meanings in different contexts; it may refer either to a concession that can be granted or refused as the authorities see fit, or to a measure which the authorities are bound to grant once the person concerned satisfies certain prior conditions.

98. In the instant case the Court is of the view that the term "privilege" as characterised by the legislature should be analysed in conjunction with the phrase "may be granted" and in the light of the comments accompanying the relevant Bill, according to which the granting of measures relating to the means of executing a sentence "will never be automatic and will ultimately remain at the discretion of the post-sentencing authority" (see paragraph 49 above). Thus it was clearly the legislature's intention to create a privilege in respect

of which no remedy was provided. Unlike the case of *Enea* (cited above), which concerned a restriction on the existing scope of rights, the present case concerns a benefit created as an incentive to prisoners.

99. Furthermore, the parties have both acknowledged that, even where the various criteria laid down by section 7 of the 1986 Law are met, the Prison Board enjoys a certain degree of discretion in deciding whether the prisoner concerned merits the privilege in question. It is apparent from the information provided to the Court that the 1986 Law and the Grand-Ducal Regulation of 19 January 1989 lay down the arrangements governing prison leave and the circumstances in which it may, where applicable, be granted. It is within this legal framework that the Prison Board, each time a request is submitted to it, examines the report prepared by a committee (the "guidance committee") on the prisoner concerned. The Board takes into consideration the personality of the prisoner, his or her progress and the risk of a further offence, in order to assess whether he or she may be granted prison leave. The statistics produced by the Government (see paragraphs 54 to 58 above) confirm the discretionary nature of the competent authorities' powers. It follows that prisoners in Luxembourg do not have a right to obtain prison leave, even if they formally meet the required criteria.

100. As to the question of the interpretation of the legislation by the domestic courts, the Court observes that the administrative courts declined jurisdiction to examine the applicant's application for judicial review. They held that, since they altered the terms of execution of the sentence imposed by the ordinary courts, the decisions contested by the applicant had been judicial rather than administrative in nature. The parties were unable to produce any other judicial or administrative decision determining an appeal against a decision refusing prison leave (see, conversely, *Vilho Eskelinen and Others*, cited above, § 41, and *Rotaru v. Romania* [GC], no. 28341/95, § 78, ECHR 2000 V). The Court observes that its findings in the *Enea* judgment (cited above) cannot validly be transposed to the present case. Whereas the Italian Constitutional Court had found sections 35 and 69 of the Prison Administration Act to be in breach of the Constitution because they did not provide for judicial review of decisions liable to infringe prisoners' rights, the parties in

the present case have not produced any ruling by a judicial body in Luxembourg to the same effect (see, conversely, *Enea*, cited above, § 100).

101. It is thus apparent from the terms of the legislation in Luxembourg, and from the information provided on the practice concerning prison leave, that the applicant could not claim, on arguable grounds, to possess a “right” recognised in the domestic legal system.

102. Furthermore, it must be pointed out that, although the Court has recognised the legitimate aim of a policy of progressive social reintegration of persons sentenced to imprisonment (see paragraph 83 above), neither the Convention nor the Protocols thereto expressly provide for a right to prison leave. The Court also notes that the right to prison leave is likewise not recognised, as such, under any principle of international law on which the applicant seeks to rely. Lastly, no consensus exists among the member States regarding the status of prison leave and the arrangements for granting it. In some countries, the decision-making authority is obliged to grant leave once the statutory conditions are met, while in others it enjoys complete discretion in the matter. Similarly, not all States provide avenues of appeal against decisions refusing prison leave. Hence, in this respect also, the present case is distinguishable from *Enea* (cited above).

103. In any event, the Court observes that the Luxembourg authorities, far from being indifferent to the issue of resettlement of prisoners, provide other means of achieving this aim in addition to prison leave. The legislation in Luxembourg draws its inspiration from, among other sources, the Recommendation of the Committee of Ministers on prison leave which, while it advocates providing “the means by which a refusal can be reviewed”, also lists different factors which the national authorities may take into consideration when it comes to granting prison leave (see paragraph 59 above). Furthermore, in addition to “a system of prison leave as an integral part of the overall regime for sentenced prisoners”, programmes have been put in place enabling the latter “to make the transition from life in prison to a law-abiding life in the community” (see paragraph 61 above). Lastly, the Court notes with interest the legislative reform which is under way concerning the execution of sentences (see paragraph 53 above).

104. In view of all the foregoing considerations, the Court cannot consider that the applicant’s claims related to a “right” recognised in Luxembourg law or in the Convention. Accordingly, it concludes, like the Government, that Article 6 of the Convention is not applicable.

105. It follows that the Government’s preliminary objection should be allowed. There has therefore been no breach of Article 6.

#### **For these reasons, the Court**

1. *Joins to the merits*, unanimously, the Government’s preliminary objection;
2. *Holds*, by fifteen votes to two, that Article 6 of the Convention is not applicable;
3. *Holds*, by fifteen votes to two, that there has therefore been no violation of Article 6 § 1 of the Convention.

#### **Joint dissenting opinion of Judges Tulkens and Yudkivska**

(*Translation*)

With due respect, we do not share the majority’s view that Article 6 of the Convention is not applicable and, accordingly, has not been breached.

#### **Subject-matter and issue at stake**

1. It is important to be clear from the outset as to the subject-matter of this case. It concerned, from the standpoint of Article 6 of the Convention, a prisoner’s right of access to a court and his right to a fair procedure in order to complain about the decisions of the Prison Board refusing his six requests for prison leave. Thus, our Court’s task was in no sense to rule on whether those requests were reasonable and well-founded but solely, in accordance with the subsidiarity principle, to satisfy itself that a domestic court could do so, which was not the position here. That is the issue at stake in this case.

#### **Background**

2. The issue before the Court should be seen against the background of the development of the law on execution of sentences which can be observed both at international level and in domestic law and which has the role of providing a legal basis for all matters concerning the execution of sentences which, until recently, fell almost entirely within the responsibility of the executive and the competent administrative authorities.

3. The crucial issue in this case is that of the arrangements for execution of a sentence and, more specifically, prisoners' external legal status, which encompasses the various measures whereby prisoners retain or regain their liberty, whether fully or partially, temporarily or permanently. The measures that may be ordered, from the most limited to the most significant, are temporary leave of absence and prison leave, interruption of the sentence, weekend release, semi-custodial and limited detention regimes, compulsory residence under electronic surveillance, temporary release and conditional release.

4. In the Grand-Duchy of Luxembourg, the Law of 26 July 1986 on certain means of executing custodial sentences makes provision for arrangements designed to mitigate the desocialising effects of detention and to help prisoners maintain contact with the family, the workplace and society as far as possible.<sup>1</sup> The Bill's sponsors felt that preparation for release was important. The explanatory memorandum is very clear on this point: "for prisoners who may be expected to reintegrate into society, instead of prison, which 'disrupts the immediate past and the present, sentences must be found which prepare for the future, a future which will be lived in freedom'".<sup>2</sup>

5. Prison leave forms part of this approach. As stated in the report by the Legal Affairs Committee on the Bill, the aim of "this measure is to be viewed in the context of individualised treatment and in the light of a guidance plan. Need it be pointed out that granting such a measure should encourage prisoners' gradual social rehabilitation and lessen the tensions caused by prison life? ... Prison leave serves as a natural means of transition between prison life and life in the community ... Prison leave is a useful transitional measure which considerably increases the prisoner's prospects of

social reintegration after serving the sentence".<sup>3</sup> In this connection, prison leave consists initially of occasional short periods of leave which, if the prisoner shows signs of progress, are then granted on a more regular basis for periods of several days, leading to a semi-custodial regime which may be followed by conditional release.

6. The competent authority for granting prison leave is the Attorney General or his or her representative. For custodial sentences of more than two years, as in the instant case, the decision to grant prison leave is taken in accordance with a majority decision of a Prison Board comprising, in addition to the Attorney General or his or her representative, a judge and a public prosecutor (section 12 of the Law of 26 July 1986). However, during the drafting of the Law of 26 July 1986, "the Government, not having envisaged amending the regulations on this point, nevertheless took the view that a reform appeared desirable to address criticisms of the quasi discretionary powers enjoyed by the Attorney General or his or her representative in ruling on the practical execution of custodial sentences".<sup>4</sup> No specific appeal is provided for in the Law of 26 July 1986, for instance to the criminal courts.

7. Lastly, a study of the comparative law reveals that, whatever the competent authority, reasons for the decision are usually required, as is the possibility of review by an administrative or judicial body. In France, for example, prior to the Law of 9 March 2004, which now provides that orders concerning matters such as temporary leave of absence may be challenged by means of an appeal to the post-sentencing division of the Court of Appeal by the prisoner, State Counsel or Principal State Counsel and even by means of an appeal to the Court of Cassation, our Court noted in the *Schemkamper v. France* judgment that, at the material time, orders concerning temporary leave of absence could not be challenged by the prison-

1 See A. and D. SPIELMANN, *Droit pénal général luxembourgeois*, Brussels, Bruylant, 2nd ed., 2004, pp. 539 et seq.

2 Bill on certain means of executing custodial sentences, Explanatory memorandum, Doc. parl., no. 2870, Chamber of Deputies, ordinary session 1984-1985, 27 February 1985, p. 4, citing a study by P. GRAVEN, "La réforme pénale européenne et la révision partielle du C.P.S.", Rev. pén. suisse, 1969, pp. 225 et seq.]

3 Bill on certain means of executing custodial sentences, Report by the Legal Affairs Committee, Doc. parl., no. 2870, Chamber of Deputies, ordinary session 1985-1986, 5 June 1986, p. 3.

4 A. and D. SPIELMANN, *Droit pénal général luxembourgeois*, op. cit., pp. 541-42. See also Bill on certain means of executing custodial sentences, Explanatory memorandum, Doc. parl., no. 2870, Chamber of Deputies, ordinary session 1984-1985, 27 February 1985, p. 3.

er, resulting in a violation of Article 13 of the Convention “on account of the absence in domestic law of a remedy by which the applicant could have challenged the decision to refuse him leave of absence”.<sup>5</sup>

### Article 6 of the Convention

#### *Applicability*

8. While the Convention institutions have traditionally taken the view that Article 6 is in principle not applicable to proceedings concerning the execution of sentences, a certain trend can be observed in the case-law regarding proceedings conducted in prison. Thus, the Court recently held that Article 6 § 1 was applicable under its civil head to disputes concerning security measures (placement in a high-security cell or a high-supervision unit)<sup>6</sup> and disciplinary proceedings.<sup>7</sup>

9. First of all, as regards the existence of a “right”, the majority dismisses it categorically on the grounds that prison leave is classified in the Law of 26 July 1986 as a “privilege” rather than a right. This argument does not appear to us to be decisive.

10. In the same way as the concept of a “criminal” charge, the term “right” in Article 6 is an autonomous concept which should be defined in the light of the object and purpose of the Convention and does not necessarily depend on the classification adopted in domestic law. Otherwise, this issue would be determined differently in different member States in relation to the same measure. In addition, the Court has already accepted “that the mere fact that the wording of a legal provision affords an element of discretion does not in itself rule out the existence of a right” (see *Lambourdière v. France*, 2 August 2000, § 24, and *Camps v. France* (dec.), 23 November 1999). Lastly, the prevailing views of experts in criminal law and criminology have changed radically re-

garding the purposes and functions of sentences. Prison leave is not a special favour, or a privilege, or a concession, or an indulgence; like any other arrangements for the execution of custodial sentences, it is a necessary measure in terms of preparing for and envisaging the prospect of the prisoner’s release. If the measure proves a failure, it will not be renewed, and continued supervision and surveillance will thus remain possible. Accordingly, the fact that a post-sentencing measure is classified as a “privilege” in domestic law is not sufficient, in our view, to deprive persons laying claim to it of the right to have their case heard in accordance with the principles enshrined in Article 6 of the Convention.

11. In the present case the existence of such a right has been implicitly acknowledged in domestic law, since the applicant was able to lodge an application with the administrative courts for judicial review of the first two refusals by the Prison Board. Although the administrative courts declined jurisdiction, this was for a different reason, namely because the granting or refusal of the privilege of prison leave was a measure which altered the scope of the sentence imposed on the applicant. Accordingly, the impugned decisions, given their nature, could not be the subject of an application to the administrative courts. The Government’s representative had, moreover, agreed, without any reservations, to discuss the merits of the case brought before the Administrative Court. The situation before us could be said to resemble, *mutatis mutandis*, the *Vilho Eskelinen and Others v. Finland* [GC] judgment of 19 April 2007 concerning the applicability of Article 6 under its civil head to civil servants and State officials, where the Court found that “in very many Contracting States access to a court is accorded to civil servants, allowing them to bring claims for salary and allowances, even dismissal or recruitment, on a similar basis to employees in the private sector” (§ 57). The Court therefore concluded that “in order for the respondent State to be able to rely before the Court on the applicant’s status as a civil servant in excluding the protection embodied in Article 6 ... the State in its national law must have expressly excluded access to a court for the post or category of staff in question” (*ibid.*, § 62).

12. As to the civil nature of the right, it is true that, in its *Aerts v. Belgium* judgment of 30 July 1998, the Court held, in relation to measures for the

5 EurCourtHR, *Schemkamper v. France*, 18 October 2005, § 44.

6 EurCourtHR, *Ganci v. Italy*, 30 October 2003, §§ 20-26; EurCourtHR, *Musumeci v. Italy*, 11 January 2005, § 36; EurCourtHR (GC), *Enea v. Italy*, 17 September 2009, § 107; EurCourtHR, *Stegarescu and Bahrin v. Portugal*, 6 April 2010, § 39.

7 EurCourtHR, *Gülmez v. Turkey*, 20 May 2008, §§ 27-31.

detention of mentally ill persons, that the right to liberty was a civil right. Unfortunately, it did so with very little explanation, which weakened the judgment's impact. However, we can apply in the instant case the reasoning adopted by the Grand Chamber in the *Enea v. Italy* judgment of 17 September 2009 and reproduced in the *Stegarescu and Bahrin v. Portugal* judgment of 6 April 2010, which has become final. Firstly, the Court reiterates that "Article 6 § 1 extends to 'contestations' (disputes) over civil 'rights' which can be said, at least on arguable grounds, to be recognised under domestic law, irrespective of whether they are also protected under the Convention". It further observes that "some of the restrictions alleged by the applicant – such as those restricting his contact with his family and those affecting his pecuniary rights – clearly fell within the sphere of personal rights and were therefore civil in nature" (§ 103).

13. This position certainly corresponds to the present case since it is not disputed that the applicant requested prison leave not only for family reasons but also for professional and social reasons. The right in question is "civil" in nature, particularly on account of the importance of the measures assisting the prisoner's reintegration into society. What was at stake in the proceedings concerning his various requests for prison leave was therefore his interest in making new arrangements for his professional and social life on his release from prison, a matter falling within the sphere of personal rights. More specifically, the applicant's requests for prison leave in 2005 were intended to enable him to exercise outside prison his right of contact with his children, who were reluctant to visit him there. His other requests were made with a view to his professional and social reintegration, his aim being to prepare the ground for securing gainful employment, in particular with a view to paying compensation to the victim and settling his debts. The refusals by the Prison Board were directly decisive for the civil right in question.

14. To acknowledge, for the purposes of Article 6, that a prisoner has a "civil right", particularly in view of the importance of measures to assist the prisoner's social reintegration, does not entail departing from previous case law but rather applying and developing it in the context of the prisoner's external legal status, that is, in the context of measures concerning his gradual return to the community (see paragraph 3 above). Where the

first stages of the prisoner's return to the community depend on another person's good will (or lack of it), the entire resettlement plan can be thwarted.

15. Lastly, according to the settled case-law of the Convention institutions, Article 6 § 1 is applicable only if there is a genuine and serious "dispute" (see *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, 23 September 1982, § 81). The dispute may relate not only to the existence of a right but also to its scope and the manner of its exercise (see, for example, *Zander v. Sweden*, 25 November 1993, § 22), and the outcome of the proceedings must be directly decisive for the right in question, mere tenuous connections or remote consequences not being sufficient to bring Article 6 § 1 into play (see, for example, *Masson and Van Zon v. the Netherlands*, 28 September 1995, § 44, and *Fayed v. the United Kingdom*, 21 September 1994, § 56). In the present case it seems clear that a "dispute" arose when the Prison Board refused the various requests for prison leave based in particular on the applicant's plans for his reintegration into society and the workforce. That dispute, which was genuine and serious, related to the actual existence of a civil right, within the meaning of the Convention, asserted by the applicant. By applying to the administrative courts for judicial review, the applicant sought to have the case referred to the competent authority so that the latter could rule afresh on his requests for prison leave. The outcome of the proceedings before the administrative courts was therefore directly decisive for the right at stake.

#### *Merits*

16. Since the dispute over the decisions taken in respect of the applicant has to be regarded as a dispute relating to "civil rights and obligations", he was entitled to have his case heard by a "tribunal" satisfying the conditions laid down in Article 6 § 1 (see *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, 23 June 1981, § 50). However, for the purposes of Article 6 § 1 a tribunal need not be a court of law integrated within the standard judicial machinery. What is important to ensure compliance with Article 6 § 1 are the guarantees, both substantive and procedural, which are in place (see *Rolf Gustafson v. Sweden*, 1 July 1997, § 45). Thus, a "tribunal" is characterised in the substantive sense of the term by its judicial function, that is to say determining matters within its

competence on the basis of rules of law and after proceedings conducted in a prescribed manner (see *Argyrou and Others v. Greece*, 15 January 2009, § 24). It must also satisfy a series of further requirements – independence, in particular of the executive; impartiality; duration of its members' terms of office; guarantees afforded by its procedure – several of which appear in the text of Article 6 § 1 itself (see *Demicoli v. Malta*, 27 August 1991, § 39). With that proviso, in the case before us the Prison Board could not in itself be said to satisfy the requirements of a “tribunal” within the meaning of Article 6 § 1.

17. Further to each of the applicant's requests for prison leave between 2003 and 2006, he was informed through the intermediary of the prison governor of the decisions of 5 November 2003, 17 March 2004, 21 September 2004, 14 December 2004, 23 March 2005, 12 July 2005 and 4 May 2006 refusing the requests, without the Prison Board having determined the matter “after proceedings conducted in a prescribed manner” (see, conversely, *Argyrou and Others*, cited above, § 25). One of the problems here lies in the reasons given. As can be seen, the majority of the requests for prison leave were refused for the reason, in particular, that the applicant had not compensated the victim. This results in a vicious circle since, if the prisoner is unable to engage in gainful employment, the prospect of compensating the victim will become largely illusory. Of course, it is not for our Court to assess the merits of the reasons given, which is the task of the domestic court. However, and this is precisely the problem, the reasons given in the present case were brief in the extreme.

18. In addition, the Attorney General's representative responsible for the execution of sentences (who had sat on the Prison Board that refused the applicant's first two requests for prison leave) was the same person who, in her capacity as advocate-general exercising the functions of a public prosecutor, had sought the applicant's conviction before the Court of Appeal. In more general terms, the Attorney General or his or her representative, who, according to the law, is the decision-making authority when it comes to the execution of sentences, clearly cannot be considered to be an independent and impartial judicial authority for the purposes of Article 6 (see,

*mutatis mutandis*, *Medvedyev and Others v. France* [GC], 23 March 2010, and *Moulin v. France*, 23 November 2010).

19. There is also the question of appeal. The Government emphasised the discretionary nature of the domestic authorities' decision on requests for prison leave. This implies that even if all the conditions/ criteria for granting prison leave are satisfied, the Prison Board may still refuse the request. Even assuming that the existence of such discretionary power is legitimate with regard to the execution of sentences, it cannot be consistent with the principle of the rule of law unless it is subject to review. Where there is no such review, the power becomes arbitrary.

20. The applicant made an application for judicial review of the first two refusals by the Prison Board. The Administrative Court and the Higher Administrative Court both found that they lacked jurisdiction to examine the application on the ground that the granting or refusal of the privilege of prison leave was a measure which altered the scope of the sentence imposed on the applicant. Accordingly, the impugned decisions, given their nature, could not be the subject of an application to the administrative courts. This hints at the need to have a specific post-sentencing judge or court, as is fortunately the case today in many countries. In the present case, the lack of any decision on the merits of the application meant that the administrative courts' review of the Prison Board's decisions was deprived of any effect (see, *mutatis mutandis*, *Enea v. Italy* [GC], 17 September 2009, § 82, and *Ganci v. Italy*, 30 October 2003, §§ 29 and 30).

21. In conclusion, we are of the view that the application was admissible and that there has been a violation of Article 6 of the Convention.

#### NOOT

1. Voor een goed begrip van deze zaak is het verhelderend de onderbouwing van het eerste verlovverzoek van Boulois in oktober 2003 meer gedetailleerd weer te geven. Zoals onder de feiten weergegeven, verzocht hij om één dag – begeleid dan wel onbegeleid – verlof teneinde een aantal 'administratieve formaliteiten' te kunnen afhandelen. Het betrof de volgende activiteiten (par. 18): (i) paspoortfoto's laten maken bij een fotograaf; (ii) verlengen van zijn rijbewijs;

(iii) vernieuwen van zijn consulaire registratiekaart; (iv) ophalen van een envelop met documenten voor een voormalige cliënt bij het politiebureau; (v) bezoek aan een manager van de bank; (vi) bezoek aan de belastingdienst; (vii) een groep vrienden ontmoeten in een restaurant; (viii) de overige documenten voor zijn voormalige cliënt thuis ophalen; (ix) afmetingen nemen van voorwerpen die hij mogelijk in de gevangeniswerkpplaats gaat maken; (x) een persoonlijk onderhoud met de burgemeester; (xi) bezoek aan een zekere mevrouw S. teneinde haar man te ontmoeten; (xii) naar zijn advocaat gaan om de ontbrekende documenten van zijn voormalige cliënt te overhandigen; (xiii) zo mogelijk een bezoek brengen aan een boekwinkel in de buurt van het huis van mevrouw S. Al met al een indrukwekkend takenlijstje dat vermoedelijk – indien het verzoek van Boulois zou zijn gehonoreerd – alleen al vanwege zijn lengte onmogelijk binnen één dag afgerond had kunnen worden. En ook wat betreft zijn inhoud wekt het lijstje de nodige verbazing, nu het de indruk wekt dat Boulois – ondanks zijn langdurige detentie – zoveel mogelijk zijn normale leven wilde voortzetten. Met name de wens om met een groep vrienden in een restaurant af te spreken, lijkt in dit verband veelbetekenend. Het is dan ook bepaald voorstelbaar dat dit eerste verzoek tot verlof door de Luxemburgse autoriteiten is afgewezen, temeer daar hij dit verzoek reeds deed twee jaar na zijn onherroepelijke veroordeling tot vijftien jaar gevangenisstraf, waarvan drie jaar voorwaardelijk. Zeker gezien de ernst van de feiten waarvoor hij is veroordeeld, lijkt de tijd voor het verlenen van verlof teneinde dit type huis-tuin-en-keukenzaken te regelen, nog niet aangebroken. Interessant is echter dat de onderbouwing van de afwijzing van het verzoek door de Luxemburgse autoriteiten (par. 20) niet zozeer is gelegen in de verstrekking van de activiteiten die Boulois tijdens zijn verlof wil verrichten of de ontijdigheid van het verzoek in het licht van de langdurige detentie die Boulois op dat moment nog voor de boeg heeft, als wel in het vluchtgevaar en het feit dat hij op dat moment nog geen begin had gemaakt met het betalen van de hem opgelegde plicht tot schadevergoeding aan de civiele partij. Aan Boulois' tweede verzoek om tijdelijk verlof, gedaan op 17 januari 2004, voegde zijn advocaat dan ook de onderbouwing toe dat toekenning

van dit verlof Boulois niet alleen in staat zou stellen zijn zaken zodanig te regelen dat hij na zijn vrijlating een onafhankelijk leven buiten de inrichting zou kunnen leiden, maar ook tot het zo snel mogelijk aanvragen met het betalen van de schadevergoeding aan het slachtoffer (par. 21). Ook deze onderbouwing kon de Luxemburgse autoriteiten echter niet vermurwen en het verzoek werd voor de tweede maal afgewezen (par. 22). Zoals weergegeven onder de feiten deed Boulois in de jaren daarna nog vijfmaal een verzoek, echter zonder enig succes. Pas vanaf 2008 – twee jaar voor zijn definitieve invrijheidstelling – werd hem geregeld een kortdurend verlof verleend.

2. In de onderhavige zaak gaat het echter niet primair om de inhoud van de verzoekverzoeken van Boulois en om de vraag of deze al dan niet gehonoreerd hadden moeten worden, maar veeleer om de aard van dit type verzoeken en van de daaropvolgende beslissing om een dergelijk verlof al dan niet toe te kennen. Boulois klaagde immers dat de wijze waarop de Luxemburgse autoriteiten met zijn verzoeken waren omgesprongen een schending van art. 6 lid 1 EVRM opleverde. Teneinde deze klacht te kunnen beoordelen diende eerst te worden vastgesteld of het *in casu* al dan niet om een *civil right* in de zin van deze bepaling ging. Het antwoord op deze vraag vormde de toegang naar de eventuele beantwoording van de vervolgvraag of de nationale procedure zoals die in Luxemburg was gevolgd ten aanzien van de verzoekverzoeken van Boulois al dan niet voldeed aan de waarborgen van art. 6 lid 1 EVRM. De Tweede Kamer van het Hof kwam op 14 december 2010 daadwerkelijk aan beantwoording van deze vervolgvraag toe (om vervolgens tot een schending te concluderen), daar zij de daaraan voorafgaande vraag omtrent de toepasselijkheid van art. 6 lid 1 EVRM positief beantwoordde. Zover kwam de Grote Kamer in de hier besproken uitspraak echter niet, omdat zij het al dan niet toekennen van verlof uit detentie anders dan de Tweede Kamer niet als *civil right* in de zin van art. 6 lid 1 EVRM kwalificeerde, waarna zij niet meer toekwam aan beoordeling van de Luxemburgse rechtsgang op conformiteit met de door art. 6 lid 1 EVRM geboden waarborgen. Hierbij hechtte de Grote Kamer met name bete-

kenis aan de wijze waarop de mogelijkheid tot het verlenen van verlof uit detentie in het Luxemburgse recht is geregeld.

3. De Grote Kamer stelt voorop dat ook gedetineerden in beginsel aanspraak kunnen maken op de verschillende door het EVRM gegarandeerde rechten, vanzelfsprekend met uitzondering van het recht op vrijheid indien zij binnen de grenzen van art. 5 EVRM rechtmatig van hun vrijheid zijn beroofd (par. 82). Vervolgens beantwoordt de Grote Kamer de vraag of de klacht van Boulois al dan niet onder de reikwijdte van art. 6 lid 1 EVRM valt. In dit verband oordeelt de Grote Kamer evenals eerder de Kamer van het Hof dat een penitentiaire kwestie zoals die zich *in casu* voordoet in ieder geval niet valt onder het 'strafrechtelijk hoofd' van art. 6 lid 1 EVRM, het bepalen van de gegrondheid van een ingestelde vervolging (par. 85). De discussie spitst zich dan ook toe op de vraag of het i.c. al dan niet om een *civil right* in de zin van deze bepaling gaat. Hierbij stelt de Grote Kamer onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie dat de beoordeling van verlofverzoeken of van kwesties met betrekking tot de wijze waarop een vrijheidsstraf wordt geëxecuteerd, in beginsel niet binnen de reikwijdte van art. 6 EVRM valt (par. 87). De Grote Kamer erkent weliswaar dat het Hof recentelijk heeft vastgesteld dat een *civil right* in de zin van art. 6 lid 1 EVRM aan de orde kan zijn in penitentiaire kwesties, zoals bij familiebezoeken of correspondentie (zie *Enea t. Italië*, EHRM 17 september 2009 (GK), nr. 74912/01); deze lijn van rechtspraak is in deze zaak volgens de Grote Kamer echter niet van toepassing. Aldus dient te worden vastgesteld of Boulois overigens een 'recht' had in de zin van art. 6 EVRM (par. 88-89), maar in feite is met deze inleidende beschouwingen de toon voor het vervolg van de uitspraak al gezet.

Vervolgens formuleert de Grote Kamer in een aantal centrale overwegingen (par. 90-91) de uitgangspunten bij beantwoording van de vraag wanneer van een burgerlijk recht in de zin van art. 6 lid 1 EVRM kan worden gesproken: "The Court reiterates that for Article 6 § 1 in its 'civil' limb to be applicable, there must be a dispute over a 'right' which can be said, at least on arguable grounds, to be recognised under domestic law, irrespective of whether it is protected under the Convention. Article 6 § 1 does not guarantee any particular content for (civil) 'rights and obli-

gations' in the substantive law of the Contracting States: the Court may not create by way of interpretation of Article 6 § 1 a substantive right which has no legal basis in the State concerned. The starting-point must be the provisions of the relevant domestic law and their interpretation by the domestic courts. This Court would need strong reasons to differ from the conclusions reached by the superior national courts by finding, contrary to their view, that there was arguably a right recognised by domestic law". Kort gezegd: iets kan alleen een recht in de zin van art. 6 lid 1 EVRM zijn indien dit binnen het nationale rechtssysteem als zodanig wordt erkend. Of anders geformuleerd: art. 6 lid 1 EVRM noch de daarop gebaseerde jurisprudentie van het Hof kunnen zelfstandig invulling geven aan de vraag wat al dan niet een burgerlijk recht in de zin van deze bepaling kan opleveren. Wel stelt de Grote Kamer expliciet dat het van belang is voorbij de in het nationale recht gebezigde bewoordingen te kijken; het is de feitelijke situatie die de doorslag geeft voor het oordeel of al dan niet van een recht kan worden gesproken. Hierbij kan de vraag of nationale autoriteiten bij het al dan niet toekennen van bepaalde maatregelen een bepaalde mate van discretie hebben, relevant zijn, maar zeker niet beslissend ("an element of discretion does not in itself rule out the existence of a right"). Ook komt voor het antwoord op de vraag of al dan niet van een recht kan worden gesproken vanzelfsprekend betekenis toe aan het oordeel van de nationale rechterlijke autoriteiten hieromtrent (par. 92-94).

4. Vanuit dit toetsingskader komt de Grote Kamer vervolgens tot een negatief antwoord op de vraag of het Luxemburgse rechtssysteem al dan niet een recht op verlof tijdens detentie kent, waarbij met name gewicht wordt toegekend aan het feit dat de relevante Luxemburgse regelgeving de mogelijkheid tot het tijdelijk verlaten van de penitentiaire inrichting omschrijft als een 'privilege' dat 'may be granted'. De Grote Kamer is van oordeel dat deze bewoordingen in onderlinge samenhang en in het licht van de toelichting bij de nationale wet moeten worden begrepen. Uit deze toelichting blijkt dat het honoreren van verzoeken die betrekking hebben op de wijze van tenuitvoerlegging van een straf nooit automatisch plaatsvindt en altijd aan de discretie van de bevoegde autoriteit wordt overgelaten.

Aldus was het duidelijk de bedoeling van de wetgever een privilege te creëren, zonder daarbij tevens een rechtsmiddel in het leven te roepen voor gevallen waarin dit privilege niet wordt verleend. Anders dan in voornoemde zaak *Enea t. Italië*, waar het ging om een beperking op bestaande rechten, gaat het volgens de Grote Kamer in de onderhavige zaak juist om een voordeel dat ertoe strekt gedetineerden extra te motiveren. Daar komt bij dat het *in casu* zonneklaar was dat zelfs wanneer volledig aan de wettelijke criteria wordt voldaan, het niettemin tot de discretionaire bevoegdheid van de bevoegde autoriteit blijft behoren om verlovverzoeken al dan niet toe te kennen, waarbij onder meer wordt gelet op de persoon van de betrokken gedetineerde, zijn voortgang en het recidiverisico. Uit de door Luxemburg overgelegde informatie blijkt voorts dat het hier ook in de praktijk daadwerkelijk om een discretionaire bevoegdheid gaat en dat in ieder individueel geval een afweging wordt gemaakt of een verlovverzoek al dan niet wordt toegewezen. Van het standaard toewijzen van een met redenen omkleed verlovverzoek, hetgeen een als privilege omschreven mogelijkheid in de praktijk tot een recht zou kunnen maken, is dan ook geen sprake. In het licht van het voorgaande kan dan ook niet worden gezegd dat het nationale recht daadwerkelijk voorziet in een recht om de inrichting tijdelijk te verlaten.

Het EVRM en de bijbehorende protocollen voorzien vervolgens evenmin expliciet in een recht om de inrichting tijdelijk te verlaten, niettegenstaande het feit dat het Hof resocialisatie als een legitiem beleidsdoel heeft erkend. Ook het internationale recht kent geen recht op het toekennen van verlov, terwijl binnen de lidstaten evenmin consensus bestaat over de status van detentieverlov, de omstandigheden waaronder dat wordt toegekend en de mogelijkheden tot appel bij een afwijzende beslissing. Tot slot stelt de Grote Kamer vast dat ook de Luxemburgse autoriteiten het doel van resocialisatie wel degelijk onderschrijven, maar dat zij naast verlov andere methoden beschikbaar stellen om dit doel te bereiken. Concluderend is de Grote Kamer dan ook van oordeel dat in deze zaak geen sprake is van een recht in de zin van art. 6 lid 1 EVRM, noch onder het nationale recht noch on-

der het verdragsrecht zelf. Derhalve is art. 6 EVRM op onderhavige casus niet van toepassing en evenmin geschonden.

5. Gezien de omstandigheden van het onderhavige geval valt het oordeel van de Grote Kamer te billijken, zeker wanneer de onderbouwing van het eerste verlovverzoek nog eens in herinnering wordt gebracht. Het toekennen van een recht om onder bepaalde omstandigheden op eigen verzoek tijdelijk de inrichting te mogen verlaten zou zich immers bepaald slecht met het karakter van detentie verdragen. Toch rijst de vraag onder welke omstandigheden een dergelijk recht wel voorstelbaar geacht zou moeten worden. In de eerste plaats natuurlijk in situaties waarin de nationale regelgeving een dergelijk recht expliciet erkent, bijvoorbeeld in het kader van detentiefasering. In veel landen van de Raad van Europa is het immers bepaald gebruikelijk gedetineerden die een (fors) deel van hun vrijheidsstraf hebben ondergaan en hun invrijheidstelling in meer of mindere mate in zicht beginnen te krijgen, de mogelijkheid van (al dan niet begeleid) proefverlov toe te kennen, teneinde een soepele overgang naar een leven in vrijheid te faciliteren. Denk bijvoorbeeld aan het penitentiair programma uit de Nederlandse Penitentiaire Beginselenwet (art. 4 PBW). Moeilijker is echter de vraag of onder omstandigheden ook een incidenteel recht op verlov zou kunnen bestaan dat het karakter van door de penitentiaire autoriteiten te verlenen privilege ontstijgt. Op basis van de onderhavige uitspraak is duidelijk dat dit in beginsel alleen kan wanneer het nationale recht een dergelijke mogelijkheid expliciet erkent door deze als zodanig te formuleren dan wel in de praktijk te hanteren. De Nederlandse regeling doet dit niet met zoveel woorden, nu art. 26 PBW omtrent het tijdelijk verlaten van de inrichting stelt: "Een gedetineerde kan worden toegestaan de inrichting te verlaten." Ook hier gaat het derhalve om een discretionaire bevoegdheid van de directeur van de inrichting. Van een daadwerkelijk recht om tijdelijk de inrichting te verlaten is dan ook geen sprake.

Toch is het niet ondenkbaar dat een recht op verlov kan bestaan in gevallen waarin het nationale recht dit niet als zodanig garandeert. De verdragsrechten van het EVRM zijn er immers zelf ook nog, zoals ook de Grote Kamer in de onderhavige uitspraak expliciet stelt. En in deze verdragsrechten ligt weliswaar geen categorisch

recht op verlof besloten; wel is denkbaar dat een dergelijk recht in de concrete omstandigheden van het geval uit een van de verdragsrechten kan voortvloeien. Niet voor niets stelt de Grote Kamer in onderhavige uitspraak als uitgangspunt voorop dat ook gedetineerden in beginsel volop aanspraak moeten kunnen maken op de door het verdrag gegarandeerde rechten. Anders gezegd, daar waar een van de overige verdragsrechten in het geding is, zou een recht op verlof best eens denkbaar kunnen zijn. In wezen is het dan ook jammer dat de vraag of de mogelijkheid tot detentieverlof al dan niet kan worden beschouwd als een recht in de zin van art. 6 lid 1 EVRM, juist in de onderhavige zaak aan het Hof is voorgelegd. Men kan immers bezwaarlijk menen dat in de context van de door Boulois gedane verlofverzoeken enig verdragsrecht in het geding is (mogelijk met uitzondering van zijn verzoek om verlof teneinde een dag met zijn kinderen te kunnen doorbrengen). Hoewel niet al zijn verzoeken tot verlof over één kam kunnen worden geschoren, leek het er als gezegd soms meer op dat hij gedurende zijn detentie zijn normale leven zo veel mogelijk wilde voortzetten.

6. Maar wat nu als een gedetineerde een incidenteel verzoek tot verlof doet in verband met een prangende familieomstandigheid, terwijl het nationale recht geen recht op incidenteel verlof kent? Zou in een dergelijk geval met een beroep op het verdrag alsnog een recht op verlof kunnen worden geconstrueerd? Dit lijkt onder omstandigheden wel degelijk het geval te kunnen zijn, getuige de zaak *Lind v. Russia*, EHRM 6 december 2007, nr. 25664/05, waarin het een Nederlandse gedetineerde door de Russische autoriteiten niet werd toegestaan zijn vader die op het punt stond euthanasie te laten uitvoeren, op zijn sterfbed op te zoeken. Deze weigering was met name ingegeven door de ernst van het feit waarvan Lind werd verdacht en het gevaar dat hij niet meer uit Nederland zou terugkeren. Wel werd hem toegestaan kort met zijn vader te telefoneren. Het Hof overwoog in dit verband: "Article 8 of the Convention does not guarantee a detained person an unconditional right to leave to visit a sick relative or attend a relative's funeral. It is up to the domestic authorities to assess each request on its merits. The Court's scrutiny is limited to consideration of the impugned measures in the context of the applicant's Con-

vention rights, taking into account the margin of appreciation left to the Contracting States At the same time the Court emphasises that even if a detainee by the very nature of his situation must be subjected to various limitations of his rights and freedoms, every such limitation must be nevertheless justifiable as necessary in a democratic society. It is the duty of the State to demonstrate that such necessity really existed, that is, to demonstrate the existence of a pressing social need". Uiteindelijk concludeerde het Hof op basis van dit toetsingskader dat de weigering van de Russische autoriteiten op het verlofverzoek van Lind teneinde zijn stervende vader op te zoeken, geen schending van art. 8 EVRM opleverde, nu de Russische autoriteiten met deze weigering de hun toekomstige *margin of appreciation* niet hadden overschreden. Wel hadden de Russische autoriteiten moeten zorgen voor een serieuze alternatieve mogelijkheid waarop Lind op waardige wijze afscheid kon nemen van zijn vader. Het zeer kortstondige telefonische onderhoud dat hem met zijn vader werd toegestaan, waarbij hij werd gedwongen in het Russisch met zijn Nederlandse vader te communiceren en dat ook nog eens abrupt werd afgebroken, kon volgens het Hof niet als een dergelijk serieus alternatief worden beschouwd, waardoor het Hof alsnog tot een schending van art. 8 EVRM concludeerde.

Hoewel de schending *in casu* dus niet zozeer gelegen was in het weigeren van het verlofverzoek op zichzelf maar veeleer in het nalaten klager op andere wijze in de gelegenheid te stellen afscheid van zijn vader te nemen, lijkt het gezien het door het Hof geformuleerde toetsingskader in vergelijkbare gevallen toch wel degelijk mogelijk een recht op verlof te construeren. Dat dit in de zaak Lind niet was gelukt, hing immers niet zozeer samen met een principiële weigering een recht op verlof te construeren als wel met het feit dat dit recht het in het onderhavige geval moest afleggen tegen het zwaarderwegende vluchtgevaar, welke afweging in beginsel door de nationale autoriteiten mag worden gemaakt en slechts marginaal door het Hof kan worden getoetst. Wel dient een eventueel recht op verlof steeds langs de omweg van één van de verdragsrechten – in dit geval art. 8 EVRM – te worden geconstrueerd en dient voor ogen te worden gehouden dat de nationale autoriteiten een betrekkelijk ruime *margin of appreciation* hebben

om verlof te weigeren. Daarmee kan worden gezegd dat – hoewel de Grote Kamer in de onderhavige zaak de deur voor Boulois toch tamelijk hard heeft dicht geslagen – de (gevangenis)deur in andere, meer prangende gevallen wellicht toch op een klein kiertje staat.

J.H. Crijns  
Universitair docent straf(proces)recht, Universiteit  
Leiden

---