



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Voorlopige hechtenis in het Nederlandse jeugdstrafrecht : wet en praktijk in het licht van internationale en Europese kinder- en mensenrechten

Brink, Y.N. van den

Citation

Brink, Y. N. van den. (2018, January 25). *Voorlopige hechtenis in het Nederlandse jeugdstrafrecht : wet en praktijk in het licht van internationale en Europese kinder- en mensenrechten*. The Meijers Research Institute and Graduate School of the Leiden Law School of Leiden University. Wolters Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/58743>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/58743>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/58743> holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Brink, Yannick Nelson van den

Title: Voorlopige hechtenis in het Nederlandse jeugdstrafrecht : wet en praktijk in het licht van internationale en Europese kinder- en mensenrechten

Date: 2018-01-25

3 Kinder- en mensenrechtenconforme voorlopige hechtenisbeslissingen; een besluitvormingsschema

3.1 INLEIDING

In het vorige hoofdstuk is uitgebreid stil gestaan bij de betekenis van het kinder- en mensenrechtelijke verbod op onrechtmatige en willekeurige vrijheidsbeneming voor de voorlopige hechtenis van minderjarige verdachten. Duidelijk is geworden dat dit verbod op nationaal niveau verantwoordelijkheden meebrengt voor de wetgever, Staat, rechter en andere professionele actoren uit de voorlopige hechtenispraktijk, die uiteindelijk moeten waarborgen dat voorlopige hechtenis van minderjarigen slechts als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke duur wordt toegepast. In het onderhavige hoofdstuk staat het perspectief van de nationale rechter centraal en zal worden uitgewerkt op welke wijze de rechter tot rechtmatige en niet-willekeurige (lees: kinder- en mensenrechtenconforme) voorlopige hechtenisbeslissingen kan komen. Beoogd wordt om op basis van de in het voorgaande hoofdstuk beschreven internationale en Europese standaarden een rechterlijk besluitvormingsschema voor kinder- en mensenrechtenconforme voorlopige hechtenisbeslissingen te ontwikkelen, hetwelk op nationaal niveau – afhankelijk van het nationale rechtssysteem en de daarin geldende wettelijke regeling van de voorlopige hechtenis van minderjarige verdachten – nader invulling kan krijgen.¹

Hiervoor wordt in paragraaf 3.2 allereerst aansluiting gezocht bij de – kindspecifiek uitgelegde – proportionaliteitstoets die het EHRM aanlegt bij de beoordeling van een klacht over de voorlopige hechtenis van een minderjarige verdachte in het kader van artikel 5, eerste lid (c) jo. derde lid EVRM. Deze toets vindt zijn grondslag in een omvangrijk corpus aan EHRM-rechtspraak en biedt concrete aanknopingspunten voor de nationale rechter om in jeugdzaken op een rechtmatige en niet-willekeurige wijze tot voorlopige hechtenisbeslissingen te komen, waarbij wordt gewaarborgd dat de voorlopige hechtenis enkel als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke duur wordt toegepast. Hiermee kan deze proportionaliteitstoets bijdragen aan voorlopige hechtenisbeslissingen die niet alleen in lijn zijn met het EVRM, maar ook met het IVRK, het IVBPR en andere kinder- en mensenrechtenstandaarden (vgl. par. 2.5). Om deze redenen zal de proportionaliteitstoets van het EHRM fungeren als raamwerk voor het in dit hoofdstuk te ontwik-

1 Voor een eerste aanzet tot de ontwikkeling van een rechterlijk besluitvormingsschema voor kinderrechtenconforme voorlopige hechtenisbeslissingen in het Nederlandse jeugdstrafrecht, zie: Van den Brink & Liefwaard 2014.

kelen besluitvormingsschema voor kinder- en mensenrechtenconforme voorlopige hechtenisbeslissingen. Bij de invulling van dit raamwerk zullen ook andere internationale en Europese kinder- en mensenrechtenstandaarden worden betrokken.

Zoals in het voorgaande hoofdstuk reeds naar voren is gekomen, komt de door het EHRM ontwikkelde proportionaliteitstoets uiteindelijk neer op een belangenafweging. Deze belangenafweging vormt dan ook het sluitstuk van het besluitvormingsschema dat in dit hoofdstuk zal worden geïntroduceerd. Noch het EHRM, noch andere kinder- en mensenrechtstandaarden scheppen echter duidelijkheid over de wijze waarop de nationale rechter de relevante belangen moet afwegen. Om de rechter toch concrete handvatten te kunnen aanreiken, wordt in paragraaf 3.3 aan de hand van rechtswetenschappelijke literatuur inzicht gegeven in de belangenafweging als beslis methode. Hierop voortbouwend, wordt in paragraaf 3.4 een model ontwikkeld waarmee de belangenafweging van de rechter in het kader van de beslissing over de voorlopige hechtenis van een minderjarige verdachte methodisch én inhoudelijk vorm kan krijgen. In dit model worden onder meer de belangrijkste categorieën belangen uitgewerkt op basis van kinder- en mensenrechtenstandaarden en (rechts)wetenschappelijke literatuur. Dit hoofdstuk wordt in paragraaf 3.5 afgesloten met een drietal bespiegelingen over het besluitvormingsschema.

3.2 VOORLOPIGE HECHTENISBESLISSINGEN; EEN 'VIJF-STAPPENPLAN' VOOR DE RECHTER

Op basis van het verbod op onrechtmatige en willekeurige vrijheidsbeneming ex artikel 5, eerste lid (c) jo. derde lid EVRM en de daarin besloten liggende proportionaliteitseisen die het EHRM stelt aan toepassing van voorlopige hechtenis ten aanzien van minderjarigen kan het besluitvormingsproces van de (nationale) rechter bij het nemen van een voorlopige hechtenisbeslissing in een jeugdstrafzaak worden onderverdeeld in de volgende vijf 'stappen':

- 1) Is er sprake van een 'redelijke verdenking' dat de verdachte zich heeft schuldig gemaakt aan een (ernstig) strafbaar feit?
- 2) Is er sprake van 'relevante en voldoende redenen' die toepassing van voorlopige hechtenis zouden kunnen rechtvaardigen? Hierbij geldt als uitgangspunt dat verdachten in beginsel hun proces in vrijheid mogen afwachten.
- 3) Is voorlopige hechtenis 'strikt noodzakelijk' om de – uit de betreffende 'relevante en voldoende redenen' voortvloeiende – doelstellingen te kunnen verwezenlijken of kan worden volstaan met minder ingrijpende middelen dan voorlopige hechtenis?
- 4) Weegt het belang van verwezenlijking van deze doelstellingen door middel van voorlopige hechtenis, met inachtneming van de onschuld-

presumptie, zwaarder dan de inbreuk die met de voorlopige hechtenis wordt gemaakt op het belang van de verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten?

Indien de rechter deze vragen bevestigend beantwoordt, is toepassing van voorlopige hechtenis noodzakelijk en gerechtvaardigd. De rechter zal dan moeten bepalen voor welke duur hij de voorlopige hechtenis beveelt. Hiermee staat hij voor de volgende vraag gesteld:

- 5) Voor welke duur is een bevel tot voorlopige hechtenis, gelet op de voorgaande vier criteria, aanstonds gerechtvaardigd?

Uiteindelijk moeten deze vijf stappen waarborgen dat voorlopige hechtenis van minderjarigen slechts als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke duur wordt toegepast. Dit uitgangspunt moet de rechter bij elke stap voor ogen houden.

Deze vijf stappen vormen het raamwerk van het besluitvormingsschema voor kinder- en mensenrechtenconforme voorlopige hechtenisbeslissingen en zullen in de volgende subparagrafen (3.2.1-3.2.5) nader worden uitgewerkt.² Dit geschiedt primair aan de hand van de EHRM-rechtspraak waaruit de stappen voortvloeien, aangevuld met standaarden die voortkomen uit andere kinder- en mensenrechtenverdragen en -richtlijnen, voor zover deze niet expliciet in de rechtspraak van het EHRM naar voren komen. Aangezien het stappenplan is gefundeerd op kinder- en mensenrechtenstandaarden die in het voorgaande hoofdstuk reeds uitvoerig zijn beschreven, zal worden volstaan met een beknopte uitwerking van de stappen, waarbij geregeld zal worden terugverwezen naar paragrafen in het vorige hoofdstuk.

3.2.1 Stap één: 'Redelijke verdenking' van een (ernstig) strafbaar feit?

De (nationale) rechter die moet beslissen over de toepassing van voorlopige hechtenis ten aanzien van een minderjarige verdachte dient als *eerste stap* in het besluitvormingsproces te beoordelen of sprake is van een 'redelijke verdenking' dat de verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan een strafbaar feit.

2 De precieze invulling van deze stappen in een concrete zaak zal afhankelijk zijn van het nationale rechtssysteem en de daarin geldende wettelijke regeling van de voorlopige hechtenis van minderjarige verdachten. Conformiteit met nationale wetgeving wordt uitdrukkelijk voorgeschreven door het rechtmatigheidsvereiste ex artikel 5, eerste lid (c) EVRM, hetgeen impliceert dat dit een essentiële voorwaarde is voor een kinder- en mensenrechtenconforme toepassing van voorlopige hechtenis. De uitwerking van de invulling van het besluitvormingsschema op nationaal niveau valt echter buiten het bereik van dit hoofdstuk. Zie over voorlopige hechtenis in het Nederlandse jeugdstrafrecht: hoofdstuk 4 e.v.

Een ‘redelijke verdenking’ vereist het bestaan van feiten of informatie die een objectief waarnemer ervan zouden overtuigen dat de persoon in kwestie mogelijkwerwijs het strafbare feit heeft gepleegd.³ In paragraaf 2.4.3.1 is uitgebreid uiteengezet welke eisen het EHRM stelt aan het criterium van de ‘redelijke verdenking’ van een strafbaar feit.

In aanvulling op deze eisen kunnen uit andere kinderrechtenstandaarden nog twee kindspecifieke waarborgen worden afgeleid die relevant zijn voor de invulling van dit criterium in het kader van een beslissing over de voorlopige hechtenis van een minderjarige. De eerste aanvullende eis heeft betrekking op de standaardoverweging van het EHRM dat in de vroege fase van de voorlopige hechtenis nog kan worden volstaan met enkel indicaties van schuld, maar dat de vereiste graad van verdenking toeneemt naarmate de voorlopige hechtenis langer voortduurt.⁴ Hoewel het EHRM zich hierover niet expliciet heeft uitgesproken, kan uit het kindspecifieke uitgangspunt dat minderjarigen die hun proces niet in vrijheid mogen afwachten ‘zo spoedig mogelijk’ moeten worden berecht (vgl. art. 10, tweede lid (b) IVB-PR), hetgeen veronderstelt dat de autoriteiten voortvarend te werken moeten gaan in het onderzoek, worden afgeleid dat deze geleidelijke verzwaring van de vereiste graad van verdenking in jeugdstrafzaken sneller geschiedt dan in strafzaken van volwassenen (vgl. par. 2.3.3 en 2.3.4).⁵

De tweede aanvullende eis heeft betrekking op de ernst van het strafbare feit waarvan de minderjarige wordt verdacht. Het EHRM lijkt voor toepassing van voorlopige hechtenis geen minimumeisen te stellen aan de ernst van het strafbare feit. In diverse – ook door het EHRM erkende – internationale kinderrechtenstandaarden is er evenwel op gewezen dat een jeugdstrafrechtelijke reactie in een redelijke verhouding moet staan tot de ernst van het strafbare feit (vgl. art. 40, vierde lid IVRK).⁶ Dit veronderstelt dat de redelijke verdenking betrekking moet hebben op een strafbaar feit van een zekere ernst wil de rechter toepassing van een ingrijpend dwangmiddel, zoals voorlopige hechtenis, ten aanzien van een minderjarige verdachte kunnen overwegen. Hierbij is relevant dat de Beijing Rules (regel 17.1 onder c) zelfs expliciet voorschrijven dat een vrijheidsbenemende reactie (zij het als straf) ten aanzien van een minderjarige in een jeugdstrafrechtelijk kader enkel aan de orde zou mogen komen in gevallen waarin sprake is van een ernstig strafbaar

3 Zie o.m.: EHRM 30 augustus 1990, Appl. Nrs. 12244/86, 12245/86, 12383/86 (*Fox, Campbell en Hartley t. Verenigd Koninkrijk*), par. 32; EHRM 22 mei 2014, Appl. Nr. 15172/13 (*Ilgar Mammadov t. Azerbeidzjan*), par. 88; EHRM 5 november 2015, Appl. Nr. 69861/11 (*Qing t. Portugal*), par. 45; EHRM 17 maart 2016, Appl. Nr. 69981/14 (*Rasul Jafarov t. Azerbeidzjan*), par. 116.

4 EHRM 28 oktober 1994, Appl. Nr. 14310/88 (*Murray t. Verenigd Koninkrijk*), par. 56; EHRM 22 mei 2014, Appl. Nr. 15172/13 (*Ilgar Mammadov t. Azerbeidzjan*), par. 88-90; EHRM 17 maart 2016, Appl. Nr. 69981/14 (*Rasul Jafarov t. Azerbeidzjan*), par. 116.

5 Van den Brink & Liefwaard 2014, p. 46 en 49.

6 Zie ook: regel 5.1 en 17.1 Beijing Rules. En voorts: EHRM 16 december 1999, Appl. Nr. 24888/94 (*V. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 45; EHRM 16 december 1999, Appl. Nr. 24724/94 (*T. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 43, waarin wordt verwezen naar regel 17.1 Beijing Rules.

feit waarbij geweld is gebruikt jegens een persoon of als het een minderjarige recidivist betreft die kennelijk volhardt in het plegen van ernstige strafbare feiten, mits er geen andere passende reactie voor handen is.

Aldus dient de rechter bij deze eerste stap van het besluitvormingsschema te beoordelen of sprake is van een 'redelijke verdenking'. Daarnaast – zo kan op basis van de aangehaalde kinderrechtenstandaarden worden betoogd – is de rechter gehouden om binnen deze eerste stap ook te beoordelen of het strafbare feit waarop de verdenking betrekking heeft ernstig genoeg is om toepassing van voorlopige hechtenis van een minderjarige in overweging te nemen.

3.2.2 Stap twee: 'Relevante en voldoende redenen' voor voorlopige hechtenis?

Het EHRM hanteert in zijn rechtspraak het uitgangspunt dat een verdachte in beginsel zijn proces in vrijheid mag afwachten.⁷ Van dit uitgangspunt kan slechts worden afgeweken als er 'relevante en voldoende redenen' zijn om voorlopige hechtenis toe te passen of voort te zetten.⁸ Zoals in het vorige hoofdstuk is beschreven, heeft het EHRM in het standaardarrest *Smirnova t. Rusland* 'vier algemeen aanvaardbare redenen' vastgesteld die toepassing van voorlopige hechtenis kunnen rechtvaardigen, te weten het gevaar dat de verdachte, bij invrijheidstelling, (1) vlucht, (2) de waarheidsvinding belemmert, (3) recidiveert of (4) dat zijn vrijlating maatschappelijke onrust veroorzaakt.⁹ Als *tweede stap* in het besluitvormingsproces zal de rechter, nadat hij heeft vastgesteld dat sprake is van een redelijke verdenking van een (ernstig) strafbaar feit, moeten nagaan of een dergelijke grond voor voorlopige hechtenis aanwezig is. Hierbij moet de rechter voor ogen houden dat de eisen die het EHRM stelt aan deze aanvaardbaar geachte gronden – zoals deze uitvoerig zijn beschreven in paragraaf 2.4.3.2 – onverkort gelden voor de voorlopige hechtenis van minderjarigen.¹⁰

Mogelijk gelden voor minderjarigen zelfs strengere eisen, bijvoorbeeld bij gronden voor voorlopige hechtenis waarbij tijdsverloop een relevante factor is. Zo erkent het EHRM het gevaar dat een verdachte het onderzoek frustreert in de beginfase van het onderzoek als een aanvaardbare reden om voorlopige hechtenis toe te passen, maar benadrukt het ook dat deze reden

7 EHRM 24 juli 2003, Appl. Nrs. 46133/99 en 48183/99 (*Smirnova t. Rusland*), par. 58-59. Zie ook: EHRM 27 juni 1968, Appl. Nr. 1936/63 (*Neumeister t. Oostenrijk*), par. 4; EHRM 21 december 2000, Appl. Nr. 33492/96 (*Jabłoński t. Polen*), par. 83; EHRM 3 oktober 2006, Appl. Nr. 543/03 (*McKay t. Verenigd Koninkrijk*), par. 41; EHRM 6 november 2012, Appl. Nr. 36653/09 (*Trifković t. Kroatië*), par. 115; EHRM 24 april 2014, Appl. Nrs. 46398/09, 50570/09 en 50576/09 (*Miladinov t. Macedonië*), par. 47.

8 EHRM 24 juli 2003, Appl. Nrs. 46133/99 en 48183/99 (*Smirnova t. Rusland*), par. 58-59. Zie ook: EHRM 6 april 2000, Appl. Nr. 26772/95 (*Labita t. Italië*), par. 153; EHRM 24 juni 2016, Appl. Nr. 72508/13 (*Merabishvili t. Georgië*), par. 83.

9 EHRM 24 juli 2003, Appl. Nrs. 46133/99 en 48183/99 (*Smirnova t. Rusland*), par. 58-59.

10 Vgl. o.m.: EHRM 13 november 2012, Appl. Nr. 34421/09 (*J.M. t. Denemarken*), par. 54.

de toepassing van voorlopige hechtenis niet eindeloos kan rechtvaardigen.¹¹ Zodra het meeste bewijsmateriaal is verzameld en de getuigen zijn gehoord, kan het gevaar voor belemmering van de waarheidsvinding geen gerechtvaardigde grond meer zijn om een verdachte in voorlopige hechtenis te houden.¹² Hiervan kan ook sprake zijn als het onderzoek nog niet is afgerond, omdat er door toedoen van de autoriteiten ernstige vertragingen zijn opgetreden.¹³ Ook al heeft het EHRM zich hier niet specifiek over uitgesproken, is het zeer wel verdedigbaar dat het moment dat het gevaar voor belemmering van de waarheidsvinding de voorlopige hechtenis niet langer rechtvaardigt sneller wordt bereikt als de verdachte een minderjarige betreft. Uit het internationale kinderrechtenskader volgt immers uitdrukkelijk dat de autoriteiten zo voortvarend mogelijk te werk moeten gaan bij de berechting van minderjarigen die in voorlopige hechtenis verblijven (vgl. par. 2.3.3 en 2.3.4).

3.2.3 Stap drie: Noodzakelijkheidstoets; minder ingrijpende alternatieven?

Indien de rechter heeft vastgesteld dat sprake is van een ‘redelijke verdenking’ en het gevaar aanwezig acht dat de verdachte vlucht, de waarheidsvinding belemmert, recidiveert en/of dat zijn vrijlating maatschappelijke onrust veroorzaakt, dient de rechter als *derde stap* in het besluitvormingsproces te beoordelen of het in voorlopige hechtenis nemen of houden van de verdachte ‘strikt noodzakelijk’ is om dit gevaar af te wenden. Het EHRM stelt expliciet dat de rechter bij iedere beslissing over toepassing van voorlopige hechtenis dient te overwegen of er alternatieven voorhanden zijn (zie par. 2.4.3.3).¹⁴ Deze opdracht geldt nog nadrukkelijker als het een minderjarige verdachte betreft,¹⁵ daar het EHRM – voortbouwend op andere internationale en Europese kinderrechtstandaarden – meermaals uitdrukkelijk heeft overwogen dat voorlopige hechtenis van minderjarige verdachten

11 EHRM 12 december 1991, Appl. Nr. 12718/87 (*Clooth t. België*), par. 43; EHRM 26 januari 1993, Appl. Nr. 14379/88 (*W. t. Zwitserland*), par. 35; EHRM 17 februari 2005, Appl. Nr. 56271/00 (*Sardinas Albo t. Italië*), par. 93.

12 *Ibid.* Zie ook: EHRM 11 maart 2014, Appl. Nr. 62631/11 (*Gál t. Hongarije*), par. 44.

13 Vgl. EHRM 12 december 1991, Appl. Nr. 12718/87 (*Clooth t. België*), par. 45.

14 EHRM 20 januari 2009, Appl. Nr. 70337/01 (*Güveç t. Turkije*), par. 108. Zie ook: EHRM 21 december 2000, Appl. Nr. 33492/96 (*Jabłoński t. Polen*), par. 83; EHRM 28 juli 2005, Appl. Nr. 75112/01 (*Czarnecki t. Polen*), par. 42; EHRM 20 september 2011, Appl. Nr. 39602/05 (*Fedorenko t. Rusland*), par. 71-74; EHRM 3 juli 2014, Appl. Nr. 48929/08 (*Dubinskiy t. Rusland*), par. 59.

15 EHRM 20 januari 2009, Appl. Nr. 70337/01 (*Güveç t. Turkije*), par. 108; EHRM 9 juli 2013, Appl. Nr. 66066/09, EHRC 2013/197 (*Diñç en Çakır t. Turkije*), par. 59-66. Zie ook: EHRM 13 november 2012, Appl. Nr. 34421/09 (*J.M. t. Denemarken*), par. 63.

slechts als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke duur mag worden toegepast (zie par. 2.4.4).¹⁶

De rechtspraak van het EHRM schrijft aldus een strikte toepassing van het subsidiariteitsbeginsel voor: indien (en zodra) de legitieme doelstellingen van de voorlopige hechtenis met een minder ingrijpend middel kunnen worden verwezenlijkt, verdient dit middel de voorkeur. Dit veronderstelt dat een veelheid aan verschillende interventies als alternatief voor voorlopige hechtenis gerechtvaardigd kunnen zijn, mits deze interventies minder ingrijpend zijn dan voorlopige hechtenis en strekken tot verwezenlijking van de legitieme doelstellingen van de voorlopige hechtenis. Wel moet de rechter bij het bepalen van een passend alternatief voor voorlopige hechtenis rekening houden met de leeftijd en ontwikkelingsfase van de minderjarige verdachte en zijn daarmee samenhangende behoeften (vgl. art. 40, eerste en vierde lid IVRK). Voorts zijn de alternatieven zelf eveneens gebonden aan de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit (vgl. par. 2.7.1).¹⁷ Bovendien moet de rechter zich ervan bewust zijn dat alternatieven voor voorlopige hechtenis een inbreuk op (andere) verdragsrechten met zich kunnen brengen. Zo kan invrijheidstelling onder vrijheidsbeperkende voorwaarden een inbreuk op het recht op vrije verplaatsing ex artikel 2 van het Vierde Protocol bij het EVRM opleveren. Zoals in het voorgaande hoofdstuk duidelijk is geworden, kunnen dergelijke verdragsrechten mogelijk aanvullende eisen stellen aan het toepassen van alternatieven voor voorlopige hechtenis (par. 2.7.2).

Tot slot is het voor de rechter van belang zich te realiseren dat het subsidiariteitsvereiste impliceert dat de inzet van alternatieven voor voorlopige hechtenis dient te strekken tot vermindering van het gebruik van voorlopige hechtenis en dus niet tot gevolg mag hebben dat vaker wordt afgeweken van het uitgangspunt dat minderjarige verdachten hun proces in vrijheid mogen afwachten. Dit sluit aan bij het in internationale kinderrechtenstandaarden erkende uitgangspunt dat voorkomen moet worden dat de inzet van alternatieven voor voorlopige hechtenis een ‘aanzuigende werking’ heeft.¹⁸

16 EHRM 10 januari 2006, Appl. Nr. 21768/02 (*Selçuk t. Turkije*), par. 35-36; EHRM 6 mei 2008, Appl. Nr. 20817/04 (*Nart t. Turkije*), par. 31 en 33; EHRM 20 januari 2009, Appl. Nr. 70337/01 (*Güveç t. Turkije*), par. 108-109; EHRM 19 januari 2012, Appl. Nr. 39884/05 (*Korneykova t. Oekraïne*), par. 44; EHRM 22 mei 2012, Appl. Nr. 23601/10 (*Özkan en Fikri Yakar t. Turkije*), par. 42.

17 Het minst ingrijpende alternatief heeft de voorkeur boven andere alternatieven voor voorlopige hechtenis (subsidiariteit) en het belang van verwezenlijking van de legitieme doelstelling van voorlopige hechtenis door de inzet van het betreffende alternatief moet zwaarder wegen dan het belang dat de verdachte zijn proces in (onvoorwaardelijke) vrijheid mag afwachten (proportionaliteit *stricto sensu*).

18 Vgl. Kinderrechtencomité 2007, par. 80.

3.2.4 Stap vier: Proportionaliteitstoets *stricto sensu*; een belangenafweging

Nadat de rechter heeft vastgesteld dat sprake is van een ‘redelijke verdenking’, dat een ‘relevante en voldoende reden’ voor voorlopige hechtenis aanwezig is en dat de inzet van het dwangmiddel voorlopige hechtenis ‘strikt noodzakelijk’ is om de doelstellingen daarvan te verwezenlijken, komt de rechter aan bij de *vierde stap* in het besluitvormingsproces: de belangenafweging. Volgens vaste rechtspraak van het EHRM kan toepassing van voorlopige hechtenis slechts gerechtvaardigd zijn indien er specifieke aanwijzingen zijn dat een evident publiek belang dat hiermee wordt gediend, met inachtneming van de onschuldpresumptie, zwaarder weegt dan het recht op persoonlijke vrijheid van het individu (zie par. 2.4.3.4).¹⁹ De rechter zal het belang van het verwezenlijken van de doelstellingen die met voorlopige hechtenis worden nagestreefd (lees: het belang van het afwenden van het aanwezig geachte vluchtgevaar, collusiegevaar, recidivegevaar of gevaar voor maatschappelijke onrust) moeten afwegen tegen (de ernst van de inbreuk op) het belang van de verdachte om zijn proces in vrijheid te mogen afwachten.

De rechter kan in zijn belangenafweging niet volstaan met een algemene en abstracte afweging van belangen. Het EHRM heeft in zijn rechtspraak, met verwijzing naar het in artikel 5 lid 1(c) EVRM besloten liggende proportionaliteitsvereiste, expliciet overwogen dat de rechter zijn voorlopige hechtenisbeslissing moet baseren op een afweging van de relevante argumenten voor en tegen invrijheidstelling van de verdachte.²⁰ Deze argumenten moeten worden onderbouwd aan de hand van concreet, feitelijk bewijs.²¹ Hiermee lijkt het EHRM een casuïstische benadering voor ogen te hebben waarbij de inhoudelijke belangenafweging en de daaruit voortvloeiende voorlopige hechtenisbeslissing primair afhangt van de specifieke omstandigheden van het geval.²² Wel is duidelijk dat het EHRM de leeftijd van de verdachte beschouwt als een ‘zeer belangrijke factor’ binnen de rechterlijke afweging.²³ Dit brengt tot uitdrukking dat als het gaat om toepassing van voorlopige hechtenis ten aanzien van een minderjarige, uiterste terughou-

19 EHRM 24 juli 2003, Appl. Nrs. 46133/99 en 48183/99 (*Smirnova t. Rusland*), par. 61. Zie ook: EHRM 6 mei 2008, Appl. Nr. 20817/04 (*Nart t. Turkije*), par. 29; EHRM 11 maart 2014, Appl. Nr. 62631/11 (*Gál t. Hongarije*), par. 40; EHRM 1 december 2015, Appl. Nr. 26211/13 (*Šoš t. Kroatië*), par. 81.

20 EHRM 19 januari 2012, Appl. Nr. 39884/05 (*Korneykova t. Oekraïne*), par. 43.

21 *Ibid.* Zie ook: EHRM 6 mei 2008, Appl. Nr. 20817/04 (*Nart t. Turkije*), par. 29.

22 Vgl. EHRM 6 mei 2008, Appl. Nr. 20817/04 (*Nart t. Turkije*), par. 29.

23 EHRM 19 januari 2012, Appl. Nr. 39884/05 (*Korneykova t. Oekraïne*), par. 44. Zie ook: EHRM 10 januari 2006, Appl. Nr. 21768/02 (*Selçuk t. Turkije*), par. 35-36; EHRM 6 mei 2008, Appl. Nr. 20817/04 (*Nart t. Turkije*), par. 31 en 33; EHRM 20 januari 2009, Appl. Nr. 70337/01 (*Güveç t. Turkije*), par. 108-109; EHRM 22 mei 2012, Appl. Nr. 23601/10 (*Özkan en Fikri Yakar t. Turkije*), par. 42; EHRM 9 juli 2013, Appl. Nr. 66066/09, EHRC 2013/197 (*Dinç en Çakır tegen Turkije*), par. 59-66.

dendheid geboden is.²⁴ Hieruit kan worden opgemaakt dat de persoonlijke vrijheid van een minderjarige verdachte in de rechterlijke belangenafweging als een zwaarwegend belang moet worden beschouwd. Desalniettemin stelt het EHRM voorop dat het in beginsel op de weg van de nationale autoriteiten zelf ligt om te bepalen of er in een concreet geval sprake is van een evident publiek belang dat met voorlopige hechtenis wordt gediend en zwaarder weegt dan de persoonlijke vrijheid van de verdachte en om alle relevante argumenten voor en tegen vrijlating van de verdachte te beoordelen en in de beslissing te betrekken.²⁵

Deze vierde stap in het besluitvormingsproces kan worden aangeduid als een – wat in de literatuur wordt genoemd – ‘proportionaliteitstoets *stricto sensu*’. Deze toets houdt in dat de rechter moet nagaan of de inbreuk die met voorlopige hechtenis wordt gemaakt op de rechten en belangen van het individu evenredig is aan het gewicht van de doelstellingen die met de voorlopige hechtenis worden nagestreefd.²⁶ Anders dan bij de noodzakelijkheids- c.q. subsidiariteitstoets (vgl. par. 3.2.3), gaat het bij de proportionaliteitstoets *stricto sensu* dus niet zozeer om de beoordeling van de verhouding tussen het te kiezen middel en de doelstellingen die worden nagestreefd, maar om de beoordeling van de verhouding tussen het gewicht van verwezenlijking van de doelstellingen en het gewicht van de rechten en belangen die zullen worden aangetast.²⁷ Zo gaat het bij de noodzakelijkheids- c.q. subsidiariteitstoets bijvoorbeeld om de vraag of het *middel* voorlopige hechtenis noodzakelijk is voor het afwenden van collusiegevaar of dat met minder ingrijpende middelen kan worden volstaan, terwijl het bij de proportionaliteitstoets *stricto sensu* gaat om de vraag of het belang van het afwenden van collusiegevaar – waarvoor voorlopige hechtenis kennelijk noodzakelijk is – zwaarder weegt dan het belang van de verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten. Deze belangenafweging vormt het sluitstuk van het besluitvormingsschema, althans voor wat betreft de beslissing over het al dan niet toepassen van de voorlopige hechtenis.

In de paragrafen 3.3 en 3.4 zal nader worden ingegaan op de wijze waarop de rechter methodisch en inhoudelijk kan omgaan met de belangenafweging in het kader van beslissingen over de voorlopige hechtenis van minderjarige verdachten.

24 *Ibid.*

25 Vgl. EHRM 30 januari 2003, Appl. Nr. 38884/97 (*Nikolov t. Bulgarije*), par. 74; EHRM 6 mei 2008, Appl. Nr. 20817/04 (*Nart t. Turkije*), par. 29; EHRM 11 maart 2014, Appl. Nr. 62631/11 (*Gál t. Hongarije*), par. 40.

26 Vgl. *mutatis mutandis* Gerards 2011, p. 158.

27 *Ibid.*

3.2.5 Stap vijf: Redelijkheidstoets; de duur van de voorlopige hechtenis

Indien de rechter op basis van de vier – in de voorgaande subparagrafen uitgewerkte – stappen van het besluitvormingsschema tot het oordeel komt dat een bevel tot voorlopige hechtenis van de minderjarige verdachte moet worden afgegeven, dient hij te bepalen voor welke duur hij de voorlopige hechtenis beveelt. Hierbij zal de rechter in elk geval moeten waarborgen dat de duur van dit bevel de grenzen van de ‘redelijkheid’ niet overschrijdt (zie par. 2.4.3.5).²⁸ De rechter zal moeten bepalen voor welke duur de voorlopige hechtenis aanstonds redelijk is te achten en op welk moment een nieuwe rechterlijke beoordeling c.q. toetsing van de redelijkheid van het voortduren van de voorlopige hechtenis noodzakelijk is.²⁹ Hierbij geldt als uitgangspunt dat de redelijke duur van een bevel tot voorlopige hechtenis niet in abstracto kan worden bepaald, maar in iedere concrete zaak op basis van de specifieke omstandigheden van het geval moet worden beoordeeld.³⁰

Gesteld kan worden dat de vier reeds behandelde criteria voor toepassing van voorlopige hechtenis de belangrijke begrenzingsvormen van de redelijke duur van de voorlopige hechtenis.³¹ Deze criteria vormen dan ook voornamelijk aandachtspunten voor de rechter bij het bepalen van de duur van een bevel tot voorlopige hechtenis. Zo is het voortduren van voorlopige hechtenis niet langer redelijk zodra er geen ‘redelijke verdenking’ meer aanwezig is of geen ‘relevante en voldoende redenen’ meer zijn om het voortzetten van voorlopige hechtenis te rechtvaardigen (zie par. 3.2.1 en 3.2.2). Dit veronderstelt dat de rechter er rekening mee moet houden dat de ‘redelijke verdenking’ of de ‘relevante en voldoende redenen’ voor voorlopige hechtenis na enig tijdsverloop mogelijk niet meer aanwezig zullen zijn of in elk geval opnieuw zullen moeten worden beoordeeld. Hierbij is van belang dat de rechter zich ervan bewust is dat naarmate de voorlopige hechtenis langer voortduurt, er strengere eisen worden gesteld aan de vereiste graad van ver-

28 Vgl. EHRM 3 juli 2014, Appl. Nr. 48929/08 (*Dubinskiy t. Rusland*), par. 60. En voorts: EHRM 27 juni 1968, Appl. Nr. 1936/63 (*Neumeister t. Oostenrijk*), par. 4; EHRM 21 december 2000, Appl. Nr. 33492/96 (*Jabłoński t. Polen*), par. 83; EHRM 3 oktober 2006, Appl. Nr. 543/03 (*McKay t. Verenigd Koninkrijk*), par. 41; EHRM 6 november 2012, Appl. Nr. 36653/09 (*Trifković t. Kroatië*), par. 115; EHRM 24 april 2014, Appl. Nrs. 46398/09, 50570/09 en 50576/09 (*Miladinov t. Macedonië*), par. 47; EHRM 1 december 2015, Appl. Nr. 26211/13 (*Šoš t. Kroatië*), par. 82; EHRM 26 april 2016, Appl. Nr. 12301/12 (*Merčep t. Kroatië*), par. 76.

29 Zo heeft het EHRM uitdrukkelijk overwogen dat “domestic courts are under an obligation to review the continued detention of persons pending trial with a view to ensuring release when circumstances no longer justify continued deprivation of liberty”. Zie o.m.: EHRM 3 oktober 2006, Appl. Nr. 543/03 (*McKay t. Verenigd Koninkrijk*), par. 45.

30 Zie o.m.: EHRM 26 oktober 2000, Appl. Nr. 30210/96 (*Kudla t. Polen*), par. 110; EHRM 3 oktober 2006, Appl. Nr. 543/03 (*McKay t. Verenigd Koninkrijk*), par. 41-45; EHRM 22 mei 2012, Appl. Nr. 5826/03 (*Idalov t. Rusland*), par. 139-141; EHRM 3 juli 2014, Appl. Nr. 48929/08 (*Dubinskiy t. Rusland*), par. 58.

31 Deze vormen immers (tevens) de criteria op basis waarvan het voortduren van voorlopige hechtenis (“continued detention”) gerechtvaardigd kan worden.

denking, alsook aan de redenen die het voortduren van voorlopige hechtenis kunnen rechtvaardigen.³²

Voorts zal de rechter bij het bepalen van de duur van het bevel tot voorlopige hechtenis rekening moeten houden met de mogelijkheid van veranderende omstandigheden, waardoor de voorlopige hechtenis na verloop van tijd niet langer strikt noodzakelijk is (zie par. 3.2.3). Hierbij kan worden gedacht aan een situatie waarin na enige tijd alternatieven voor voorlopige hechtenis beschikbaar komen die aanvankelijk niet voorhanden waren of een situatie waarin alternatieven voor voorlopige hechtenis die aanvankelijk niet geschikt werden geacht na verloop van tijd – vanwege veranderde omstandigheden of door het tijdsverloop als zodanig – wel voor toepassing in aanmerking komen.

Verder is het voortduren van voorlopige hechtenis niet langer redelijk zodra het belang van verwezenlijking van de doelstelling die met voorlopige hechtenis wordt gediend niet langer zwaarder weegt dan de inbreuk die met de voorlopige hechtenis wordt gemaakt op het belang van de verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten (zie par. 3.2.4). Hierbij dient te worden bedacht dat de inbreuk die de voorlopige hechtenis maakt op de belangen van de verdachte welhaast per definitie steeds groter wordt naarmate de vrijheidsbeneming van de verdachte langer voortduurt. Hierdoor kan de balans die aanvankelijk uitviel in het voordeel van de publieke belangen die met voorlopige hechtenis worden gediend na enig tijdsverloop doorslaan naar de individuele belangen van de verdachte om zijn (verdere) proces in vrijheid af te wachten, waardoor het voortduren van de voorlopige hechtenis niet langer redelijk is.

Een vijfde, aanvullende begrenzing van de redelijke duur van voorlopige hechtenis is dat de duur van de voorlopige hechtenis de duur van de bij veroordeling mogelijk op te leggen vrijheidsstraf niet te boven gaat. Deze begrenzing volgt niet zozeer uit de rechtspraak van het EHRM,³³ maar wel uit het commentaar van het MRC op artikel 9, eerst lid jo. derde lid IVBPR

32 Zo hoeven de indicaties van schuld in de initiële fase van de voorlopige hechtenis niet eens voldoende te zijn om vervolging in te kunnen stellen, maar zal naar verloop van tijd de vereiste graad van verdenking moeten toenemen om van een 'redelijke verdenking' in de zin van artikel 5, eerste lid (c) EVRM te kunnen blijven spreken (zie par. 2.4.3.1 en 3.2.1). Voor wat betreft de 'relevante en voldoende redenen' is tijdsverloop met name relevant indien de voorlopige hechtenis is gegrond op het gevaar dat de verdachte, bij invrijheidstelling, de waarheidsvinding zal belemmeren of dat de invrijheidstelling van de verdachte maatschappelijke onrust zal veroorzaken (zie par. 2.4.3.2 en 3.2.2).

33 Het EHRM lijkt wat terughoudend te zijn met het aannemen van dit uitgangspunt. De reden hiervoor is volgens Trechsel gelegen in het risico dat het in het kader van de voorlopige hechtenis anticiperen op de vrijheidsstraf niet zozeer tot beperking van de (duur van) voorlopige hechtenis zal leiden, doch eerder als rechtvaardiging van langdurige toepassing van voorlopige hechtenis zal worden gebruikt. Zie: Trechsel 2005, p. 521-522, met verwijzing naar EHRM 3 april 2003, Appl. Nr. 31583/96 (*Klamecki t. Polen*), par. 122.

(zie par. 2.3.3)³⁴ en de aanbevelingen van het Comité van Ministers van de Raad van Europa betreffende het gebruik van voorlopige hechtenis.³⁵

Aldus wordt de redelijke duur van de voorlopige hechtenis door verschillende criteria begrensd. Hierbij moet de rechter voor ogen houden dat in jeugdstrafzaken extra terughoudend moet worden omgegaan met het langdurig toepassen van voorlopige hechtenis en dat de rechtmatigheid van het voortduren van voorlopige hechtenis frequent moet worden getoetst. De rechter kan een dergelijke frequente beoordeling waarborgen door in jeugdzaken uitsluitend kortdurende voorlopige hechtenisbevelen af te geven, waardoor telkens een rechterlijke verlengingsbeslissing nodig is om de voorlopige hechtenis langer te laten voortduren.³⁶ Een alternatieve benadering is het frequent – met korte intervallen – *tussentijds* toetsen van de redelijkheid van het voortduren van de voorlopige hechtenis van een minderjarige verdachte. Het EHRM geeft in zijn rechtspraak geen concrete aanwijzingen hoe frequent de redelijkheid van het voortduren van voorlopige hechtenis van een minderjarige door een rechter zou moeten worden beoordeeld, maar volgens het Kinderrechtencomité van de Verenigde Naties zou een dergelijke toetsing bij voorkeur iedere twee weken moeten plaatsvinden.³⁷ Hoe dan ook, moet de rechter uiteindelijk waarborgen dat de voorlopige hechtenis van een minderjarige slechts voor de kortst mogelijke duur wordt toegepast (zie par. 2.3.4 en 2.4.4).

3.3 INTERMEZZO: DE RECHTERLIJKE BELANGENAFWEGING ALS METHODE

In het voorgaande is duidelijk geworden dat, ingevolge de door het EHRM in het kader van artikel 5, eerste lid (c) EVRM aangelegde proportionaliteits-toets *stricto sensu*, de toepassing van voorlopige hechtenis in een concreet geval slechts gerechtvaardigd kan zijn als de publieke belangen die met voorlopige hechtenis worden gediend zwaarder wegen dan de individuele belangen van de verdachte om zijn proces in vrijheid te mogen afwachten. Hiermee geeft het EHRM de (nationale) rechter uitdrukkelijk de opdracht om aan de voorlopige hechtenisbeslissing een *belangenafweging* ten grondslag te leggen. Het EHRM geeft de nationale rechter echter geen concrete instructies voor de wijze waarop deze belangenafweging moet worden uit-

34 Mensenrechtencomité 2014, par. 38.

35 Zie: Comité van Ministers van de Raad van Europa, *Recommendation No. 80 R(80)11 of the Committee of Ministers to Member States concerning Custody pending Trial*, 27 juni 1980, par. 7 en 13; Comité van Ministers van de Raad van Europa, *Recommendation Rec(2006)13 of the Committee of Ministers to Member States on the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse*, 27 september 2006, par. 22(2).

36 Dit zou ook door de wetgever kunnen worden gewaarborgd door korte termijnen voor voorlopige hechtenis van jeugdigen in de wet vast te leggen.

37 Kinderrechtencomité 2007, par. 83.

gevoerd, terwijl juist deze belangenafweging kan worden beschouwd als een bijzonder complexe excersitie in het besluitvormingsproces.

In lijn met de benadering van het EHRM, vormt de belangenafweging het sluitstuk van het in dit hoofdstuk gepresenteerde rechterlijke besluitvormingsschema.³⁸ Om de rechter hiervoor concrete handvatten aan te reiken, zal in het navolgende worden getracht om een model te ontwikkelen dat de rechter kan gebruiken om tot een kinder- en mensenrechtenconforme belangenafweging te komen. Voordat in paragraaf 3.4 zal worden ingegaan op de inhoud van deze belangenafweging, wordt in de onderhavige paragraaf aandacht besteed aan de wijze waarop de rechter *methodisch* kan omgaan met de belangenafweging als beslismethode. Dit intermezzo – in die zin dat deze paragraaf anders dan de voorgaande en volgende paragraaf niet inhoudelijk ingaat op kinder- en mensenrechten die betrekking hebben op voorlopige hechtenis van minderjarigen – is nodig om in paragraaf 3.4 een methodisch doordacht model te kunnen ontwikkelen voor de belangenafweging bij voorlopige hechtenisbeslissingen ten aanzien van minderjarigen.

De figuur van de rechterlijke belangenafweging als beslismethode is namelijk niet onomstreden en roept diverse vragen op. Hoe kan de rechter *gewicht* geven aan belangen? Aan de hand van welke *maatstaf* kan de rechter uiteenlopende belangen afwegen? Deze en andere vragen hebben geleid tot een veelheid aan – overwegend rechtstheoretische en rechtsfilosofische – beschouwingen van de rechterlijke belangenafweging in de literatuur.³⁹ Deze literatuur heeft weliswaar hoofdzakelijk betrekking op de belangenafweging bij botsende grondrechten, maar kan ook aanknopingspunten bieden voor de belangenafweging bij voorlopige hechtenisbeslissingen. Op basis van deze literatuur wordt de rechterlijke belangenafweging bij voorlopige hechtenisbeslissingen in deze paragraaf methodisch benaderd, waarbij – voortbouwend op de structurerende, methodische benadering zoals uiteengezet door Den Houdijker⁴⁰ – de rechterlijke belangenafweging zal worden opgedeeld in vier ‘stappen’: (1) de selectie van belangen, (2) de definitie van belangen, (3) de clustering van belangen en (4) de afweging van belangen.⁴¹

38 De belangenafweging (stap 4) is het sluitstuk van de besluitvorming over het al dan niet toepassen van voorlopige hechtenis. Als de rechter beslist tot toepassing van voorlopige hechtenis, zal hij vervolgens de duur daarvan moeten bepalen (stap 5). Hierbij zal de rechter evenwel wederom een belangenafweging moeten maken.

39 Zie o.m.: Alexy 2003(a) en (b); Gerards 2006; Smith 2006; Den Houdijker 2012.

40 In deze benadering maakt Den Houdijker het methodische onderscheid tussen de ‘voorfase’ (het selecteren en definiëren van de belangen) en de ‘afwegingsfase’ (het eigenlijke afwegen van de belangen) in de rechterlijke belangenafweging. Zie: Den Houdijker 2007 en uitgebreider in haar proefschrift: Den Houdijker 2012.

41 In aanvulling op de drie stappen die door Den Houdijker (2007 en 2012) zijn onderscheiden (respectievelijk: selecteren, definiëren en afwegen), wordt in het onderhavige onderzoek het ‘clusteren van belangen’ ingevoegd als derde stap in de belangenafweging, voorafgaand aan het eigenlijke afwegen. Zie: paragraaf 3.3.5.

Alvorens op elk van deze vier stappen in te gaan (par. 3.3.3 – 3.3.6), wordt eerst aandacht besteed aan de (mogelijke) problematiek van de afweging tussen belangen en rechten (par. 3.3.1) en de belangenafweging als (rationele) beslismethode (par. 3.3.2).

3.3.1 Belangen versus rechten?

Het EHRM heeft de aan voorlopige hechtenisbeslissingen ten grondslag liggende belangenafweging meermaals verwoord als een opdracht van de rechter om het publieke belang dat wordt gediend met voorlopige hechtenis, niettegenstaande de onschuldpresumptie, af te wegen tegen het recht van het individu op persoonlijke vrijheid.⁴² Deze formulering lijkt te veronderstellen dat de rechter een *belang* moet afwegen tegen een (fundamenteel) *recht*. Dit is echter minder problematisch dan het wellicht op het eerste gezicht lijkt. Zo constateert Gerards dat fundamentele rechten in wezen kunnen worden beschouwd als codificaties van individuele belangen.⁴³ Aan ieder fundamenteel mensenrecht liggen dan ook individuele belangen ten grondslag,⁴⁴ zoals belangen van persoonlijke vrijheid en belangen van een eerlijk proces aan de basis liggen van respectievelijk het recht op persoonlijke vrijheid en het recht om voor onschuldig te worden gehouden tot het tegendeel is bewezen (de onschuldpresumptie).⁴⁵ Zo bezien betreft de door het EHRM voorgeschreven proportionaliteitstoets toch een afweging van *belangen*.

Een inbreuk op een fundamenteel mensenrecht, zoals het recht op persoonlijke vrijheid, kan aldus slechts gerechtvaardigd zijn als de hieraan ten grondslag liggende individuele belangen minder zwaar wegen dan de publieke belangen die met de inbreuk worden gediend.⁴⁶ Den Houdijker wijst er in dit verband op dat, vanwege het algemene karakter van fundamentele rechten, onder elk fundamenteel recht een veelheid aan mogelijk relevante belangen ligt.⁴⁷ Het is aan de rechter om deze te selecteren aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval.⁴⁸

42 “Continued detention can be justified only if there are specific indications of a genuine requirement of public interest which, notwithstanding the presumption of innocence, outweighs the rule of respect for individual liberty laid down in Article 5 of the Convention.” Zie o.m.: EHRM 3 oktober 2006, Appl. Nr. 543/03, p. 42; EHRM 22 mei 2012, Appl. Nr. 5826/03, par. 139; EHRM 6 november 2012, Appl. Nr. 36653/09 (*Trifković t. Kroatië*), par. 114.

43 Vgl. Gerards 2008, p. 672.

44 *Ibid.* Zie ook: Den Houdijker 2007, p. 169.

45 Vgl. paragrafen 3.3.3.2 en 3.3.3.3.

46 Deze belangenafweging vormt, zoals gezegd, het sluitstuk van de voorlopige hechtenisbeslissing. Voor een legitieme inbreuk op het recht op persoonlijke vrijheid moet allereerst sprake zijn van een legitieme grond c.q. doelstelling. Ook moet de inbreuk noodzakelijk zijn in die zin dat er geen minder ingrijpende middelen kunnen worden aangewend om de legitieme doelstelling te verwezenlijken.

47 Den Houdijker 2007, p. 169, met verwijzing naar Sunstein 1995, p. 959-968.

48 *Ibid.*

Gerards signaleert dat de belangenafweging vaak ten onrechte wordt voorgesteld als een tweedimensionale afweging tussen een evident publiek belang en een duidelijk afgebakend individueel belang dat direct is af te leiden uit het fundamentele mensenrecht waarop inbreuk wordt gemaakt.⁴⁹ Deze – in de woorden van Gerards⁵⁰ – ‘sterke simplificatie van de werkelijkheid’ miskent niet alleen dat onder een dergelijk (abstract geformuleerd) publiek en individueel belang een veelheid aan (concretere) belangen ligt, doch ook dat andere categorieën individuele belangen een rol kunnen spelen dan slechts die ten grondslag liggen aan het fundamentele recht waarop een inbreuk wordt gemaakt. Zo vormt voorlopige hechtenis weliswaar primair een inbreuk op het recht op persoonlijke vrijheid, maar staat het ook op gespannen voet met de onschuldpresumptie. Dit impliceert dat ook onderliggende belangen van een eerlijk proces moeten worden meegenomen in de afweging. Voorts kunnen ook (individuele) belangen die niet direct ten grondslag liggen aan een fundamenteel mensenrecht worden meegewogen,⁵¹ mits deze relevant en toelaatbaar zijn in het licht van de grenzen waarbinnen de belangenafweging plaatsvindt (zie par. 3.4.1).

3.3.2 Belangenafweging als (rationele) beslismethode?

Het EHRM geeft de (nationale) rechter aldus de opdracht om de methode van de belangenafweging te hanteren om tot EVRM-conforme voorlopige hechtenisbeslissingen te kunnen komen. Deze ‘afwegingsbenadering’ lijkt aan te sluiten bij het karakter van het EVRM als geheel, waarin een voortdurende zoektocht besloten ligt naar een eerlijk evenwicht tussen het tegemoetkomen aan het algemeen belang van de samenleving en de bescherming van de fundamentele rechten van het individu.⁵² Volgens verschillende rechtswetenschappers ontkomt een rechter die wordt geconfronteerd met een

49 Gerards 2006, p. 7-8.

50 *Ibid.*

51 Vgl. Gerards 2008, p. 655-690. Bovendien stelt Gerards zich op het standpunt dat het feit dat een individueel belang is geclassificeerd als fundamenteel recht nooit beslissend mag zijn in een afweging ten opzichte van een ander individueel belang dat niet als zodanig is aangemerkt. Wel kan een dergelijke classificatie een sterke aanwijzing zijn dat het een belangrijk individueel belang betreft. Niettemin dient de rechter, volgens Gerards, verder te kijken dan slechts deze kwalificatie en het daadwerkelijke belang van het betreffende individuele belang te beoordelen in het licht van de omstandigheden van het geval (p. 688).

52 Vgl. EHRM 7 juli 1989, Appl. Nr. 14038/88 (*Soering t. Verenigd Koninkrijk*), par. 89. In de literatuur is zelfs betoogd dat deze afwegingsbenadering, in het kader van de proportionaliteitstoets, de status heeft vergaard van ‘general principle’ in het systeem van het EVRM. Zie: Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 81 en voor een kritische reflectie hierop: Tsakyrakis 2009.

beroep op een fundamenteel mensenrecht – zoals het recht op persoonlijke vrijheid – er niet aan om belangen af te wegen.⁵³

In de literatuur is hierbij de vraag opgeworpen of de rechterlijke belangenafweging kan worden beschouwd als een beslismethode, in die zin dat de afweging onderdeel is van de heuristiek van het rechterlijk oordeel, of (uitsluitend) als een methode om een beslissing te motiveren c.q. legitimeren.⁵⁴ Den Houdijker stelt in dit verband voorop dat het per definitie onmogelijk is om onomstotelijk te bewijzen dat de belangenafweging een beslismethode is, daar de heuristiek van het rechterlijk oordeel voor een belangrijk deel – zo niet volledig⁵⁵ – plaatsvindt in het hoofd van de rechter.⁵⁶ Dit gezegd hebbende, stelt zij zich op het standpunt dat ook indien de belangenafweging primair wordt beschouwd als een methode om een rechterlijk oordeel te legitimeren, de rechter ertoe gehouden is om inzicht te geven in de keuzes die in de heuristische fase zijn gemaakt.⁵⁷ Dit impliceert dat de rechter in de heuristische fase in elk geval zal moeten anticiperen op het gebruik van de belangenafweging in de legitimatiefase.⁵⁸ Deze redenering sluit aan bij de constatering van Smith dat heuristiek en legitimatie “nauw op elkaar betrokken activiteiten” zijn: “de rechter zoekt immers naar een *te rechtvaardigen* oplossing”.⁵⁹ Zo zal de rechter er in de heuristische fase van de oordeelsvorming rekening mee moeten houden dat hij in de legitimatiefase inzicht zal moeten geven in de (wijze van) selectie, definitie, clustering en afweging van de relevante belangen, waarmee zijn oordeel gerechtvaardigd moet kunnen worden. De belangenafweging dwingt de rechter dus tot het inzichtelijk maken van objectiveerbare gezichtspunten. Den Houdijker stelt zich op het standpunt dat de methode van de belangenafweging hiermee niet alleen structuur geeft aan de legitimatiefase, maar ook handvatten biedt

53 Gerards 2006, p. 4; Alexy 2003(a), p. 133; Den Houdijker 2007, p. 167. Deze opvatting wordt echter bestreden door Tsakyrakis (2009) die zich op het standpunt stelt dat de belangenafweging als methode voor het oplossen van mensenrechtelijke geschillen een misplaatste zoektocht naar precisie en objectiviteit in zich draagt en dat rechters zich in plaats daarvan zouden moeten richten op de daadwerkelijke morele kwesties die ten grondslag liggen aan dergelijke geschillen.

54 In de literatuur wordt onderscheid gemaakt tussen de ‘heuristiek’ en de ‘legitimatie’ van het rechterlijk oordeel. Met *heuristiek* wordt bedoeld op de eigenlijke zoektocht naar een rechtvaardige oplossing voor het geschil. *Legitimatie* heeft betrekking op de motivering van de gevonden oplossing. Zowel heuristiek als legitimatie zijn onderdeel van het rechterlijke oordeelsvormingsproces, daar dit pas is afgerond indien de rechter de gevonden oplossing overtuigend kan motiveren. Is de rechter hier niet toe in staat, dan zal hij moeten zoeken naar een andere, wél te legitimeren oplossing. Er bestaat dan ook een nauwe samenhang en interactie tussen de heuristische fase en legitimatiefase van de rechterlijke oordeelsvorming. Zie: Smith 2007, p. 77-78. Vgl. ook: Nieuwenhuis 1976 en IJzermans 2001.

55 Zoals in het geval van een alleensprekende rechter (*unus iudex*).

56 Den Houdijker 2007, p. 167.

57 *Ibid.*, p. 168.

58 *Ibid.*

59 Smith 2007, p. 170. Smith (2007, p. 78) wijst er voorts op dat deze fasen in de praktijk van de rechterlijke oordeelsvorming veelal lastig te onderscheiden zullen zijn.

ten aanzien van de heuristiek van het rechterlijk oordeel.⁶⁰ Scholten heeft er evenwel op gewezen dat de belangenafweging als zodanig niet volstaat om tot een beslissing te komen.⁶¹ Hiervoor is, zo stelt Scholten, uiteindelijk een “sprong” nodig, een rechterlijk oordeel dat “tegelijk en intellectueel en intuïtief” zal zijn, maar altijd logisch en op basis van gezaghebbende (juridische) argumenten moet kunnen worden verantwoord.⁶²

Een tweede vraag die in de literatuur tot discussie heeft geleid, is of de rechterlijke belangenafweging kan worden beschouwd als een *rationele* beslismethode.⁶³ Zo meent Habermas dat er geen rationele standaarden zijn voor het afwegen van belangen, waardoor dit volgens hem per definitie arbitrair, dan wel ondoordacht gebeurt volgens tot gewoonte verworden standaarden en hiërarchieën.⁶⁴ Webber stelt voorts dat de afweging van belangen (te) sterk afhangt van de subjectieve waardering van de rechter, waardoor de kans bestaat dat de ene rechter een bepaald belang zwaarder vindt, terwijl ditzelfde belang volgens een andere rechter niet veel gewicht zou moeten toekomen.⁶⁵ Da Silva bestrijdt deze kritieken door te stellen dat oordeelsvorming nooit volledig immuun is voor waardeoordelen en subjectieve invloeden en dat de methode van de belangenafweging niet zozeer tot doel heeft om de objectieve waarheid – in de zin van ‘het enige juiste oordeel’ – te vinden, maar veeleer om tot een oordeel te komen die overtuigend voortvloeit uit algemeen aanvaarde premissen.⁶⁶ Voorts stelt Alexy zich op het standpunt dat niet kan worden gezegd dat een oordeel irrationeel tot stand is gekomen indien inzicht wordt gegeven in de onderliggende overwegingen die er blijk van geven dat dit oordeel is gefundeerd op deugdelijke, juridisch relevante argumenten.⁶⁷ De opvatting van Scholten neemt een tussenpositie in: hij stelt dat ieder rechterlijk oordeel enerzijds wortelt in het eigen geweten van de rechter en in zoverre irrationeel is, maar anderzijds logisch verantwoord (lees: gemotiveerd) moet kunnen worden op basis van gezaghebbende rechtsbronnen en in zoverre rationeel is.⁶⁸

Aansluitend bij het belang van een deugdelijke motivering, wijst Coffin erop dat openheid in het volledige proces van de belangenafweging het risico van subjectiviteit en vooringenomenheid kan minimaliseren.⁶⁹ Deelen waarschuwt daarentegen voor een te groot vertrouwen in de invloed van bewuste gedachten en voor een onderschatting van de invloed van onbe-

60 Den Houdijker 2007, p. 168. Zie ook: Barak 2010, p. 14-15.

61 Scholten 1974, p. 1-12.

62 *Ibid.*, p. 130 en 132.

63 Den Houdijker 2007, p. 175.

64 Habermas 1996, p. 259.

65 Webber 2009, p. 95.

66 Da Silva 2011, p. 285-292.

67 Alexy 2003(a), p. 139, ook aangehaald door: Den Houdijker 2007, p. 175.

68 Scholten 1974, p. 130.

69 Coffin 1988, p. 23, ook aangehaald door: Den Houdijker 2007, p. 175. Zie hierover ook Gerards (2006, p. 6), die stelt dat de motivering van het rechterlijk oordeel “dwingt [...] tot rationalisering en fungeert als een belangrijke controle op subjectiviteit”.

wuste gedachten op de rechterlijke besluitvorming.⁷⁰ Wel benadrukt ook zij dat een gestructureerde motivering het oordeel meer controleerbaar, inzichtelijker en transparanter maakt: “omdat niet geheel inzichtelijk is welke stappen het onbewuste maakt, moet de rechter de uiteindelijke beslissing altijd iken met een bewuste redenering”.⁷¹ Den Houdijker stelt zich op het standpunt dat, voor zover rationaliteit kan worden opgevat als navolgbaarheid, een oordeel dat tot stand is gekomen op basis van een belangenafweging kan worden gerationaliseerd door middel van een deugdelijke motivering, waarin “de redenen ten grondslag liggend aan het gevonden antwoord [lees: oordeel, YB] kenbaar en navolgbaar en daarmee – indien gewenst – aanvechtbaar zijn”.⁷²

Het onderhavige onderzoek heeft niet tot doel om een eenduidig antwoord te vinden op de vraag of de belangenafweging kan worden beschouwd als een *rationele* methode.⁷³ Wel relevant voor het onderhavige onderzoek is de constatering dat een deugdelijke motivering van het oordeel van essentieel belang is voor de navolgbaarheid van het oordeel en een waarborg opwerpt tegen subjectiviteit en vooringenomenheid.⁷⁴ Deze vaststelling raakt aan de eerder genoemde nauwe samenhang en interactie tussen de heuristiek en de legitimatie van het oordeel. Doordat de rechter gehouden is zijn oordeel op een navolgbare wijze te legitimeren, dient de rechter hier tijdens de heuristische fase van de oordeelsvorming op te anticiperen, waardoor – althans tot op zekere hoogte – ook de heuristiek van het oordeel navolgbaar zal moeten zijn, hetgeen impliciet een drempel opwerpt tegen zuiver subjectieve en vooringenomen oordelen.⁷⁵ Het is dan ook niet verrassend dat een deugdelijke motivering, waarmee een oordeel navolgbaar wordt gemaakt, in het internationale en Europese kader van kinder- en

70 Deelen 2015.

71 *Ibid.*, p. 359 en 362.

72 Den Houdijker 2007, p. 175. In haar nadien verschenen proefschrift benadrukt Den Houdijker dat dit sterk afhankelijk is van de definitie van ‘rationaliteit’. Den Houdijker kiest er in haar proefschrift voor om rationaliteit op te vatten als navolgbaarheid en niet als ‘moreel juist’ of ‘de enige juiste oplossing’: “Met het hanteren van de term rationeel in de zin van navolgbaar wordt vooral beoogd aan te geven dat het belangrijk is dat rechterlijke oordelen gepaard gaan van een heldere, begrijpelijke motivering die de redenen voor tussentijds gemaakte keuzes en het uiteindelijke oordeel blootleggen en daarmee aanvechtbaar maken.” Zie: Den Houdijker 2012, p. 169.

73 Als deze vraag überhaupt al eenduidig kan worden beantwoord, zal het antwoord sterk afhangen van de definitie van ‘rationaliteit’. Zie: Den Houdijker 2012, p. 169.

74 Zie o.m.: Coffin 1988, p. 23; Gerards 2006, p. 6; Den Houdijker 2007, p. 175; Den Houdijker 2012, p. 169; Deelen 2015, p. 359 en 362.

75 Coffin (1988, p. 22), stelt dat hetgeen een rechter daadwerkelijk in zijn hoofd doet om tot een beslissing te komen (heuristiek) op papier zou moeten verschijnen (legitimatie). Vgl. Deelen (2015, p. 359) die de legitimatie van het rechterlijk oordeel meer lijkt te zien als een (bewuste) controle op de (onbewuste invloeden op) de besluitvorming in de heuristische fase.

mensenrechten wordt beschouwd als een essentiële voorwaarde voor een rechtmatige en niet-willekeurige voorlopige hechtenisbeslissing (vgl. par. 3.5.2).⁷⁶

In de volgende subparagrafen zal worden uitgewerkt op welke wijze de methode van de belangenafweging zowel de heuristiek als de legitimatie van de voorlopige hechtenisbeslissing kan structuren, waardoor de rechter tot navolgbare (ofwel transparante) beslissingen kan komen. Hiervoor wordt de belangenafweging opgedeeld in vier stappen: het selecteren, definiëren, clusteren en afwegen van belangen.

3.3.3 Selecteren van belangen

Het EHRM geeft de rechter uitdrukkelijk de opdracht om alle relevante argumenten (lees: belangen) voor en tegen invrijheidstelling van de verdachte te betrekken in de belangenafweging die ten grondslag ligt aan zijn voorlopige hechtenisbeslissing (zie par. 3.2.4). De rechter zal dus, voordat hij overgaat tot een belangenafweging, eerst de 'relevante' belangen moeten selecteren.⁷⁷ Dit impliceert dat de rechter 'relevante' belangen moet onderscheiden van 'niet-relevante' belangen.⁷⁸ Het is evident dat dit een belangrijke exercitie is, daar het wel of niet aanmerken van een belang als 'relevant' bepaalt of dit belang wordt meegewogen in de afweging die ten grondslag ligt aan de voorlopige hechtenisbeslissing. Het wel of niet meewegen van een bepaald belang kan van cruciale invloed zijn op de uitkomst van de afweging en dus op de uiteindelijke voorlopige hechtenisbeslissing. De rechter zal dan ook moeten kunnen motiveren waarom hij bepaalde belangen wel en andere belangen niet in de afweging betreft en zal zodoende het selectieproces inzichtelijk moeten maken.⁷⁹

Bij het selecteren van de relevante belangen in een concrete zaak, kan de rechter zich baseren op het strafdossier en aanvullende rapportages, alsook op informatie die naar voren wordt gebracht door de partijen en adviserende instanties tijdens de voorlopige hechteniszitting.⁸⁰ Hierbij kan een actieve houding de rechter van pas komen.⁸¹ Zo wijst Gerards erop dat in gevallen waarin partijen uit zichzelf nauwelijks ingaan op de belangen die in de concrete zaak aan de orde zijn, dan wel volstaan met het aanvoeren van zeer algemeen geformuleerde belangen, het op de weg van de rechter ligt om door te vragen en zodoende de relevante belangen boven tafel te krijgen.⁸²

⁷⁶ Zie ook paragrafen 2.3.2.3 en 2.3.2.4.

⁷⁷ Vgl. Gerards 2006, p. 27; Den Houdijker 2007, p. 170.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Den Houdijker 2012, p. 164.

⁸⁰ Vgl. Gerards 2006, p. 27.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*

De rechter zal in elke individuele zaak bij elke afzonderlijke voorlopige hechtenisbeslissing telkens opnieuw de relevante belangen moeten selecteren. De selectie van belangen heeft derhalve een *ad hoc* karakter.⁸³ Niettemin kan uit het kader en de context waarbinnen de belangenafweging plaatsvindt worden afgeleid welke (categorieën) belangen in beginsel als wel of niet relevant kunnen worden beschouwd voor de afweging die ten grondslag ligt aan een voorlopige hechtenisbeslissing. Hier wordt in paragraaf 3.4 nader op ingegaan.

3.3.4 Definiëren van belangen

Nadat de rechter de relevante belangen heeft geselecteerd, dient hij deze nader te definiëren.⁸⁴ Het nader definiëren van belangen zal veelal noodzakelijk zijn om de abstractiegraad van de betrokken belangen zoveel mogelijk gelijk te trekken.⁸⁵ Indien belangen aanzienlijk van elkaar verschillen in abstractiegraad bemoeilijkt dit de afweging daarvan door de rechter.⁸⁶ Zo is het bijvoorbeeld lastig voor de rechter om het zeer algemeen geformuleerde publieke belang van rust, orde en veiligheid in de samenleving dat met voorlopige hechtenis zou worden gediend af te wegen tegen het concreet geformuleerde individuele belang van de verdachte om door vrijlating in staat te worden gesteld om op school zijn eindexamens te kunnen maken. Bovendien wijst Green erop dat ongelijkwaardigheid in het abstractieniveau van de af te wegen belangen het risico met zich brengt dat geen sprake zal zijn van een zuivere afweging, daar rechters doorgaans geneigd zullen zijn meer gewicht toe te kennen aan meer algemeen geformuleerde belangen.⁸⁷ Dit impliceert dat de belangenafweging kan worden beïnvloed of zelfs gemanipuleerd door botsende belangen op verschillende abstractieniveaus te definiëren.⁸⁸

Om tot een zuivere belangenafweging te komen is het dan ook zaak dat de rechter de af te wegen belangen zoveel mogelijk op een gelijkwaardig abstractieniveau definieert.⁸⁹ Dit zou hij kunnen doen door de concreter geformuleerde belangen te abstraheren tot het niveau van de meer algemeen geformuleerde belangen.⁹⁰ Zo zou in het bovengenoemde voorbeeld

83 Den Houdijker 2007, p. 171.

84 Het selecteren en definiëren van belangen zal veelal niet strikt van elkaar gescheiden kunnen geschieden. Zo zal het nader definiëren van een belang soms noodzakelijk zijn om te kunnen beoordelen of een belang al dan niet 'relevant' is en dus wel of niet moet worden geselecteerd. Het selecteren en definiëren van belangen zal derhalve doorgaans met elkaar zijn vervlochten.

85 Den Houdijker 2007, p. 172-173; Gerards 2006, p. 28-29.

86 *Ibid.*

87 Green 1998, p. 453 e.v., ook aangehaald in: Gerards 2006, p. 28; Den Houdijker 2007, p. 172.

88 Gerards 2006, p. 28, met verwijzing naar: Green 1998, p. 457.

89 *Ibid.*

90 Vgl. Gerards 2006, p. 29.

het concreet geformuleerde individuele belang van de verdachte om door invrijheidstelling in staat te worden gesteld om op school zijn eindexamens te maken, geabstraheerd kunnen worden tot het belang van persoonlijke vrijheid en onderwijs voor een kind. Hiermee wordt dit belang qua abstractieniveau gelijkwaardig(er) ten opzichte van het publieke belang van rust, orde en veiligheid in de samenleving.

Meer voor de hand ligt echter dat de rechter de betrokken belangen zoveel mogelijk concretiseert, waardoor recht kan worden gedaan aan de specifieke omstandigheden van het individuele geval.⁹¹ Dit is ook de benadering die het EHRM in het kader van de aan de voorlopige hechtenisbeslissing ten grondslag liggende proportionaliteitstoets voor ogen heeft: de rechter dient alle betrokken belangen *in concreto* af te wegen.⁹² In bovengenoemd voorbeeld zou dit kunnen betekenen dat de rechter van de aanklager verlangt dat hij precies formuleert wat de gevaren voor de rust, orde en veiligheid in de samenleving zijn in het geval de verdachte in vrijheid wordt gesteld. Zo zou de openbaar aanklager bijvoorbeeld kunnen betogen dat sprake is van een ernstig gevaar dat de verdachte bij invrijheidstelling wederom een gewapende overval pleegt op woning in een buurt die tot voor kort werd geteisterd door dergelijke overvallen, hetgeen zou leiden tot materiële en immateriële schade bij de slachtoffers en grote onrust in de lokale gemeenschap. Een dergelijke onderbouwing stelt de rechter in staat om het aanvankelijk zeer algemeen geformuleerde belang concreter te definiëren en zodoende tot een gelijkwaardig(er) abstractieniveau te brengen ten opzichte van het bovengenoemde concreet geformuleerde individuele belang van de verdachte. Hiermee creëert de rechter een essentiële randvoorwaarde om deze belangen op een zuivere wijze te kunnen afwegen.

3.3.5 Clusteren van belangen

De volgende stap in het afwegingsproces is het clusteren van de relevante belangen. In paragraaf 3.3.1 is reeds uiteengezet dat de belangenafweging vaak ten onrechte wordt voorgesteld als een tweedimensionale afweging tussen een evident publiek belang en een duidelijk afgebakend individueel belang.⁹³ Een belangenafweging heeft veelal een multidimensionaal karakter, waarbij een veelheid aan uiteenlopende belangen in de afweging moet worden betrokken.⁹⁴ Het spreekt voor zich dat dit de afweging aanzienlijk kan compliceren. Een manier waarop de rechter dit probleem enigszins kan ondervangen, is door de verschillende belangen te clusteren in twee hoofd-

91 Vgl. Aleinikoff 1987, p. 982; Coffin 1988, p. 33; De Lange 1994, p. 280, aangehaald in: Gerards 2006, p. 29.

92 Zie o.m.: EHRM 19 januari 2012, Appl. Nr. 39884/05 (*Korneykova t. Oekraïne*), par. 43; EHRM 6 mei 2008, Appl. Nr. 20817/04 (*Nart t. Turkije*), par. 29; EHRM 4 oktober 2005, Appl. Nr. 9190/03 (*Becciev t. Moldavië*), par 56 en 59.

93 Vgl. Gerards 2006, p. 7-8.

94 *Ibid.*

stromen, hetgeen in een tweepartijengeschil – waaronder ook een strafzaak kan worden begrepen⁹⁵ – doorgaans wel mogelijk zal zijn.⁹⁶ Zo zal het voor een rechter die moet beslissen over de voorlopige hechtenis van een minderjarige verdachte mogelijk zijn om een cluster te creëren met publieke belangen die met de voorlopige hechtenis worden gediend en een cluster met individuele belangen van de verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten.

Op deze wijze kan structuur worden aangebracht in de veelheid aan belangen en kan overzichtelijker worden welke belangen tegen elkaar moeten worden afgewogen. Gerards plaatst hierbij de kanttekening dat clustering de rechter niet altijd verder helpt bij de afweging, daar de vraag blijft hoe de uiteenlopende belangen binnen een cluster zich tot elkaar verhouden en hoe de twee clusters tegen elkaar moeten worden afgewogen.⁹⁷ Toch kan het clusteren van de relevante belangen – vooral in complexe zaken met een veelheid aan uiteenlopende belangen – een bruikbare methode zijn om structuur en overzicht te scheppen in het hoofd van de rechter, alvorens hij de afweging zal moeten maken.

3.3.6 Afwegen van belangen

Zodra de rechter de relevante belangen heeft geselecteerd, zoveel mogelijk op een gelijkwaardig abstractieniveau heeft gedefinieerd en heeft geclusterd, zal de rechter de strijdende belangen moeten afwegen om zodoende tot een proportionele voorlopige hechtenisbeslissing te komen.⁹⁸ Dat een dergelijke afweging niet onproblematisch is, mag duidelijk zijn. In het bovenstaande werd weliswaar reeds meermaals gesproken van ‘zwaarwegende’ belangen, maar kan een onstoffelijk concept als een ‘belang’ eigenlijk wel een gewicht hebben? Als dit al mogelijk is, aan de hand van welke maatstaf kan de rechter dit gewicht dan bepalen en afwegen tegen het gewicht van andere, ongelijksoortige belangen? Hiermee zijn wij aangekomen bij de kern van de problematiek van de rechterlijke belangenafweging.⁹⁹

Om vat te krijgen op deze problematiek is het allereerst noodzakelijk om te realiseren dat de term ‘belangenafweging’ een *metafoor* is.¹⁰⁰ Het is een figuurlijke uitdrukking die refereert aan de weegschaal van Vrouwe Justitia.¹⁰¹ Belangen krijgen dan ook niet letterlijk ‘gewicht’, noch worden

95 In een strafzaak staan immers de openbaar aanklager en de verdachte 'tegenover' elkaar.

96 Vgl. Burg 2000, p. 169-170, aangehaald door Gerards 2006, p. 8.

97 Gerards 2006, p. 8.

98 Vgl. Den Houdijker 2007, p. 173.

99 Vgl. Gerards 2006, p. 29-31; Smith 2006, p. 141 e.v.; Den Houdijker 2007, p. 173.

100 Vgl. Smith 2006, p. 141 e.v.; Gerards 2006, p. 29-31; Den Houdijker 2007, p. 173-174; Den Houdijker 2012, p. 3-6.

101 *Ibid.*

zij letterlijk tegen elkaar ‘afgewogen’.¹⁰² Den Houdijker wijst erop dat de metafoor van de weegschaal primair een symbolische functie heeft: “een afgewogen oordeel is een eerlijk oordeel en verdient daarom acceptatie”.¹⁰³ Bovendien kan deze metafoor, zoals ook zal blijken in de volgende subparagraaf, behulpzaam zijn bij het inzichtelijk maken van complexe besluitvorming in zaken waarin verschillende belangen met elkaar botsen.¹⁰⁴

3.3.6.1 Het probleem van incommensurabiliteit

Een weegschaal (met twee schalen) zal in evenwicht blijven als in de ene schaal een kilogram veren en in de andere schaal een kilogram lood wordt gelegd. Ook al zijn veren en lood andersoortige materialen, de gemeenschappelijke maatstaf (het gewicht in kilogrammen) maakt het mogelijk om deze tegen elkaar af te wegen. Dit is anders bij de weegschaal van Vrouwe Justitia: onstoffelijke zaken als rechten en belangen laten zich immers niet uitdrukken in kilogrammen.¹⁰⁵ Het is dan ook lastig, zo niet onmogelijk om een gemeenschappelijke maatstaf te vinden om het relatieve gewicht (lees: het gewicht ten opzichte van elkaar) van strijdende belangen te bepalen.¹⁰⁶ Dit wordt in de rechtswetenschappelijke literatuur aangeduid als het probleem van *incommensurabiliteit* en betreft één van de meest geproblematiseerde en bediscussieerde aspecten van de rechterlijke belangenafweging.¹⁰⁷

De kern van het probleem van incommensurabiliteit (kortweg: het ontbreken van een gemeenschappelijke schaal van waarden) is gelegen in het relatieve weegelement dat nodig is om belangen tegen elkaar te kunnen afwegen. Het is dan ook niet verwonderlijk dat verschillende rechtswetenschappers de oplossing voor het probleem van incommensurabiliteit in het

102 Smith 2006, p. 141 e.v. Vgl. Nieuwenhuis (2008, p. 24) die stelt dat belangen wel degelijk ‘gewicht’ hebben, te weten “de argumentatieve kracht die dat belang ontplooit in een rechtsgeschil”.

103 Den Houdijker 2012, p. 3.

104 Den Houdijker 2007, p. 173-174. Wel wijst Den Houdijker (2012, p. 117-122) erop dat er grenzen zijn aan metaforisch taalgebruik.

105 Gerards 2006, p. 29-30.

106 Den Houdijker 2007, p. 174.

107 In de literatuur is sprake van een omvangrijk debat over de verhouding tussen ‘incommensurabiliteit’ en ‘onvergelijkbaarheid’ en de implicaties van deze noties voor de belangenafweging. De termen incommensurabiliteit en onvergelijkbaarheid hangen nauw met elkaar samen en worden door sommige auteurs door elkaar gebruikt (Raz 1997, p. 110 en Adler 1998, p. 1170, aangehaald in Den Houdijker 2007, p. 174). Andere auteurs wijzen er daarentegen op dat strikt genomen een onderscheid tussen beide termen moet worden gemaakt. Zo betoogt Schauer (1998, p. 1215-1216, aangehaald in Den Houdijker 2012, p. 145) dat het ontbreken van een gemeenschappelijke schaal van waarden niet per definitie impliceert dat waarden, argumenten en opties niet met elkaar kunnen worden vergeleken. Een complicerende factor in dit debat is dat verschillende auteurs verschillende definities van incommensurabiliteit en onvergelijkbaarheid hanteren, waardoor consensus over de verhouding tussen, en betekenis van deze noties welhaast onmogelijk is. Dit rechtstheoretische en -filosofische debat valt evenwel buiten de reikwijdte van het onderhavige onderzoek (zie Den Houdijker 2012, p. 126-162).

kader van de rechterlijke belangenafweging hebben gezocht in het omzeilen, dan wel elimineren van het relatieve weegelement.¹⁰⁸ In de volgende subparagrafen (3.3.6.2 – 3.3.6.3) zal een aantal in de literatuur aangedragen oplossingsrichtingen worden besproken.¹⁰⁹

3.3.6.2 *Intrinsieke gewichtsbepaling*

Een benadering waarmee is getracht het probleem van incommensurabiliteit het hoofd te bieden, is het omzeilen van het *relatieve* weegelement door de strijdende belangen enkel op hun eigen schaal te wegen.¹¹⁰ Om – in navolging van Gerards en Nieuwenhuis – in metaforische termen te spreken: niet de klassieke weegschaal met twee schalen, zoals Vrouwe Justitia die in haar hand heeft, wordt gebruikt om strijdende belangen tegen elkaar af te wegen, maar het type personenweegschaal, zoals die in de badkamer staat, om het intrinsieke gewicht van elk belang afzonderlijk te bepalen, waarbij het intrinsieke gewicht van een belang vanzelfsprekend niet in kilogrammen, maar op een eigen schaal wordt gewogen.¹¹¹ Indien in een concrete zaak het individuele belang van een verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten – op diens eigen schaal gewogen – als zeer zwaarwegend moet worden beschouwd en het publieke belang dat met de voorlopige hechtenis wordt gediend – eveneens op diens eigen schaal gewogen – niet als zeer zwaarwegend kan worden bestempeld, kan de rechter op basis van het intrinsieke gewicht van deze belangen de voorkeur geven aan invrijheidstelling van de verdachte. De gedachte is aldus dat intrinsieke gewichtsbepaling van de betrokken belangen een oplossing kan bieden in een geschil met botsende belangen zonder deze belangen tegen elkaar af te wegen, waardoor een gemeenschappelijke maatstaf niet nodig is en het probleem van incommensurabiliteit wordt vermeden.¹¹² In de literatuur en rechtspraak komen twee methoden naar voren om het intrinsieke gewicht van een belang te kunnen vaststellen: de kernrechtbenadering en de catalogusmethode.¹¹³

108 Den Houdijker 2012, p. 213-214.

109 Bewust wordt gesproken van ‘oplossingsrichtingen’ en niet van oplossingen. Over oplossingen van incommensurabiliteit bestaat in de literatuur geen consensus (Den Houdijker 2012, p. 227-228). Het debat over de validiteit van de in de literatuur ontwikkelde oplossingen voor het probleem van incommensurabiliteit valt buiten de reikwijdte van het onderhavige onderzoek (zie hierover: Den Houdijker 2012, p. 191-233). Het onderhavige onderzoek beperkt zich tot de vraag in hoeverre de in de literatuur aangereikte oplossingsrichtingen kunnen worden beschouwd als bruikbare methoden voor de rechter om tot een kinder- en mensenrechtenconforme belangenafweging te komen in het kader van een beslissing over de voorlopige hechtenis van een minderjarige verdachte.

110 Gerards 2006, p. 31; Den Houdijker 2007, p. 174; Den Houdijker 2012, p. 123.

111 Vgl. Gerards 2006, p. 29-30; Nieuwenhuis 2008, p. 24.

112 Den Houdijker 2012, p. 123.

113 Gerards 2006, p. 31-33; Den Houdijker 2012, p. 191-194.

A. Kernrechtbenadering

Een in de literatuur en rechtspraak ontwikkelde methode om het intrinsieke gewicht van belangen te kunnen beoordelen is de zogenoemde 'kernrechtbenadering'.¹¹⁴ In deze benadering wordt door de rechter aan de hand van teleologische of historische interpretatie beoordeeld of een belang behoort tot de kern of de periferie van een bepaald grondrecht.¹¹⁵ Behoort het belang tot de kern van het grondrecht, dan kan het belang op diens eigen schaal als zwaarwegend worden beschouwd. Behoort het belang tot de periferie van het grondrecht, dan is het intrinsieke gewicht van het belang op diens eigen schaal lichter.¹¹⁶ De kernrechtbenadering biedt aldus een basis om het intrinsieke gewicht van een belang op een voor het desbetreffende belang relevante schaal vast te stellen.¹¹⁷ Hierbij moet evenwel worden opgemerkt dat deze benadering ervan uitgaat dat sprake is van (een botsing van) belangen die zijn terug te voeren tot grondrechten. Met andere woorden: deze benadering beoogt een oplossing te bieden in zaken waarin sprake is van een botsing van grondrechten. Hiervan is bij voorlopige hechtenisbeslissingen geen sprake, daar het hierbij gaat om een inbreuk op het (grond)recht op persoonlijke vrijheid ten behoeve van een algemeen belang dat niet rechtstreeks is terug te voeren tot een grondrecht. Bovendien lijkt de kernrechtbenadering moeilijk verenigbaar met het multidimensionale karakter van de belangenafweging in het kader van voorlopige hechtenisbeslissingen, waarbij ook individuele belangen die wellicht niet direct ten grondslag liggen aan het recht op persoonlijke vrijheid relevant kunnen zijn (zie par. 3.3.1).

De kernrechtbenadering, althans in haar originele vorm, lijkt dan ook geen soelaas te bieden voor de belangenafweging die ten grondslag ligt aan voorlopige hechtenisbeslissingen. Toch kan het idee dat ten grondslag ligt aan deze benadering hierbij van waarde zijn. Zo kan deze benadering een basis bieden om na te gaan welke concretere (categorieën) belangen in de kern ten grondslag liggen aan enerzijds 'het individuele belang van een verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten' en anderzijds 'het publieke belang dat de toepassing van voorlopige hechtenis (mogelijk) kan rechtvaardigen'.¹¹⁸ Hiermee zou een aanzet kunnen worden gegeven tot de ontwikkeling van een 'kernbelangbenadering', waarbij de rechter aan de hand van teleologische of historische interpretatie beoordeelt of een concreet belang behoort tot de kern of de periferie van 'het individuele belang van een verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten', dan wel 'het publieke belang dat de toepassing van voorlopige hechtenis (mogelijk) kan rechtvaardigen'.

114 Gerards 2006, p. 32; Den Houdijker 2012, p. 191-193.

115 *Ibid.*

116 *Ibid.*

117 *Ibid.*

118 Hierbij kan het kinder- en mensenrechtenkader wel degelijk aanknopingspunten bieden, omdat zowel het genoemde individuele belang van een verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten als het publieke belang dat voorlopige hechtenis kan rechtvaardigen hierin uitdrukkelijk is erkend. Vgl. paragraaf 3.4.3.

Een bezwaar tegen deze benadering – alsook tegen de kernrecht-benadering in haar originele vorm – zou echter kunnen zijn dat het erg lastig is om een onderscheid te maken tussen de kern en de periferie van een belang of recht.¹¹⁹

B. *Catalogusmethode*

Een andere, in de rechtspraak ontwikkelde methode om het intrinsieke gewicht van belangen te beoordelen, is het gebruik van catalogusformules.¹²⁰ Deze methode houdt in dat de rechter het intrinsieke gewicht van een belang vaststelt op basis van een reeks objectieve factoren.¹²¹ Zo zou deze methode met betrekking tot voorlopige hechtenisbeslissingen in jeugdzaken kunnen inhouden dat de rechter het concrete individuele belang van de verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten beoordeelt aan de hand van – bijvoorbeeld – de leeftijd van de verdachte, zijn fysieke en mentale kwetsbaarheid, eerdere justitiecontacten, thuissituatie en dagbesteding. Anderzijds zou de rechter het intrinsieke gewicht van het concrete publieke belang dat wordt gediend met voorlopige hechtenis kunnen vaststellen op basis van – bijvoorbeeld – de ernst van het strafbare feit waarop de verdenking betrekking heeft, de ernst van het gevaar dat de verdachte bij invrijheidstelling vlucht, de waarheidsvinding belemmert, recidiveert of maatschappelijke onrust veroorzaakt en de ernst van de maatschappelijke gevolgen van verwezenlijking van dit gevaar.¹²²

Deze methode impliceert dat het belang in een concrete zaak op basis van een vaste reeks objectieve factoren wordt vergeleken met het gelijksoortige belang in andere, hypothetische zaken.¹²³ Op grond van dergelijke vergelijkingen wordt het belang in de concrete zaak gepositioneerd op een schaal van een licht- tot zwaarwegend juridisch relevant belang.¹²⁴ Zo zal in het zojuist gegeven voorbeeld van een catalogusformule voor voorlopige hechtenisbeslissingen het intrinsieke gewicht van het concrete individuele belang van de verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten zwaar zijn in een geval waarin sprake is van een twaalfjarige verdachte, die zowel fysiek als mentaal uitermate kwetsbaar is in een jeugdinrichting, nooit eerder met politie en justitie in aanraking is gekomen, een stabiele thuissituatie heeft en dagelijks naar school gaat. Het intrinsieke gewicht wordt echter pas echt duidelijk als men dit geval vergelijkt met andere, hypothetische gevallen, bijvoorbeeld het hypothetische geval waarin het gaat om een zeventienjarige verdachte die aanzienlijk is verhard, reeds veelvuldig in detentie heeft gezeten, geen vaste woon- of verblijfplaats heeft en geen school of andere

119 Vgl. Den Houdijker 2012, p. 123-124 en 126.

120 Gerards 2006, p. 33; Den Houdijker 2012, p. 193-194.

121 *Ibid.*

122 *Ibid.*

123 Gerards 2006, p. 33. Zie ook de vergelijkingsmethode van Wiarda (1999), die in het onderstaande nader zal worden toegelicht.

124 *Ibid.*

relevante dagbesteding heeft. Duidelijk zal zijn dat het intrinsieke gewicht van het individuele belang van de verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten in het eerdergenoemde concrete geval aanzienlijk zwaarder zal zijn dan in het laatstgenoemde hypothetische geval. Door de vergelijking van het concrete geval met meerdere hypothetische gevallen kan aldus aan de hand van de objectieve factoren de positie van het betreffende belang op de schaal worden vastgesteld en daarmee het intrinsieke gewicht van het belang worden bepaald.¹²⁵

Een voordeel van het gebruik van catalogusformules is dat het de rechter sturing geeft bij de selectie van de relevante belangen. Aan de hand van de vastgestelde objectieve factoren wordt het selectieproces overzichtelijk en vereenvoudigd.¹²⁶ Deze methode impliceert immers dat enkel de concrete belangen die binnen de reikwijdte van de objectieve factoren vallen, worden meegenomen bij de intrinsieke gewichtsbepaling. Hierin schuilt echter ook het belangrijkste bezwaar tegen deze methode. De catalogusmethode maakt namelijk zelf niet inzichtelijk op basis waarvan de selectie van de 'objectieve factoren' tot stand komt en gerechtvaardigd kan worden.¹²⁷ Deze methode brengt dan ook een risico met zich dat de selectie en intrinsieke gewichtsbepaling van belangen wordt gebaseerd op basis van een arbitrair tot stand gekomen reeks factoren.¹²⁸ Bovendien staat een dergelijke gestandaardiseerde selectie van belangen op gespannen voet met de met de geïndividualiseerde benadering van het EHRM en het uitdrukkelijke voorschrift om in de belangenafweging die ten grondslag ligt aan voorlopige hechtenisbeslissingen *alle* concrete relevante belangen mee te wegen.¹²⁹ Tot slot wijst Den Houdijker op de complicerende factor dat het gebruik van een catalogusformule als zodanig niet volstaat om het intrinsieke gewicht van een belang op een transparante wijze te kunnen bepalen. Hiervoor moet ook de onderlinge verhouding tussen de factoren inzichtelijk zijn.¹³⁰ Ook hierbij biedt de catalogusformule zelf geen enkele sturing en is de navolgbaarheid volledig afhankelijk van de rechterlijke motivering in het betreffende geval.¹³¹

Het voorgaande overziend, is het duidelijk dat zowel de 'kernbelangbenadering' als de catalogusmethode om het intrinsieke gewicht van de botsende belangen vast te stellen nogal wat van de rechter vraagt. Zo staat de rechter bij het toepassen van de kernbelangbenadering bij voorlopige hechtenisbeslissingen voor de complexe taak een gemotiveerd oordeel te vellen over de

125 *Ibid.*

126 Den Houdijker 2012, p. 193.

127 *Ibid.*

128 Den Houdijker (2012, p. 193) wijst erop dat dit bezwaar in concrete gevallen kan worden ondervangen door middel van een heldere motivering door de rechter.

129 Zie o.m.: EHRM 19 januari 2012, Appl. Nr. 39884/05 (*Korneykova t. Oekraïne*), par. 43; EHRM 6 mei 2008, Appl. Nr. 20817/04 (*Nart t. Turkije*), par. 29 en EHRM 4 oktober 2005, Appl. Nr. 9190/03 (*Becciev t. Moldavië*), par. 56 en 59.

130 Den Houdijker 2012, p. 194.

131 *Ibid.*

vraag of bepaalde concrete belangen binnen de kern of de periferie vallen van 'het individuele belang van een verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten', dan wel 'het publieke belang dat de toepassing van voorlopige hechtenis (mogelijk) kan rechtvaardigen'.¹³² Bij toepassing van de catalogusmethode moet de rechter kunnen motiveren waarom bepaalde factoren wel en andere niet worden opgenomen in de catalogus en wat de onderlinge verhouding is tussen deze factoren.¹³³ Het is de vraag of dit kan worden verwacht van een rechter die een voorlopige hechtenisbeslissing in een concrete jeugdstrafzaak moet nemen. Bovendien biedt intrinsieke gewichtsbepaling enkel uitkomst in gevallen waarin het evident is dat het ene belang op diens eigen schaal zeer zwaar weegt, terwijl het conflicterende belang op diens eigen schaal weinig gewicht toekomt.¹³⁴ In veel gevallen zal dit echter niet evident zijn en biedt intrinsieke gewichtsbepaling als zodanig geen oplossing om het belangenconflict te beslechten.¹³⁵

3.3.6.3 *Afstand doen van het (relatieve) weegelement*

In de literatuur en rechtspraak zijn, naast de zojuist besproken intrinsieke gewichtsbepaling, ook andere methoden ontwikkeld om het probleem van incommensurabiliteit bij de rechterlijke belangenafweging het hoofd te bieden. In deze subparagraaf worden drie methoden besproken die mogelijk bruikbaar zijn voor de rechter bij de belangenafweging die ten grondslag ligt aan een voorlopige hechtenisbeslissing: de 'methode van inbreuk/vervulling',¹³⁶ de 'methode van generaliseren/concretiseren'¹³⁷ en de 'methode van gevalsafweging'¹³⁸. Den Houdijker wijst erop dat deze methoden met elkaar gemeen hebben dat zij de oplossing voor het probleem van incommensurabiliteit in de eerste plaats zoeken in het elimineren van het (relatieve) weegelement.¹³⁹

A. Methode van inbreuk/vervulling

Een prominente plaats in de internationale rechtswetenschappelijke literatuur over de rechterlijke belangenafweging komt toe aan de zogenaamde 'methode van inbreuk/vervulling', waarvan Alexy de grondlegger is. Deze methode houdt in dat de rechter niet zozeer strijdende belangen tegen elkaar afweegt, maar beoordeelt of de ernst van de inbreuk op belang A gerecht-

132 Vgl. Den Houdijker 2012, p. 126.

133 *Ibid.*

134 *Ibid.*

135 *Ibid.* Zie ook: Gerards 2006, p. 33.

136 Alexy 2003(b).

137 Nieuwenhuis 2008.

138 Smith 2006.

139 Den Houdijker 2012, p. 224.

vaardigd kan worden door het belang bij verwezenlijking van belang B.¹⁴⁰ Den Houdijker stelt dat hiermee het relatieve wegingselement als het ware wordt geëlimineerd, waardoor een gemeenschappelijke maatstaf niet langer noodzakelijk is.¹⁴¹ Gerards meent dat hierdoor het probleem van incommensurabiliteit wordt vermeden.¹⁴² Alexy stelt zich op het standpunt dat zijn 'methode van inbreuk/vervulling' het probleem van incommensurabiliteit niet zozeer omzeilt, als wel een oplossing voor deze problematiek in zich draagt.¹⁴³

De door Alexy ontwikkelde methode van inbreuk/vervulling bestaat uit drie stappen.¹⁴⁴ Allereerst moet de rechter de mate van 'non-bevrediging' van (ofwel de ernst van de inbreuk op) belang A worden vaststellen. Vervolgens moet de rechter het belang van 'bevrediging' (ofwel vervulling) van het conflicterende belang B vaststellen. Tot slot moet de rechter beoordelen of het belang van vervulling van belang B de ernst van de inbreuk op belang A kan rechtvaardigen.¹⁴⁵

Volgens Alexy kan de methode van inbreuk/vervulling ook worden geformuleerd als een vergelijking tussen de intensiteit van de inbreuk op belang A en de intensiteit van de (hypothetische) inbreuk op het belang B in het geval de inbreuk op belang A achterwege blijft.¹⁴⁶ Hieruit volgt dat het concept van 'intensiteit' kan worden toegepast voor zowel het vaststellen van de mate van inbreuk op belang A (*stap één*) als het vaststellen van het belang bij vervulling van belang B (*stap twee*). Alexy stelt voor om de intensiteit van respectievelijk de inbreuk op belang A en de vervulling van belang B vast te stellen aan de hand van een triadische schaal (licht, middel, zwaar).¹⁴⁷

Nadat de rechter de intensiteit van de inbreuk op belang A en de vervulling van belang B heeft vastgesteld, moeten beide met elkaar in relatie wordt gebracht (*stap drie*).¹⁴⁸ Hier komt mogelijk het probleem van incommensurabiliteit om de hoek kijken.¹⁴⁹ Alexy stelt echter dat dit probleem als volgt kan worden opgelost. Allereerst dient de rechter een gemeenschappelijk gezichtspunt tussen de conflicterende belangen te vinden. Zo zou in het geval het gaat om een vergelijking van belangen die allebei ten grondslag liggen aan een recht dat is opgenomen in de grondwet, de grondwet kun-

140 Deze methode is in belangrijke mate gebaseerd op de 'Law of Balancing' van Alexy: "the greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other". Zie: Alexy 2003(b), p. 436.

141 Den Houdijker 2012, p. 214.

142 Gerards 2006, p. 35.

143 Alexy 2003(b), p. 442. Ook Da Silva (2011, p. 286) meent dat Alexy's methode van inbreuk/vervulling commensurabiliteit creëert.

144 Alexy 2003(b), p. 436-437.

145 *Ibid.*

146 *Ibid.*, p. 441.

147 *Ibid.*, p. 441-442.

148 *Ibid.*, p. 442.

149 *Ibid.*, met verwijzing naar Aleinikoff 1987, p. 972-976.

nen fungeren als het gemeenschappelijk gezichtspunt. Dit heeft tot gevolg dat niet langer sprake is van een vergelijking van de belangen onderling, maar veeleer van een vergelijking van de intensiteit van de (hypothetische) inbreuken op de grondwet. De triadische schaal kan daarbij worden gehanteerd om de intensiteit van de (hypothetische) 'grondrechtelijke winsten en verliezen' die met een inbreuk op, dan wel verwezenlijking van een belang gepaard zouden gaan inzichtelijk te maken. Het gebruik van een dergelijke gemeenschappelijke schaal (intensiteit: licht, middel, zwaar) op basis van een gemeenschappelijk gezichtspunt (in Alexy's voorbeeld: de grondwet) schept volgens Alexy commensurabiliteit.¹⁵⁰

In de literatuur is geen sprake van eensgezindheid als het gaat om opvattingen over de overtuigingskracht van Alexy's argumenten aangaande het creëren van commensurabiliteit.¹⁵¹ Door verschillende rechtswetenschappers is evenwel erkend dat de methode van inbreuk/vervulling de rechter een concrete en potentieel bruikbare methode aanreikt om op een onderbouwde wijze tot een beslissing te komen in geschillen met botsende belangen.¹⁵² Wel wordt hierbij de kanttekening gemaakt dat Alexy's methode geen concrete oplossing biedt voor het geval dat de intensiteit van de hypothetische inbreuken van een gelijk niveau is en er dus een patstelling optreedt.¹⁵³

De 'methode van inbreuk/vervulling' kan ook bruikbaar zijn voor de voorlopige hechtenisbeslissing, waarbij de rechter de intensiteit van de inbreuk op het individuele belang van de verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten kan afzetten tegen het belang van verwezenlijking van de publieke belangen die met de voorlopige hechtenis worden gediend.¹⁵⁴ Hierbij zou het internationale en Europese kader van kinder- en mensenrechten kunnen fungeren als gemeenschappelijk gezichtspunt. In dit kader zijn immers zowel het individuele belang van de minderjarige verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten als de mogelijkheid van het bestaan van een publiek belang dat in een concreet geval toepassing van voorlopige hechtenis kan rechtvaardigen uitdrukkelijk erkend. In paragraaf 3.4.5 zal de concrete bruikbaarheid van Alexy's methode van inbreuk/vervulling voor

¹⁵⁰ Alexy 2003(b), p. 442.

¹⁵¹ Zo meent Webber (2010, p. 195-196) dat met Alexy's methode geen commensurabiliteit wordt geschapen, omdat de intensiteit van de inbreuken op de conflicterende belangen nog steeds per belang (afzonderlijk) wordt gemeten vanuit enkel het perspectief van het betreffende belang. Volgens Webber is er dan ook geen sprake van een gemeenschappelijke schaal. Da Silva (2011, p. 289-290) meent daarentegen dat in het geval twee conflicterende belangen beide de status hebben van grondrecht (zoals in Alexy's voorbeeld het geval is), de mate van concrete realisering van deze belangen wel degelijk kunnen worden vergeleken.

¹⁵² Gerards 2006, p. 34-35; Da Silva 2011; Den Houdijker 2012, p. 231.

¹⁵³ Gerards 2006, p. 35; Den Houdijker 2012, p. 217-218.

¹⁵⁴ Oftewel: een vergelijking tussen de intensiteit van de inbreuk op het individuele belang van de verdachte en de intensiteit van de inbreuk op het publieke belang in het hypothetische geval dat de inbreuk op het individuele belang van de verdachte achterwege blijft.

voorlopige hechtenisbeslissingen in jeugdstrafzaken nader onder de loep worden genomen.

B. Methode van generaliseren/concretiseren

Volgens Nieuwenhuis dient de rechter de afweging bij een botsing van grondrechtelijke belangen te benaderen door eerst in abstracto het soortelijk gewicht van elk van beide belangen te bepalen (*generaliseren*) en vervolgens vast te stellen hoe zwaarwegend de inbreuk in het concrete geval is, als het belang met het lichtste soortelijk gewicht “op het offerblok” wordt gelegd (*concretiseren*).¹⁵⁵ Dit betekent dat de rechter eerst in abstracto op basis van diens soortelijk gewicht de rangorde tussen de conflicterende grondrechtelijke belangen vaststelt, waarna hij aan de hand van de ernst van de inbreuk op het belang met het lichtste soortelijk gewicht bekijkt of deze rangorde ook in het concrete geval stand moet houden.¹⁵⁶ Hierbij fungeert de grondwet als gezichtspunt en maatstaf.¹⁵⁷

Den Houdijker wijst erop dat Nieuwenhuis’ methode van generaliseren/concretiseren het *relatieve* wegelement elimineert: “het gaat om het bepalen van het soortelijk gewicht van de betrokken belangen in het algemeen en het vervolgens bezien of de inbreuk op het recht of belang met het laagste soortelijk gewicht ook in het specifieke geval door de beugel kan”.¹⁵⁸ Anders dan Alexy’s methode van inbreuk/vervulling, waarbij zowel de intensiteit van de inbreuk op het ene belang als de intensiteit van het belang bij verwezenlijking van het belang dat met de inbreuk wordt gediend *in concreto* worden vastgesteld, wordt in Nieuwenhuis’ methode van generaliseren/concretiseren enkel de intensiteit van de inbreuk op het belang met het laagste soortelijk gewicht *in concreto* beoordeeld.¹⁵⁹ Het concreet vaststellen van het belang (met het hoogste soortelijk gewicht) dat met de inbreuk op het belang (met het laagste soortelijk gewicht) wordt gediend, is volgens deze benadering niet nodig, omdat de rangorde tussen de belangen reeds in abstracto is vastgesteld.¹⁶⁰ Van deze rangorde kan in een concreet geval

155 Nieuwenhuis 2008, p. 30. Overigens meent Nieuwenhuis (2008, p. 24) dat belangen daadwerkelijk *gewicht* hebben in de zin dat met gewicht de argumentatieve kracht van een belang wordt aangeduid.

156 Overigens merkt Nieuwenhuis (2008, p. 31) hierbij op dat in deze benadering sprake is van *mixing metaphors*, daar zowel van *gewicht* als van *rangorde* wordt gesproken. Hiermee wordt zowel de gewichtsmetaforiek als de hiërarchiemetaforiek gehanteerd.

157 Vgl. Den Houdijker 2012, p. 224.

158 *Ibid.* Door de methode van generaliseren te benaderen als een vorm van intrinsieke gewichtsbepaling wordt het probleem van incommensurabiliteit vermeden. Niettemin is het mijns inziens inherent aan de zoektocht naar een generale *rangorde* tussen belangen dat de rechter de neiging zal hebben om het abstracte gewicht van de belangen ten opzichte van elkaar te bepalen, waardoor er toch sprake zal zijn van relatieve gewichtsbepaling. Dit hoeft niet per definitie problematisch te zijn, mits een gemeenschappelijke maatstaf (zoals de grondwet) wordt gehanteerd.

159 Den Houdijker 2012, p. 222.

160 *Ibid.*

slechts worden afgeweken indien de (concrete) ernst van de inbreuk op het belang met het lichtste soortelijk gewicht dit rechtvaardigt.¹⁶¹

Als de rechter deze methode gebruikt bij voorlopige hechtenisbeslissingen, zal hij eerst op een abstract niveau het soortelijk gewicht moeten vaststellen van zowel het individuele belang van de verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten als het publieke belang dat kan worden gediend met voorlopige hechtenis. Hierbij kan de rechter het kader van kinder- en mensenrechten als gezichtspunt en maatstaf nemen.¹⁶² Gelet op het kinder- en mensenrechtelijke uitgangspunt dat de verdachte zijn proces in vrijheid mag afwachten en dat voorlopige hechtenis van minderjarigen slechts als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke duur mag worden toegepast,¹⁶³ is het duidelijk dat het soortelijk gewicht van het individuele belang van de verdachte *in abstracto* zwaarwegend is. Het soortelijk gewicht van het publieke belang dat met voorlopige hechtenis kan worden gediend lijkt *in abstracto* minder zwaar te zijn, daar in het kader van kinder- en mensenrechten slechts een beperkt aantal specifieke publieke belangen als zodanig zijn erkend en deze enkel als uitzondering een inbreuk op het individuele belang van de verdachte kunnen rechtvaardigen.¹⁶⁴ Vanuit kinder- en mensenrechtenperspectief bezien, is de generale rangorde tussen beide belangen dus duidelijk. Dit impliceert dat in een concreet geval enkel de (concrete) ernst van de inbreuk op de publieke belangen die zouden worden gediend met voorlopige hechtenis, een uitzondering op deze abstracte rangorde kan rechtvaardigen. Zo zal vrijlating van een recidivegevaarlijke terreurverdachte een zodanig ernstige inbreuk op de publieke belangen van bescherming van de samenleving meebrengen, dat hiermee het afwijken van de abstracte rangorde – waarin het individuele belang van de verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten, gelet op diens hogere soortelijke gewicht, in abstracto de voorkeur krijgt boven het publieke belang dat wordt gediend met voorlopige hechtenis – in dit concrete geval wordt gerechtvaardigd.

Ook al lijkt de uitkomst in bovenstaand voorbeeld te billijken, het is twijfelachtig of de rechter in een aan een voorlopige hechtenisbeslissing ten grondslag liggende belangenafweging kan volstaan met het *in abstracto* beoordelen van het soortelijk gewicht van de botsende belangen en vervolgens het *in concreto* beoordelen van enkel de inbreuk op het belang met het lichtste soortelijk gewicht. Het EHRM eist immers uitdrukkelijk dat daarbij niet alleen de argumenten tegen invrijheidstelling van de verdachte (oftewel: de ernst van de inbreuk op het publieke belang dat met voorlopige hechtenis wordt gediend), maar ook de argumenten *voor* invrijheidstelling (oftewel:

161 *Ibid.*, p. 224.

162 In dit internationaal kader van kinder- en mensenrechten zijn immers zowel het individuele belang van de minderjarige verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten als de mogelijkheid van het bestaan van een publiek belang dat toepassing van voorlopige hechtenis kan rechtvaardigen erkend.

163 Zie hoofdstuk 2.

164 Vgl. de door het EHRM ontwikkelde “four basic acceptable reasons for refusing bail”. Zie: EHRM 24 juli 2003, Appl. Nrs. 46133/99 en 48183/99 (*Smirnova t. Rusland*), par. 58-59.

het belang van de verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten) *in concreto* worden beoordeeld.¹⁶⁵ Deze constatering staat er evenwel niet aan in de weg dat bepaalde aspecten van de methode van generaliseren/concretiseren mijns inziens wel degelijk bruikbaar kunnen zijn bij voorlopige hechtenisbeslissingen. Deze zullen in paragraaf 3.4.5 nader worden uitgewerkt.

C. Methode van gevalsafweging

Smith neemt in zijn benadering van de rechterlijke ‘belangenafweging’ uitdrukkelijk afstand van het idee van het gewicht geven aan belangen als beslismethode.¹⁶⁶ Hij constateert op empirische gronden dat de rechter niet zozeer belangen, maar mogelijke beslissingen afweegt. Volgens Smith beslist de rechter niet door een belangenafweging, maar door een *gevalsafweging*.¹⁶⁷ Hierbij vergelijkt de rechter “het hypothetische geval waarbij hij afwijzend op de vordering beslist met het hypothetische geval waarbij hij de vordering toewijst”.¹⁶⁸ Door de gevalsafweging kan de rechter nagaan welke feiten en omstandigheden zijn intuïtieve oordeel over de meest billijke beslissing kunnen rechtvaardigen. De relatieve gewichtsbepaling van belangen vormt volgens Smith dan ook niet meer dan het sluitstuk van het afwegingsproces.¹⁶⁹ Indien de rechter bijvoorbeeld in een concreet geval op basis van de gevalsafweging heeft vastgesteld welke feiten en omstandigheden beslissend zijn voor zijn (intuïtieve) oordeel dat invrijheidstelling van de verdachte de meest billijke beslissing is, dan is het oordeel dat het individuele belang van de verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten in het betreffende geval meer gewicht heeft dan het publieke belang dat wordt gediend met voorlopige hechtenis niet meer dan een constatering achteraf.

Smith erkent dat als mogelijk bezwaar tegen de methode van gevalsafweging kan worden gewezen op haar sterke nadruk op de intuïtie van de rechter, waardoor de rechter in feite naar de in zijn ogen meest billijke beslissing *toe redeneert* en zodoende niet meer toekomt aan een objectieve afweging van alle juridisch relevante argumenten.¹⁷⁰ Smith meent echter dat deze kritiek voorbij gaat aan “de complexe wisselwerking die bestaat tussen het rechtssysteem en onze waardeoordelen”.¹⁷¹ Het is volgens Smith onvermij-

165 Zie o.m.: EHRM 19 januari 2012, Appl. Nr. 39884/05 (*Korneykova t. Oekraïne*), par. 43; EHRM 6 mei 2008, Appl. Nr. 20817/04 (*Nart t. Turkije*), par. 29 en EHRM 4 oktober 2005, Appl. Nr. 9190/03 (*Becciev t. Moldavië*), par. 56 en 59.

166 Smith 2006, p. 141-146.

167 *Ibid.*, p. 144-146.

168 *Ibid.* Dit kan de vraag oproepen welke gemeenschappelijke maatstaf de rechter kan gebruiken om de gevallen tegen elkaar af te wegen. Den Houdijker (2012, p. 224) meent dat deze maatstaf is gelegen in de reeds bestaande jurisprudentie: “Bij Smith (...) kan de uitkomst van een geschil dat betrekking heeft op incommensurabele rechten en belangen gevonden worden door te kiezen voor de uitkomst die het beste past in het reeds bestaande continuüm van rechterlijke uitspraken. De precedënten vormen het continuüm dat verder wordt ontwikkeld en precedentwerking is de maatstaf.”

169 Smith 2006, p. 145.

170 *Ibid.*, p. 145-146.

171 *Ibid.*

delijk dat persoonlijke opvattingen van de rechter de doorslag zullen geven in lastige gevallen waarin meerdere oplossingen verdedigbaar zijn en het rechtssysteem niet voorziet in een evident juiste oplossing.¹⁷² Dit betekent – nog steeds volgens Smith – niet dat een rechter er niet oprecht van overtuigd kan zijn dat hij ook de beste juridische argumenten heeft voor zijn persoonlijke standpunt, terwijl hij zich ervan bewust is dat andere rechters er een ander standpunt op nahouden en eveneens menen daarvoor de beste juridische argumenten te hebben.¹⁷³ Met andere woorden: rechtsvinding is per definitie een samenspel tussen het rechtssysteem en de persoonlijke appreciatie van de rechtsvinder.¹⁷⁴

De methode van gevalsafweging, zoals beschreven door Smith, vertoont grote overeenkomst met de vergelijkingsmethode van Wiarda.¹⁷⁵ De vergelijkingsmethode houdt in dat de rechter een voorliggend geval waarin de oplossing niet direct duidelijk is, vergelijkt met imaginaire buurgevallen “waarin hetzij op grond van een duidelijk wettelijk voorschrift, hetzij op grond van reeds bestaande jurisprudentie, hetzij op grond van de evidentie de oplossing duidelijk is”.¹⁷⁶ Op deze wijze kan de rechter de positie van het voorliggende geval bepalen ten opzichte van deze buurgevallen en wordt duidelijk welke omstandigheid doorslaggevend is voor de beslissing in het voorliggende geval.¹⁷⁷ Indien de rechter bijvoorbeeld moet beoordelen of een vordering tot voorlopige hechtenis in een concreet geval moet worden toegewezen of afgewezen, dient de rechter eerst een variant te bedenken waarin de vordering zeker moet worden afgewezen en vervolgens een variant waarin de vordering zeker moet worden toegewezen. Volgens Wiarda zal “vergelijking met de beide fictieve gevallen [zal] dan, door het zoeken naar de relevante verschillen, tot een verantwoorde beslissing van het gegeven geval kunnen leiden. Het zal als het ware gelokaliseerd moeten worden op de geleidelijkheidslijn die de beide varianten verbindt waarvan de oplossing wél duidelijk is.”¹⁷⁸ Smith stelt dat de rechter pas van de vergelijkingsmethode gebruik zal maken als de methode van gevalsafweging geen soelaas biedt.¹⁷⁹

172 *Ibid.*

173 *Ibid.*

174 Dit volgt ook uit zijn “paradoxe conclusie dat de beslissingen worden gedragen door het recht, maar dat het recht wordt gedragen door de beslissingen”. Zie: Smith 2006, p. 146.

175 Volgens Smith (2006, p. 145) is het verschil tussen beide methoden slechts graduëel: “bij de gevalsafweging gaat men uit van *hetzelfde* geval, maar dan afwijkend beslist; bij de vergelijkingsmethode gaat men uit van *varianten* van het betreffende geval, varianten waarbij de beslissing onmiddellijk evident is”.

176 Wiarda 1999, p. 110, ook aangehaald door Smith 2007, p. 179.

177 Wiarda 1999, p. 108.

178 *Ibid.*, p. 107-108, ook aangehaald door Smith 2007, p. 180.

179 Zo stelt Smith (2006, p. 145): “als de rechter met een geval te maken heeft waarbij niet duidelijk is wat de doorslaggevende grond is om het ene belang of het andere belang te laten prevaleren: dan kan de vergelijking met imaginaire buurgevallen behulpzaam zijn om het beslissende gezichtspunt te vinden”.

Zowel de vergelijking van de gevolgen van hypothetische beslissingen (de methode van gevalsafweging) als de vergelijking van een voorliggend geval met imaginaire buurgevallen (de vergelijkingsmethode) kunnen bruikbare methoden zijn voor voorlopige hechtenisbeslissingen in de jeugdstrafrechtspraktijk. Wel zou hierbij mogelijk het bezwaar kunnen worden opgeworpen dat de rechter met het gebruik van deze methoden onvoldoende tegemoet komt aan de expliciete opdracht van het EHRM om de voorlopige hechtenisbeslissing te funderen op een afweging van alle concrete argumenten voor en tegen invrijheidstelling van de verdachte.¹⁸⁰ Hier kan echter tegenin worden gebracht dat de te vergelijken gevallen als het ware worden 'ingekleurd' door de argumenten voor en tegen invrijheidstelling van de verdachte in het concrete geval. Bovendien kunnen deze methoden geïntegreerd worden in andere oplossingen voor geschilbeslechting met conflicterende belangen, zoals de bovengenoemde catalogusmethode voor intrinsieke gewichtsbepaling en Alexy's methode van inbreuk/vervulling. Zo zou binnen Alexy's methode de ernst van de inbreuk op een belang in een bepaald geval kunnen worden beoordeeld aan de hand van een vergelijking met imaginaire varianten van het betreffende geval. In paragraaf 3.4.5 zal op deze mogelijkheid nader worden ingegaan.

3.3.7 Resumé

In het voorgaande is de uit de proportionaliteitstoets *stricto sensu* van het EHRM voortvloeiende methode van de rechterlijke belangenafweging stapsgewijs uiteengezet. Hierbij zijn – voortbouwend op de structurerende benadering van Den Houdijker – een viertal 'stappen' onderscheiden die de rechter in het kader van belangenafweging moet zetten, te weten (respectievelijk) het selecteren, definiëren, clusteren en afwegen van de relevante belangen. Voor het afwegen van de belangen zijn een aantal in literatuur en rechtspraak ontwikkelde methoden gepresenteerd, waarmee wordt beoogd om het met de afweging gepaard gaande probleem van incommensurabiliteit te omzeilen, dan wel te elimineren.¹⁸¹ Deze methoden zijn niet per se concurrerend; ze sluiten elkaar niet uit en kunnen elkaar aanvullen en zelfs versterken. De meeste methoden zijn ontwikkeld om een oplossing te bieden voor de problematiek van botsende grondenrechten, maar bevatten stuk voor stuk bruikbare elementen voor een rechter die op basis van een belangenafweging een voorlopige hechtenisbeslissing moet nemen. In de volgende paragraaf zal worden getracht om, mede op basis van de in de literatuur aangereikte methoden, een model te ontwikkelen waarmee de rechter tot een kinder- en mensenrechtenconforme belangenafweging kan komen in het

180 Vgl. EHRM 19 januari 2012, Appl. Nr. 39884/05 (*Korneykova t. Oekraïne*), par. 43; EHRM 6 mei 2008, Appl. Nr. 20817/04 (*Nart t. Turkije*), par. 29 en EHRM 4 oktober 2005, Appl. Nr. 9190/03 (*Becciev t. Moldavië*), par 56 en 59.

181 Duidelijk is evenwel dat over de oplossing van het probleem van incommensurabiliteit in de literatuur geen consensus bestaat. Zie paragrafen 3.3.2 en 3.3.6.

kader van de beslissing over de voorlopige hechtenis van een minderjarige verdachte.

3.4 VOORLOPIGE HECHTENIS VAN MINDERJARIGEN; EEN BELANGEN-AFWEGING CONFORM KINDER- EN MENSENRECHTEN

De rechter beschikt bij de belangenafweging in het kader van zijn beslissing over de voorlopige hechtenis van een minderjarige verdachte over een aanzienlijke discretionaire ruimte. Niettemin wordt de inhoudelijke selectie, definitie, clustering en afweging van belangen gestuurd en begrensd door het uit de rechtspraak van het EHRM voortvloeiende raamwerk (par. 3.4.1) en de specifieke context van het jeugdstrafrecht en de daarop betrekking hebbende kinderrechtenstandaarden (par. 3.4.2) waarbinnen de belangenafweging plaatsvindt. Ondanks dat de belangenafweging een *ad hoc* karakter heeft,¹⁸² kan op basis van het kader en de context waarbinnen de belangenafweging plaatsvindt, een aantal voor voorlopige hechtenisbeslissingen evident relevante categorieën belangen worden onderscheiden (par. 3.4.3 en 3.4.4). Hierop voortbouwend, wordt in deze paragraaf verkend op welke wijze de rechter – methodisch en inhoudelijk – tot een belangenafweging kan komen die bijdraagt aan rechtmatige en niet-willekeurige voorlopige hechtenisbeslissingen ten aanzien van minderjarige verdachten (par. 3.4.5).

3.4.1 Een ingekaderde belangenafweging

De beslisruimte van de rechter bij het selecteren, definiëren, clusteren en afwegen van de ‘relevante’ belangen in het kader van de voorlopige hechtenisbeslissing is niet onbegrensd. Zoals in paragraaf 3.2 duidelijk is geworden, komt de rechter pas aan een belangenafweging toe nadat hij een ‘redelijke verdenking’ en een ‘relevante en voldoende reden’ voor voorlopige hechtenis aanwezig acht (stap één en twee van het besluitvormingsschema) en hij is nagegaan of de – uit de ‘relevante en voldoende reden’ voortvloeiende – doelstelling ook door minder ingrijpende middelen dan voorlopige hechtenis kan worden verwezenlijkt (stap drie van het besluitvormingsschema). Dit houdt in dat een bepaald belang toepassing van voorlopige hechtenis niet kan rechtvaardigen indien dit belang niet is terug te voeren tot de door het EHRM vastgestelde ‘relevante en voldoende redenen’ voor voorlopige hechtenis of indien dit belang ook door een minder ingrijpend middel dan voorlopige hechtenis kan worden behartigd. Dit vormen de eerste twee begrenzingen van de ruimte waarbinnen de belangenafweging plaatsvindt.

Een derde begrenzing van de ruimte waarbinnen de belangenafweging plaatsvindt volgt uit de uitdrukkelijke opdracht van het EHRM om voorlopige hechtenisbeslissingen te baseren op een afweging tussen publieke

182 Zie paragraaf 3.3.3.

belangen die worden gediend met voorlopige hechtenis¹⁸³ en individuele belangen van de verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten. Dit impliceert dat belangen van derden, zoals de ouders van de verdachte, niet in de belangenafweging mogen worden betrokken. Bovendien voorziet het EHRM de rechter hiermee in een duidelijke opdracht om de geselecteerde relevante belangen in te delen in twee clusters die moeten worden afgewogen: een cluster met publieke belangen die worden gediend met voorlopige hechtenis en een cluster met individuele belangen van de verdachte.

Tot slot vloeit er nog een vierde begrenzing van de belangenafweging voort uit het in artikel 5, eerste lid (c) EVRM besloten liggende rechtmatigheidsvereiste, waaruit volgt dat toepassing van voorlopige hechtenis in overeenstemming moet zijn met zowel het nationale als het internationale recht.¹⁸⁴ Hieruit kan worden afgeleid dat belangen die pertinent strijdig zijn met nationaal of internationaal recht – bijvoorbeeld belangen met een evident discriminatoir karakter – niet als ‘relevante’ belangen mogen worden meegewogen in de belangenafweging in het kader van de voorlopige hechtenis en dat ook de uitkomst van de belangenafweging niet evident onverenigbaar mag zijn met nationaal of internationaal recht.

Deze vier grenzen vormen tezamen het kader waarbinnen de rechter de ruimte heeft om uiteenlopende belangen in zijn afweging te betrekken.

3.4.2 De context van de belangenafweging: het jeugdstrafrecht

De rechterlijke belangenafweging die ten grondslag ligt aan voorlopige hechtenisbeslissingen ten aanzien van minderjarige verdachten kan niet los worden gezien van de specifieke context waarbinnen deze plaatsvindt. Deze context betreft het jeugdstrafrecht. In diverse internationale kinderrechtenstandaarden – waaronder het IVRK, de Beijing Rules, de Havana Rules en de Riyadh Guidelines – zijn de grondslagen en doelstellingen van een kinderrechtenconform jeugdstrafrecht uiteengezet.¹⁸⁵ Deze minimumstandaarden zijn door het Kinderrechtencomité van de Verenigde Naties nader uitgewerkt in *General Comment No. 10*.¹⁸⁶ Voorts zijn ook op Europees niveau – door de Raad van Europa en de Europese Unie – diverse richtlijnen en aanbevelingen ontwikkeld, waarin de uitgangspunten van een kinderrechten-

183 Het EHRM schaaft onder deze ‘publieke belangen’ – doorgaans impliciet – ook de belangen van het slachtoffer, bijvoorbeeld om te worden beschermd tegen een recidivegevaarlijke verdachte.

184 Zie hoofdstuk 2.

185 Zie hierover o.m.: Mijnaerends 1999; Van Bueren 2006; Liefwaard 2008; Cipriani 2009; Doek 2009; Goldson & Muncie 2015; Liefwaard 2015.

186 Kinderrechtencomité 2007.

conform jeugdstrafrecht zijn geformuleerd.¹⁸⁷ Deze internationale en Europese standaarden zijn tevens erkend in de rechtspraak van het EHRM.¹⁸⁸

Het Kinderrechtencomité stelt in *General Comment No. 10* voorop dat het belang van het kind een eerste overweging moet zijn bij alle beslissingen ten aanzien van minderjarigen in het kader van het jeugdstrafrecht (vgl. artikel 3, eerste lid IVRK).¹⁸⁹ Dit brengt volgens het Comité met zich mee dat de traditionele doelstellingen van het strafrecht, zoals repressie en vergelding, in het jeugdstrafrecht plaats moeten maken voor rehabilitatie- en herstelrechtelijke doelstellingen, zij het op een wijze waarbij ook aandacht is voor het waarborgen van de veiligheid in de samenleving.¹⁹⁰ De 'kindgerichte' educatieve, rehabilitatie- en re-integratiedoelstellingen van het jeugdstrafrecht¹⁹¹ leggen een sterk accent op de impact van jeugdstrafrechtelijk ingrijpen op de ontwikkeling van de minderjarige (vgl. artikel 6 IVRK).¹⁹² Voorop staat dat zoveel mogelijk moet worden voorkomen dat jeugdstrafrechtelijk ingrijpen schade toebrengt aan de ontwikkeling van de minderjarige.¹⁹³ Tegelijkertijd wordt erkend dat jeugdstrafrechtelijk ingrijpen een effectief middel kan zijn om de ontwikkeling van de minderjarige juist posi-

187 Zie van de Raad van Europa o.m.: Aanbeveling 'on social reactions to juvenile delinquency' (R(87)20); Aanbeveling 'concerning new ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice' (Rec (2003)20); European Rules for Juvenile Offenders subject to sanctions and measures (ERJO; 2008); European Guidelines on Child-Friendly Justice (2010). Zie van de EU: 'Richtlijn betreffende procedurele waarborgen voor kinderen die verdachte of beklaagde zijn in een strafprocedure' (EU 2016/800).

188 Zie o.m.: EHRM 16 december 1999, Appl. Nr. 24888/94 (*V. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 45-49; EHRM 16 december 1999, Appl. Nr. 24724/94 (*T. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 43-47; EHRM 6 mei 2008, Appl. Nr. 20817/04 (*Nart t. Turkije*), par. 17-22; EHRM 20 januari 2009, Appl. Nr. 70337/01 (*Güveç t. Turkije*), par. 58-64; EHRM 14 november 2013, Appl. Nr. 47152/06 (*Blokhin t. Rusland*), par. 72-81. Zie hierover ook: Kilkelly 1999, p. 33-61; Kilkelly 2001, p. 308-326.

189 Kinderrechtencomité 2007, par. 10.

190 *Ibid.*, par. 10-14 en 71. Vgl. artikel 40, eerste lid IVRK, artikel 14, vierde lid IVBPR, regel 2.3 en 17.1 Beijing Rules; de preambule van de Aanbeveling 'on social reactions to juvenile delinquency' (R(87)20); overweging 1 in de Aanbeveling 'concerning new ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice' (Rec (2003)20); regel 2 ERJO; overweging 1 in de preambule van de EU Richtlijn betreffende procedurele waarborgen voor kinderen die verdachte of beklaagde zijn in een strafprocedure.

191 Hoewel het Kinderrechtencomité (2007, par. 10) spreekt van 'rehabilitatie' als belangrijke doelstelling van het jeugdstrafrecht is in de tekst van artikel 40, eerste lid IVRK – anders dan in artikel 14, vierde lid IVBPR – bewust gekozen voor de term 're-integratie'. Dit volgt uit de *travaux préparatoires* van het IVRK (zie Detrick 1992, p. 497). Van Bueren (2006, p. 11-13) legt uit dat de notie van 're-integratie' een ander vertrekpunt heeft dan 'rehabilitatie', namelijk dat de problemen van een jeugdige niet per definitie in de persoon zelf zijn gelegen, maar mogelijk (ook) in diens sociale omgeving.

192 Kinderrechtencomité 2007, par. 11. Zie ook: overweging 11 in de Aanbeveling 'on social reactions to juvenile delinquency' (R(87)20); overweging 9 in de preambule van de EU Richtlijn betreffende procedurele waarborgen voor kinderen die verdachte of beklaagde zijn in een strafprocedure.

193 Vgl. Kinderrechtencomité 2007, par. 10-13. Zie hierover: Weijers 2014(a), p. 46-52.

tief te beïnvloeden.¹⁹⁴ Hierbij dienen wel het proportionaliteitsbeginsel en de procesrechten van de minderjarige in acht te worden genomen.¹⁹⁵

Deze algemene uitgangspunten liggen ten grondslag aan de op het jeugdstrafrecht toegespitste bepalingen uit het IVRK en andere relevante kinderrechtenstandaarden. Zo komt de notie dat schade aan de ontwikkeling van de minderjarige zoveel mogelijk moet worden voorkomen onder meer tot uitdrukking in het voorschrift terughoudend om te gaan met jeugdstrafrechtelijk ingrijpen en waar mogelijk gebruik te maken van buitengerechtelijke afdoeningsmodaliteiten (vgl. artikel 40, derde lid (b) IVRK).¹⁹⁶ Indien toch jeugdstrafrechtelijk wordt ingegrepen, moet de minderjarige worden behandeld op een wijze die geen afbreuk doet aan zijn gevoel van waardigheid en zijn welzijn (vgl. artikel 40, eerste en vierde lid IVRK)¹⁹⁷ en mag vrijheidsbeneming slechts als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke passende duur worden toegepast (vgl. artikel 37(b) IVRK).¹⁹⁸ Dat jeugdstrafrechtelijk ingrijpen niet alleen schadelijk kan zijn voor de ontwikkeling van een minderjarige, maar ook de potentie heeft om de ontwikkeling van de minderjarige juist positief te beïnvloeden, blijkt onder meer uit artikel 40, eerste lid IVRK. In deze bepaling wordt voorgeschreven dat jeugdstrafrechtelijk ingrijpen moet strekken tot het vergroten van de eerbied van de minderjarige voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van anderen en tot re-integratie van de minderjarige, waarbij de minderjarige wordt gestimuleerd een opbouwende rol in de samenleving te aanvaarden.¹⁹⁹ In dit verband benadrukt het Kinderrechtencomité dat de periode tussen het plegen van het strafbare feit door de minderjarige en de jeugdstrafrechtelijke reactie daarop zo kort mogelijk dient te zijn om het gewenste positieve, pedagogische effect van deze reactie zoveel mogelijk kans van sla-

194 Vgl. Kinderrechtencomité 2007, par. 13 en 51.

195 Vgl. *Ibid.*, par. 23, 40-67 en 71. En voorts: Cipriani 2009, p. 24-29. Zie ook: overweging 1 in de preambule van de EU Richtlijn betreffende procedurele waarborgen voor kinderen die verdachte of beklaagde zijn in een strafprocedure.

196 Vgl. Kinderrechtencomité 2007, par. 22-27 en 68-69. Zie ook: regel 11 Beijing Rules; richtlijn 5 Riyadh Guidelines; overwegingen 2 en 3 in de Aanbeveling 'on social reactions to juvenile delinquency' (R(87)20); sectie IV, richtlijnen 24-26 Guidelines on Child-Friendly Justice.

197 Vgl. Kinderrechtencomité 2007, par. 13. Zie ook: regel 7 ERJO; sectie III, onder C Guidelines on Child-Friendly Justice.

198 Vgl. Kinderrechtencomité 2007, par. 78-89. Zie ook: regels 13.1-13.2, 17.1(c) en 19.1 Beijing Rules; regels 1, 2 en 17 Havana Rules; overwegingen 7 en 14 in de Aanbeveling 'on social reactions to juvenile delinquency' (R(87)20); overwegingen 16-18 in de Aanbeveling 'concerning new ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice' (Rec (2003)20); regel 10 ERJO; sectie IV, richtlijn 19 Guidelines on Child-Friendly Justice; artikel 10 en 11 EU Richtlijn betreffende procedurele waarborgen voor kinderen die verdachte of beklaagde zijn in een strafprocedure.

199 Vgl. Kinderrechtencomité 2007, par. 13 en 29. Zie ook: regel 26.1 Beijing Rules.

gen te geven.²⁰⁰ Tegelijkertijd mag het streven naar snel, pedagogisch effectief ingrijpen niet ten koste gaan van een eerlijk verloop van het strafproces, met alle waarborgen van dien, zoals de onschuldpresumptie, het recht op rechtsbijstand en de effectieve participatie van de minderjarige tijdens het strafproces (vgl. artikel 40, tweede lid IVRK).²⁰¹ Ook dient de jeugdstrafrechtelijke reactie proportioneel te zijn ten opzichte van zowel het strafbare feit als de persoonlijke omstandigheden van de minderjarige (vgl. artikel 40, vierde lid IVRK).²⁰²

De hoofdlijnen van een kinderrechtenconform jeugdstrafrecht overziend, kan worden gesteld dat in het jeugdstrafrecht een aantal spanningsvelden kunnen worden onderscheiden. Zo zullen de voorop te stellen belangen van het kind niet altijd eenvoudig verenigbaar zijn met publieke belangen, zoals de veiligheid in de samenleving, die eveneens door het jeugdstrafrecht moeten worden beschermd. Een soortgelijke spanning kan zich voortdoen in het streven om de intensiteit van het jeugdstrafrechtelijk ingrijpen te laten aansluiten bij zowel (de ernst van) het strafbare feit als de persoonlijke omstandigheden van de minderjarige.²⁰³ Voorts ligt er een spanning ten grondslag aan de ietwat paradoxale opdracht voor de rechter om enerzijds terughoudend om te gaan met jeugdstrafrechtelijk ingrijpen om schade aan de ontwikkeling van de minderjarige te voorkomen en anderzijds de mogelijkheden om door middel van jeugdstrafrechtelijk ingrijpen een positieve invloed uit te oefenen op de ontwikkeling van de minderjarige ten volle te benutten. In het verlengde hiervan kan het streven naar vroegtijdig, pedagogisch effec-

200 Kinderrechtencomité 2007, par. 51. Zie ook: het commentaar bij regel 20.1 Beijing Rules; overweging 4 in de Aanbeveling 'on social reactions to juvenile delinquency' (R(87)20); overweging 14 in de Aanbeveling 'concerning new ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice' (Rec (2003)20); sectie IV, richtlijn 50 Guidelines on Child-Friendly Justice; artikel 13, eerste lid EU Richtlijn betreffende procedurele waarborgen voor kinderen die verdachte of beklaagde zijn in een strafprocedure.

201 Vgl. Kinderrechtencomité 2007, par. 40-67. Zie ook: regel 7.1 Beijing Rules; overweging 8 in de Aanbeveling 'on social reactions to juvenile delinquency' (R(87)20); overweging 14 in de Aanbeveling 'concerning new ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice' (Rec (2003)20); regel 13 ERJO; sectie IV van de Guidelines on Child-Friendly Justice; artikel 6, 13 en 16 EU Richtlijn betreffende procedurele waarborgen voor kinderen die verdachte of beklaagde zijn in een strafprocedure. En voorts: rechtspraak van het EHRM in het kader van artikel 6 EVRM: EHRM 16 december 1999, Appl. Nr. 24888/94 (*V. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 81-91; EHRM 16 december 1999, Appl. Nr. 24724/94 (*T. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 79-89; EHRM 11 december 2008, Appl. Nr. 4268/04 (*Panovits t. Cyprus*), par. 64-68.

202 Vgl. Kinderrechtencomité 2007, par. 23 en 71. Zie ook: regels 5.1 en 17 Beijing Rules; regel 5 ERJO.

203 Hierbij kan worden gedacht aan gevallen waarin de ernst van strafbare feit noopt tot een stevige strafrechtelijke reactie, maar de persoon van de minderjarige verdachte zodanig kwetsbaar is dat een dergelijke stevige reactie ernstige schade zal toebrengen aan zijn ontwikkeling. Omgekeerd kan een dergelijke spanning zich ook voordoen in gevallen waarin sprake is van een strafbaar feit van geringe ernst, maar waarbij de persoonlijke problematiek van de minderjarige verdachte zodanig ernstig is dat intensief ingrijpen nodig is om de rehabilitatiedoelstelling te verwezenlijken. Vgl. het commentaar bij regel 5.1 Beijing Rules.

tief ingrijpen op gespannen voet staan met het adequaat waarborgen van het recht van de minderjarige op een eerlijk proces.

In paragrafen 3.4.3 en 3.4.4 zal duidelijk worden dat deze spanningsvelden die inherent zijn aan een kinderrechtenconform jeugdstrafrecht ook terugkomen in de belangenafweging die ten grondslag ligt aan voorlopige hechtenisbeslissingen ten aanzien van minderjarige verdachten.

3.4.3 'Relevante' categorieën belangen

De rechter staat bij een beslissing over de voorlopige hechtenis van een minderjarige verdachte voor de taak om een afweging te maken tussen de publieke belangen die met voorlopige hechtenis worden gediend en de belangen van de individuele verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten, indachtig de specifieke context (het jeugdstrafrecht) waarbinnen deze afweging plaatsvindt. Hieruit kan worden afgeleid dat in de besluitvorming inzake de voorlopige hechtenis van een minderjarige verdachte – vanuit kinder- en mensenrechtenperspectief beschouwd – in elk geval vier relevante categorieën belangen kunnen worden onderscheiden: (1) strafvorderlijke belangen, (2) belangen van persoonlijke vrijheid, (3) belangen van een eerlijk proces en (4) pedagogische belangen van vroegtijdig ingrijpen. Deze belangen moeten worden afgewogen in het licht van het 'belang van het kind' als overkoepelende, primaire overweging in alle beslissingen betreffende minderjarigen in het kader van het jeugdstrafrecht (vgl. artikel 3, eerste lid IVRK).²⁰⁴

3.4.3.1 Strafvorderlijke belangen

Voorlopige hechtenis van een minderjarige verdachte kan in beginsel uitsluitend gerechtvaardigd zijn als zwaarwegende publieke belangen dit noodzakelijk maken. Het EHRM heeft in zijn rechtspraak duidelijk gemaakt dat een viertal publieke belangen reden kunnen geven om voorlopige hechtenis toe te passen, te weten het belang dat de verdachte het strafproces niet ontvlucht, het belang dat de waarheidsvinding niet wordt gefrustreerd, het belang dat de samenleving gedurende het strafproces wordt beschermd tegen een recidivegevaarlijke verdachte en het belang dat maatschappelijke onrust tijdens het strafproces wordt voorkomen (zie par. 2.4.3.2 en par. 3.2.2). De publieke belangen die kunnen worden meegewogen in de belangenafweging betreffen derhalve de *strafvorderlijke belangen* die ten grondslag liggen aan de door het EHRM legitiem geachte gronden voor voorlopige hechtenis (vgl. par. 3.3.1). Indien de rechter bijvoorbeeld in een concreet geval van oordeel is dat vanwege vluchtgevaar sprake is van een 'relevante en voldoende reden' voor voorlopige hechtenis en dit gevaar niet met een minder ingrijpend dwangmiddel kan worden afgewend, dient de rechter in het

204 Zie paragraaf 1.3.

kader van de proportionaliteitstoets *stricto sensu* het strafvorderlijke belang dat de verdachte zich niet zal onttrekken aan het strafproces af te wegen tegen de andere relevante belangen. In de aan de voorlopige hechtenisbeslissing ten grondslag liggende belangenafweging kunnen de strafvorderlijke belangen die met toepassing van voorlopige hechtenis worden gediend in elk geval op gespannen voet staan met de belangen die de verdachte heeft bij zijn persoonlijke vrijheid en een eerlijk proces.

3.4.3.2 Belangen van persoonlijke vrijheid

Voorlopige hechtenis maakt inbreuk op de persoonlijke vrijheid van de verdachte (zie par. 2.2). Dit betekent concreet dat de verdachte tegen diens wil voor een bepaalde tijd in een beperkte ruimte wordt gehouden, waarbij de verdachte door dwang, of de dreiging daarvan, wordt verhinderd om deze ruimte te verlaten.²⁰⁵ Het is evident dat vrijheidsbeneming een zeer ingrijpende interventie betreft in het leven van een minderjarige verdachte. Zo is in de *travaux préparatoires* van het IVRK uitdrukkelijk erkend dat vrijheidsbeneming schadelijke gevolgen ("*detrimental consequences*") heeft voor de groei en ontwikkeling van minderjarigen; een overweging die ten grondslag ligt aan artikel 37(b) IVRK.²⁰⁶

Ook in de literatuur wordt erop gewezen dat vrijheidsbeneming een fundamentele impact heeft op de persoonlijke ontwikkeling van de minderjarige én op de uitoefening van zijn kinderrechten.²⁰⁷ Zo impliceert vrijheidsbeneming in veel gevallen dat de minderjarige uit zijn persoonlijke omgeving wordt gehaald en wordt gescheiden van zijn ouders en familie, niet naar zijn eigen school, stage of werk kan gaan, geen sociale activiteiten kan ondernemen en daarmee in feite – zij het tijdelijk – wordt verwijderd uit de samenleving.²⁰⁸ Naast een inbreuk op het recht op persoonlijke vrijheid, brengt vrijheidsbeneming dan ook vaak tevens inbreuken op andere fundamentele kinderrechten met zich mee, zoals het recht van het kind om niet te worden gescheiden van zijn ouders en het recht op (passend) onderwijs.²⁰⁹

205 Vgl. de definitie van vrijheidsbeneming in regel 11(b) van de Havana Rules. Zie ook: Nowak 2005, p. 212; Trechsel 2005, p. 412.

206 In één van de voorgestelde conceptteksten van deze bepaling was dit zelfs expliciet verwoord: "*States Parties recognize that all forms of deprivation of liberty are detrimental to child growth and development*". Zie UN Doc. E/CN.4/1989/48, par. 534, zoals weergegeven in Detrick 1992, p. 472 en 492-493. De schadelijke gevolgen van vrijheidsbeneming voor de ontwikkeling van kinderen worden ook benadrukt in onder meer het commentaar bij regel 19.1 Beijing Rules, door het Kinderrechtencomité in *General Comment No. 10* (2007, par. 11) en in de preambule (overweging 45) van de EU Richtlijn betreffende procedurele waarborgen voor kinderen die verdachte of beklaagde zijn in een strafprocedure.

207 Schabas & Sax 2006, p. 34. Zie ook: Liefwaard 2008, p. 1-4; Goldson & Kilkelly 2013, p. 345-371.

208 *Ibid.* Zie ook: het commentaar bij regel 19.1 Beijing Rules.

209 *Ibid.* Vgl. respectievelijk artikel 9 IVRK en artikelen 28 en 29 IVRK.

Verder zijn minderjarigen in gesloten instellingen bijzonder kwetsbaar voor geweld en uitbuiting.²¹⁰ Een dergelijke onveilige, gesloten omgeving kan gevoelens van angst, stress en eenzaamheid veroorzaken of versterken.²¹¹ Bij vrijheidsbeneming in de voorfase van het strafproces – zoals voorlopige hechtenis – kan voorts nog een andere factor stressverhogend werken, te weten de onzekerheid over het verdere verloop van het strafproces en over de einddatum van de vrijheidsbeneming.²¹² Deze onzekerheid maakt het adequaat omgaan met de situatie van vrijheidsbeneming (“*coping*”) aanzienlijk lastiger.²¹³ Voorts wordt er in internationale kinder-rechtenstandaarden op gewezen dat vrijheidsbeneming van een minderjarige verdachte in een jeugdgevangenis of andere justitiële instelling het gevaar van ‘criminele besmetting’ door andere gedetineerden met zich brengt en mogelijk stigmatiserend kan werken.²¹⁴

In het kader van de belangenafweging die ten grondslag ligt aan een voorlopige hechtenisbeslissing zijn de *belangen van persoonlijke vrijheid* van de minderjarige verdachte aldus veelomvattend en zwaarwegend. In deze context beperken de belangen van persoonlijke vrijheid zich niet tot het belang dat de verdachte zich fysiek vrijelijk kan bewegen *an sich*, maar kan daar- onder bijvoorbeeld ook worden begrepen: het belang dat de minderjarige verdachte thuis bij zijn ouders kan verblijven, het belang dat de minderjarige naar zijn eigen school kan blijven gaan en het belang dat de minderjarige niet wordt blootgesteld aan mogelijk geweld, uitbuiting en criminele besmetting in een jeugdinrichting en de gevoelens van angst, stress en onzekerheid die daarmee gepaard kunnen gaan. Gelet op de kinderrechtelijke doelstellingen van het jeugdstrafrecht (zie par. 3.4.2) en de mogelijke negatieve impact van vrijheidsbeneming op de persoonlijke ontwikkeling van de minderjarige en de uitoefening van zijn rechten, dient de rechter die over de voorlopige hechtenis beslist de belangen van persoonlijke vrijheid van de minderjarige verdachte uiterst serieus te nemen en overeenkomstig gewicht toe te kennen.

210 Zie o.m. de VN rapporten ‘World Report on Violence Against Children’ (Pinheiro 2006, p. 16-18) en ‘Joint report on prevention of and responses to violence against child juvenile justice system’ (OHCHR, UNODC & Spec. Rep. on Violence against Children 2012) en het Raad van Europa rapport ‘Violence in Institutions for Juvenile Offenders’ (Liefwaard, Reef & Hazelzet 2014). Zie hierover ook: Goldson 2009. Vgl. artikel 19 IVRK en artikelen 34 en 36 IVRK.

211 *Ibid.* Zie ook: Pearson Rettig 1980, p. 446.

212 Zie: Van der Laan e.a. 2008, p. 116-119. En voorts: Freeman & Seymour 2010, p. 126-142, met verwijzing naar: Lindquist & Lindquist 1997; Neustatter 2002, p. 52; Harvey 2007.

213 Zie: Van der Laan e.a. 2008, p. 116-117. En voorts: Freeman & Seymour 2010, p. 127, met verwijzing naar: Lazarus & Folkman 1984.

214 Zie het commentaar bij regel 13 Beijing Rules. Zie ook: richtlijn 5(f) Riyadh Guidelines. Het gevaar voor criminele besmetting en stigmatisering van jeugdigen in detentie is ook in de literatuur erkend; zie o.m.: Pearson Rettig 1980, p. 446; Goldson & Kilkelly 2013, p. 345-371.

3.4.3.3 Belangen van een eerlijk proces

In de aan de voorlopige hechtenisbeslissing ten grondslag liggende belangenafweging dient de rechter ook de onschuldpresumptie in acht te nemen. De onschuldpresumptie is neergelegd in onder meer artikel 40, tweede lid (b)(i) IVRK, artikel 14, tweede lid IVBPR en artikel 6, tweede lid EVRM en betreft een essentieel onderdeel van het recht op een eerlijk proces. In de rechtspraak van het EHRM wordt de invloed van de onschuldpresumptie op voorlopige hechtenisbeslissingen evenwel niet gebaseerd op deze eerlijk procesbepalingen, maar is de onschuldpresumptie als het ware geïncorporeerd in het recht op persoonlijke vrijheid (artikel 5, eerste lid (c) jo. derde lid EVRM).²¹⁵ Volgens verschillende rechtswetenschappers moet de onschuldpresumptie in het kader van de voorlopige hechtenisrechtspraak van het EHRM worden beschouwd als een belangrijk, maar abstract beginsel dat op de achtergrond opereert en enkel betekenis krijgt via het recht op persoonlijke vrijheid.²¹⁶

De onschuldpresumptie oefent als abstract beginsel – via het recht op persoonlijk vrijheid – een gewichtige invloed uit op het uit EHRM-rechtspraak gedestilleerde besluitvormingsschema voor voorlopige hechtenisbeslissingen. Zo ligt de onschuldpresumptie (mede) ten grondslag aan het uitgangspunt dat een verdachte zijn proces in beginsel in vrijheid mag afwachten: de “*presumption in favour of release*” (zie par. 3.2.2).²¹⁷ De onschuldpresumptie brengt immers met zich dat de autoriteiten zo terughoudend mogelijk moeten omgaan met ingrijpende strafrechtelijke interventies jegens personen wiens schuld (nog) niet op basis van een eerlijk proces is vastgesteld.²¹⁸ Hieruit volgt ook dat voorlopige hechtenis uitsluitend mag worden toegepast als dit strikt noodzakelijk is en er geen minder ingrijpende alternatieven voorhanden zijn (zie par. 3.2.3).²¹⁹ Bovendien ligt de onschuldpresumptie (impliciet) ten grondslag aan de standaardoverweging van het EHRM dat voorlopige hechtenis niet mag worden gebruikt om vooruit te

215 Volgens Van Sliedregt (2009, p. 35-36) is dit te verklaren doordat voorlopige hechtenis het meest direct inbreuk maakt op het recht op persoonlijke vrijheid, waardoor het logisch is dat het ontwikkelen van criteria op basis waarvan voorlopige hechtenis kan worden toegepast binnen dit kader plaatsvindt. Zie ook: Van Kempen & Kristen 2005, p. 319.

216 Van Kempen & Kristen 2005, p. 318-319; Van Sliedregt 2009, p. 35-36; Stevens 2009, p. 170.

217 Ter onderbouwing van dit uitgangspunt verwijst het EHRM in verschillende zaken uitdrukkelijk naar het beginsel dat een verdachte voor onschuldig moet worden gehouden tot aan zijn veroordeling. Zie o.m.: EHRM 28 oktober 2010, Appl. Nr. 28169/08 (*Vasilkoski e.a. t. Macedonië*), par. 56; EHRM 24 april 2014, Appl. Nrs. 46398/09, 50570/09 en 50576/09 (*Miladinov t. Macedonië*), par. 47.

218 Van Sliedregt 2009, p. 33-34.

219 Vgl. EHRM 21 december 2000, Appl. Nr. 33492/96 (*Jabłoński t. Polen*), par. 83-84.

lopen op een vrijheidsstraf.²²⁰ De onschuldpresumptie beoogt de verdachte te beschermen tegen bestraffing voordat zijn schuld in rechte is vastgesteld.²²¹

Ondanks dat de onschuldpresumptie voornamelijk indirect – via het recht op persoonlijke vrijheid – invloed uitoefent op de toelaatbaarheid van voorlopige hechtenis, heeft dit beginsel aldus een centrale positie in de voorlopige hechtenisrechtspraak van het EHRM.²²² De uitdrukkelijke opdracht van het EHRM aan de (nationale) rechter om de onschuldpresumptie in acht te nemen bij de aan de voorlopige hechtenisbeslissing ten grondslag liggende belangenafweging (zie par. 3.2.4) indiceert bovendien dat de onschuldpresumptie meer is dan enkel een abstract beginsel; de belangen die door dit beginsel worden beschermd moeten ook in concrete beslissingen worden betrokken en afgewogen tegen andere relevante belangen.²²³ De belangen van de verdachte om niet te worden onderworpen aan ingrijpende interventies alvorens zijn schuld op basis van een eerlijk proces in rechte is komen vast te staan (in het vervolg aangeduid als: *'belangen van een eerlijk proces'*), vormen immers een concreet argument om de verdachte zijn proces in vrijheid te laten afwachten.²²⁴ De rechter zal dit argument moeten meewegen en passend gewicht moeten geven. Hoe de rechter dit gewicht in een concreet geval kan bepalen en hoe dit zich verhoudt tot andere argumenten en belangen volgt niet expliciet uit de EHRM-rechtspraak of uit andere kinder- of mensenrechtenstandaarden.²²⁵

In de literatuur is wel betoogd dat de graad van de verdenking relevant is voor de ruimte die de onschuldpresumptie laat om te interveniëren in de voorfase van het strafproces. Zo wijst Duff erop dat een verdachte in strafzaak niet gelijkgesteld kan worden met een burger jegens wie geen verdenking bestaat, daar de aanwezigheid van belastende aanwijzingen of mogelijke bewijsmiddelen jegens een verdachte inherent lasten en plichten met zich brengt.²²⁶ In het verlengde hiervan stelt Weigend dat er eerder ruimte is om ingrijpende interventies op te leggen in de voorfase van het strafproces in gevallen waarin sterke indicaties bestaan dat de verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan een ernstig strafbaar feit dan in zaken waarin de verden-

220 Zie o.m.: EHRM 26 juni 1991, Appl. Nr. 12369/86 (*Letellier t. Frankrijk*), par. 51. Overigens wijst Van Sliedregt (2009, p. 36) erop dat vooruitlopen op een straf niet valt binnen de reikwijdte van de gronden voor voorlopige hechtenis als voortvloeiend uit artikel 5, eerste lid (c) EVRM en alleen daarom al ontoelaatbaar wordt geacht. Niettemin kan de essentie van dit verbod niet los worden gezien van de onschuldpresumptie. Zo stelt ook het Kinderrechtencomité (2007, par. 80) in *General Comment Nr. 10* uitdrukkelijk dat een punitieve toepassing van voorlopige hechtenis strijdig is met de onschuldpresumptie.

221 Den Hartog 1990, p. 133; Van Sliedregt 2009, p. 33-34.

222 Vgl. Van Sliedregt 2009, p. 35.

223 Vgl. Groenhuijsen 2000, p. 96.

224 Vgl. Stevens (2009, p. 170) die erop wijst dat de onschuldpresumptie (extra) gewicht geeft aan het recht op persoonlijke vrijheid van een verdachte in de voorfase van het strafproces.

225 *Ibid.*

226 Duff 2013, p. 183.

king mager is.²²⁷ Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat – in het kader van een aan een voorlopige hechtenisbeslissing ten grondslag liggende belangenafweging in een concrete zaak – de belangen van een eerlijk proces als argument om de verdachte zijn proces in vrijheid te laten afwachten extra veel gewicht krijgen in gevallen waarin de belastende aanwijzingen jegens de verdachte mager zijn.²²⁸ Zijn dan belastende aanwijzingen tegen de verdachte zeer stevig, dan komen de belangen van een eerlijk proces als argument om de verdachte zijn proces in vrijheid te laten afwachten relatief minder gewicht toe in de belangenafweging.

Dit laat evenwel onverlet dat de onschuldpresumptie als (abstract) fundamenteel rechtsbeginsel, evenals het recht op een eerlijk proces als zodanig, ook in gevallen waarin er een zeer stevige verdenking bestaat jegens de verdachte, onverkort van toepassing blijven. Ook in deze zaken is terughoudendheid bij het opleggen van ingrijpende interventies in de voorfase van het strafproces op zijn plaats en is het gebruik van voorlopige hechtenis om vooruit te lopen op de straf niet toelaatbaar.²²⁹ Bovendien moet worden benadrukt dat sterke indicaties dat de verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan een strafbaar feit, de toepassing van voorlopige hechtenis op zichzelf niet kunnen rechtvaardigen (vgl. par. 3.2.1 en 3.2.2). Dergelijke sterke indicaties van schuld kunnen in een concreet geval slechts de belangen van een eerlijk proces *als argument* om de verdachte zijn proces in vrijheid te laten afwachten minder zwaarwegend maken, waardoor de afweging tussen de individuele belangen van de verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten en de publieke belangen die met voorlopige hechtenis worden gediend eerder in het voordeel kan uitvallen van de laatstgenoemde publieke belangen.

3.4.3.4 Pedagogische belangen van vroegtijdig ingrijpen

Bij voorlopige hechtenisbeslissingen in de context van het jeugdstrafrecht kunnen ook *pedagogische belangen van vroegtijdig ingrijpen* een rol spelen. Specifiek voor de jeugdstrafrechtelijke context is het streven om via interventies een positieve invloed op de ontwikkeling van de minderjarige te bewerkstelligen (zie par. 3.4.2). In internationale kinderrechtenstandaarden is in dit

227 Weigend 2013, p. 199.

228 Uiteraard is in deze gevallen wel tenminste een ‘redelijke verdenking’ vereist. Als de belastende aanwijzingen dermate mager zijn dat van een redelijke verdenking geen sprake is, bestaat er immers per definitie geen grondslag om voorlopige hechtenis toe te passen en komt men aan de belangenafweging niet eens toe. Zie paragraaf 3.2.1.

229 De mate van verdenking heeft dan ook geen invloed op de bovengenoemde implicaties van de onschuldpresumptie (als abstract beginsel) voor de eerste twee ‘stappen’ van het in paragraaf 3.2 gepresenteerde besluitvormingsschema.

verband het – op wetenschappelijke inzichten gestoelde²³⁰ – idee erkend dat het voor de “*desired positive, pedagogical impact*” (vrij vertaald ‘pedagogische effectiviteit’) van jeugdstrafrechtelijke interventies van belang is dat de periode tussen het plegen van het delict en de reactie daarop zo kort mogelijk is.²³¹ Door direct te reageren op delictgedrag van een minderjarige is de kans op een effectieve positieve gedragsbeïnvloeding het grootst en kan worden voorkomen dat een minderjarige (verder) afglijdt in de criminaliteit.²³² Hiermee dient vroegtijdig interveniëren niet alleen maatschappelijke belangen, maar ook de belangen van de minderjarige verdachte zelf en zijn ontwikkeling op de korte en langere termijn (vgl. artikel 40, eerste lid IVRK).

In de aan de voorlopige hechtenisbeslissing ten grondslag liggende belangenafweging zal de rechter de pedagogische belangen van vroegtijdig ingrijpen *in concreto* moeten vaststellen en deze moeten afwegen tegen andere relevante belangen. Hierbij is het van belang te onderstrepen dat de pedagogische belangen van vroegtijdig ingrijpen niet in iedere zaak en bij iedere verdachte identiek zullen zijn.²³³ Het pedagogische belang dat een minderjarige heeft bij vroegtijdig ingrijpen zal per individu verschillen, afhankelijk van leeftijd, persoonlijkheid en ontwikkeling.²³⁴ De rechter zal zich dan ook te rade moeten gaan bij pedagogisch geschoolde professionals van rapporterende en adviserende instanties, zoals – in de Nederlandse context – de Raad voor de Kinderbescherming en de jeugdreclassering.²³⁵

Pedagogische belangen van vroegtijdig ingrijpen kunnen op gespannen voet staan met belangen van persoonlijke vrijheid en belangen van een eerlijk proces.²³⁶ Dit geldt met name voor de laatstgenoemde categorie. Daar waar belangen van een eerlijk proces hun grondslag vinden in het idee dat een verdachte moet worden beschermd tegen ingrijpende interventies voordat zijn schuld op basis van een eerlijk proces is vastgesteld, vinden belangen van vroegtijdig ingrijpen hun basis in de gedachte dat een directe reactie

230 In overweging 5 van de Aanbeveling ‘concerning new ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice’ (Rec (2003)20) van de Raad van Europa wordt benadrukt dat jeugdstrafrechtelijke interventies zo veel mogelijk gebaseerd moeten worden op wetenschappelijk bewijs (‘evidence-based’) voor wat werkt, voor welke jeugdigen en onder welke omstandigheden (‘What Works’). Zie voor een wetenschappelijke onderbouwing van het belang van vroegtijdig ingrijpen voor de effectiviteit van jeugdstrafrechtelijke interventies o.m.: Van der Laan & Slotboom 2016, p. 120-121.

231 Vgl. Kinderrechtencomité 2007, par. 51; Aanbeveling van de Raad van Europa ‘concerning new ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice’ (Rec (2003)20), par. 14. En voorts: het commentaar bij regel 20.1 Beijing Rules; overweging 4 in de Aanbeveling ‘on social reactions to juvenile delinquency’ (R(87)20); sectie IV, richtlijn 50 Guidelines on Child-Friendly Justice; artikel 13, eerste lid EU Richtlijn betreffende procedurele waarborgen voor kinderen die verdachte of beklaagde zijn in een strafprocedure.

232 Van der Laan & Slotboom 2016, p. 120, met verwijzing naar: Slot 1988; McGuire & Priestley 1995; Bol 1995.

233 Vgl. Kinderrechtencomité 2013, par. 32.

234 *Ibid.*

235 *Ibid.*, par. 47.

236 Vgl. Worrel 1985/1986, p. 174-193; Cipriani 2009, p. 24-26.

op delictgedrag pedagogisch effectiever is, waardoor het vanuit pedagogisch oogpunt niet altijd in het belang van de minderjarige verdachte wordt geacht om eerst het – mogelijk langdurige – proces af te wachten voordat wordt ingegrepen. Deze spanning lijkt in essentie neer te komen op een spanning tussen rechtvaardigheid (een eerlijk proces) en effectiviteit (vroegtijdig ingrijpen).²³⁷ Toch staan deze noties niet lijnrecht tegenover elkaar en bestaat er samenhang tussen beide.²³⁸

Uit breed aanvaarde – uit de psychologie en pedagogiek voortvloeiende – wetenschappelijke inzichten volgt dat een belangrijke voorwaarde voor effectief vroegtijdig ingrijpen in het jeugdstrafrecht is dat de minderjarige die de interventie ondergaat deze als begrijpelijk, eerlijk en rechtvaardig ervaart.²³⁹ Dit inzicht zet vraagtekens bij de pedagogische effectiviteit van vroegtijdig ingrijpen in de voorfase van het strafproces ten aanzien van minderjarige verdachten die zich in hun lopende strafproces op het standpunt stellen dat zij onschuldig zijn.²⁴⁰ Zij zullen het ondergaan van ingrijpende interventies terwijl hun schuld (nog) niet in rechte is vastgesteld, naar men mag aannemen, niet als eerlijk en rechtvaardig ervaren. Minderjarige verdachten die bekennen dat zij zich schuldig hebben gemaakt aan een strafbaar feit zullen een vroegtijdige reactie op hun delictgedrag naar waarschijnlijkheid eerder als begrijpelijk, eerlijk en rechtvaardig ervaren. Sterker nog, voor een bekennende minderjarige verdachte geldt mogelijk zelfs dat hij een directe reactie op het door hem gepleegde strafbare feit als begrijpelijker en rechtvaardiger ervaart dan wanneer deze reactie maanden op zich laat wachten doordat eerst de formele veroordeling moet worden afgewacht,

237 Vgl. overweging 14 van de Aanbeveling ‘concerning new ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice’, waarin wordt gesteld dat maatregelen om de effectiviteit van ingrijpen te vergroten in lijn moeten worden gebracht met de vereisten van een eerlijk proces. Vgl. ook: Van der Laan & Slotboom 2016, p. 128.

238 Vgl. het concept van “*procedural justice*” (ofwel: ‘procedurele rechtvaardigheid’), hetgeen er kort gezegd op neerkomt dat de mate waarin personen hun procedure en behandeling door de autoriteiten als rechtvaardig ervaren direct van invloed is op de bereidheid van die personen om zich te conformeren aan de beslissingen en regels die door de autoriteiten worden genomen en opgelegd. Zie hierover o.m.: Tyler 1990; Tyler 2003; Tyler & Blader 2003; Fagan & Tyler 2005; Tyler 2006; Murphy & Tyler 2008; Tyler 2009; Murphy 2009; Greene e.a. 2010; en Jackson e.a. 2012. Vgl. ook Van Velthoven (2011 en 2012) die – in reactie op het artikel van Brenninkmeijer, Bosch & Roëll (2012) over het grote belang van procedurele rechtvaardigheid in Nederland en daarbuiten – signaleert dat de samenhang tussen de ervaren procedurele rechtvaardigheid en de naleving van de uitkomst van de procedure nog allerm minst onomstotelijk empirisch is aangetoond en thans slechts als een (in potentie veelbelovende) hypothese moet worden beschouwd. Zie voor een ontwikkelingspsychologisch perspectief op het belang van procedurele rechtvaardigheid in het jeugdstrafrecht: Rap 2013, p. 85-122.

239 De minderjarige moet begrijpen en accepteren dat er afwijzend wordt gereageerd op zijn (delict)gedrag. Zie: Van der Laan & Slotboom 2016, p. 121.

240 Zie over het mogelijke verband tussen de (ontkennende of bekennende) proceshouding van de verdachte en de pedagogische effectiviteit van interventies in de voorfase van het jeugdstrafproces: Van den Brink 2013, p. 285-286.

terwijl hij het plegen van het feit al van meet af aan heeft bekend.²⁴¹ Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat bij bekende verdachten in beginsel meer gewicht kan worden gegeven aan pedagogische belangen van vroegtijdig ingrijpen dan bij onbekende verdachten. In het verlengde hiervan kan worden gesteld dat bij onbekende verdachten in beginsel (relatief) meer gewicht moet worden toegekend aan belangen van een eerlijk proces ten opzichte van daarmee botsende pedagogische belangen van vroegtijdig ingrijpen dan bij bekende verdachten. Dit sluit aan bij het in paragraaf 3.4.3.3 opgeworpen idee dat in zaken waarin de verdenking (nog) vrij mager is – hetgeen mogelijk eerder het geval kan zijn bij onbekende verdachten – relatief meer gewicht moet worden toegekend aan belangen van een eerlijk proces als argument om de verdachte zijn proces in vrijheid te laten afwachten ten opzichte van zaken waarin sprake is van zeer stevige indicaties van schuld, zoals bij een bekende verdachte welhaast per definitie het geval is. In laatstgenoemde zaken kunnen de pedagogische belangen van vroegtijdig ingrijpen dan ook eerder prevaleren.

Niettemin moet worden benadrukt dat pedagogische belangen van vroegtijdig ingrijpen de toepassing van voorlopige hechtenis ten aanzien van een minderjarige verdachte op zichzelf niet kunnen rechtvaardigen. Uit rechtspraak van het EHRM volgt immers uitdrukkelijk dat voorlopige hechtenis in beginsel slechts kan worden toegepast op grond van zwaarwegende publieke (lees: strafvorderlijke) belangen. Wel kunnen de belangen van vroegtijdig ingrijpen in de aan een voorlopige hechtenisbeslissing ten grondslag liggende belangenafweging in een concrete zaak de individuele belangen van de verdachte om zijn proces in (onvoorwaardelijke) vrijheid af te wachten minder zwaarwegend maken. Gelet op de pedagogische belangen van vroegtijdig ingrijpen zijn minderjarige verdachten immers niet per definitie enkel en alleen gebaat bij het in (onvoorwaardelijke) vrijheid afwachten van hun – soms langdurige – strafproces, maar kunnen er ook individuele belangen van de verdachte zijn die zich tegen (onvoorwaardelijke) invrijheidstelling verzetten. Dit kan tot gevolg hebben dat de afweging tussen de individuele belangen van de verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten – die door de pedagogische belangen van vroegtijdig ingrijpen minder gewicht toekomen – en de publieke belangen die met voorlopige hechtenis worden gediend eerder in het voordeel zal uitvallen van de laatstgenoemde publieke belangen.

3.4.4 Voorlopige hechtenis en het 'belang van het kind'

Het Kinderrechtencomité benadrukt in *General Comment No. 10* dat het 'belang van het kind' een eerste overweging dient te zijn bij alle beslissingen ten aanzien van minderjarigen in het jeugdstrafrecht.²⁴² Hiermee laat het Kinderrechtencomité er geen twijfel over bestaan dat de notie van het

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² Kinderrechtencomité 2007, par. 10.

‘belang van het kind’, als neergelegd in artikel 3, eerste lid IVRK, een centrale positie inneemt in het jeugdstrafrecht. Ook het EHRM erkent dit uitgangspunt in zijn rechtspraak.²⁴³ Dit roept de vraag op wat de notie van het ‘belang van het kind’ inhoudt en wat de implicaties daarvan zijn voor de rechterlijke besluitvorming inzake de voorlopige hechtenis van minderjarige verdachten.

Hoewel de notie van het ‘belang van het kind’ uitdrukkelijk is erkend als één van de algemene kernbeginselen van het IVRK,²⁴⁴ zijn de functie, betekenis en implicaties van deze notie al sinds de inwerkingtreding van dit verdrag onderwerp van discussie in de literatuur.²⁴⁵ De *travaux préparatoires* van het IVRK schept hierover nauwelijks duidelijkheid.²⁴⁶ Ook het Kinderrechtencomité voorzag lange tijd niet in een commentaar op de centrale notie van het ‘belang van het kind’, totdat in 2013 *General Comment No. 14* werd aangenomen.²⁴⁷

3.4.4.1 Het ‘belang van het kind’ als centrale kinderrechtelijke notie

In *General Comment No. 14* stelt het Kinderrechtencomité voorop dat de notie van het ‘belang van het kind’ erop is gericht alle rechten die zijn opgenomen in het IVRK volledig en effectief te waarborgen en de holistische ontwikkeling van het kind te bevorderen.²⁴⁸ Hierbij benadrukt het Comité dat een oordeel van een besluitvormer over wat in het belang van het kind is nooit kan rechtvaardigen dat voorbij wordt gegaan aan de verplichting om alle rechten die zijn neergelegd in het IVRK te respecteren.²⁴⁹

Volgens het Kinderrechtencomité is de notie van het ‘belang van het kind’ een driedelig concept.²⁵⁰ Het is allereerst een *materieel recht* dat rechtstreeks kan worden ingeroepen ten overstaan van een rechter. Ook is het een *procedurele regel*, in die zin dat een besluitvormer verplicht is om bij elke beslissing die betrekking heeft op een kind te evalueren welke effecten de beslissing (positief of negatief) zal hebben voor het betreffende kind. De besluitvormer moet in de motivering van zijn beslissing kenbaar maken op welke wijze hij

243 Zie o.m.: EHRM 16 december 1999, Appl. Nr. 24888/94 (*V. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 46; EHRM 16 december 1999, Appl. Nr. 24724/94 (*T. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 44; EHRM 20 januari 2009, Appl. Nr. 70337/01 (*Güvenc t. Turkije*), par. 58.

244 Kinderrechtencomité 2003, par. 12.

245 Zie o.m.: Eekelaar 1994, p. 42-61; Cantwell 2005, p. 65-72; Lansdown 2005(b), p. 73-89; Freeman 2007; Skivenes 2010, p. 339-353; Kalverboer 2014, p. 222-236; Tobin 2014, p. 258-304; Eekelaar 2015, p. 3-26. Opvallend is dat betrekkelijk weinig literatuur beschikbaar is over de rol van het ‘belang van het kind’ in de specifieke context van het jeugdstrafrecht. Zie hierover wel: Mijnaerends 1999, p. 171-177; Dohrn 2005, p. 90-103; Weijers 2014(a), p. 46-52.

246 Zie Detrick 1992, p. 131-140.

247 Zie Kinderrechtencomité 2013.

248 Onder het concept van ‘holistische ontwikkeling van het kind’ wordt de fysieke, mentale, spirituele, morele, psychologische en sociale ontwikkeling van het kind begrepen. Zie: Kinderrechtencomité 2013, par. 4-5.

249 Kinderrechtencomité 2013, par. 4.

250 *Ibid.*, par. 6.

de belangen van het kind heeft beoordeeld en hoe hij deze heeft afgewogen tegen andere belangen. Tot slot kan de notie van het 'belang van het kind' worden beschouwd als een *fundamenteel, interpretatief rechtsbeginsel*. Hiermee wordt bedoeld dat in het geval een wettelijke bepaling multi-interpretabel is, de besluitvormer moet kiezen voor de interpretatie waarmee de belangen van het kind het meest effectief zijn gediend. Hierbij bieden de rechten die zijn neergelegd in het IVRK een kader voor interpretatie.²⁵¹

Het Kinderrechtencomité onderkent dat de notie van het 'belang van het kind' complex is en dat de inhoud daarvan moet worden bepaald aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval.²⁵² De beoordeling van de belangen van het kind geschiedt door de besluitvormer – bij voorkeur ondersteund door een multidisciplinair team – en vereist participatie van de minderjarige.²⁵³ De besluitvormer dient hierbij alle specifieke omstandigheden van het geval te evalueren en af te wegen om tot een beslissing te komen.²⁵⁴ In dit verband erkent het Kinderrechtencomité dat de belangen van het kind kunnen botsen met belangen van anderen, waaronder de algemene belangen van de maatschappij.²⁵⁵ Uit de *travaux préparatoires* van artikel 3, eerste lid IVRK volgt dat de belangen van het kind niet per definitie meer gewicht hoeven te krijgen dan andere, botsende belangen.²⁵⁶ Dergelijke botsingen moeten door de besluitvormer in ieder individueel geval door middel van een nauwkeurige afweging worden opgelost.²⁵⁷ Hierbij moet evenwel voorop staan dat de belangen van het kind een hoge prioriteit toekomen en niet slechts mogen worden beschouwd als één van de vele overwegingen in de besluitvorming.²⁵⁸

Ondanks dat de beoordeling van de belangen van het kind een *ad hoc* karakter heeft, stelt het Kinderrechtencomité zich op het standpunt dat het opstellen van een niet-limitatieve en niet-hiërarchische lijst van elementen die in beginsel in ieder concreet geval onderdeel zouden moeten zijn van de beoordeling van de belangen van het kind bruikbaar kan zijn.²⁵⁹ De door het Kinderrechtencomité opgestelde lijst bevat de volgende zeven elementen: (a) de eigen opvattingen van het kind; (b) de identiteit van het kind; (c) het behoud van de gezinsomgeving van het kind en zijn contacten met familie; (d) zorg, bescherming en veiligheid van het kind; (e) de (eventuele) bijzon-

251 *Ibid.*

252 *Ibid.*, par. 32.

253 *Ibid.*, par. 47.

254 *Ibid.*

255 *Ibid.*, par. 39.

256 Om deze reden is er in de tekst van artikel 3, eerste lid IVRK bewust voor gekozen de belangen van het kind "*a primary consideration*" en niet "*the primary/paramount consideration*" te maken. Zie: UN Doc. E/CN.4/1989/48, par. 118 e.v., zoals weergegeven in Detrick 1992, p. 137 e.v. Ongelukkigerwijs is dit subtiele, doch essentiële verschil in formulering niet goed verwerkt in de officiële Nederlandse vertaling van artikel 3, eerste lid IVRK, waarin de belangen van het kind worden gepresenteerd als "*de eerste overweging*".

257 Kinderrechtencomité 2013, par. 39.

258 *Ibid.*

259 *Ibid.*, par. 50.

dere kwetsbaarheid van het kind; (f) het recht van het kind op gezondheid; en (g) het recht van het kind op onderwijs.²⁶⁰ Volgens het Comité dient de besluitvormer al deze elementen in overweging te nemen en te beoordelen in het licht van de specifieke omstandigheden van het geval, waardoor sommige elementen wel en andere niet relevant zullen zijn voor de beslissing en bepaalde elementen zwaarder zullen doorwegen in de beslissing dan andere elementen.²⁶¹ Hiermee beoogt de lijst met elementen de besluitvormer concrete sturing, maar ook flexibiliteit te bieden.²⁶²

In het geval dat verschillende elementen van het 'belang van het kind' met elkaar botsen, dient de besluitvormer, volgens het Kinderrechtencomité, deze elementen af te wegen in het licht van het eerder aangehaalde uitgangspunt dat de notie van het 'belang van het kind' erop is gericht alle rechten die zijn opgenomen in het IVRK volledig en effectief te waarborgen en de holistische ontwikkeling van het kind te bevorderen.²⁶³ Bij de afweging van de elementen dient de leeftijd en het ontwikkelingsniveau van het kind een sturende rol te spelen.²⁶⁴ Hierbij benadrukt het Comité dat de besluitvormer zich ervan bewust moet zijn dat de capaciteiten van het kind zich nog zullen ontwikkelen. Om deze reden dient de besluitvormer niet alleen oog te hebben voor de fysieke, emotionele en educatieve behoeften van het kind op het moment van de beslissing, maar ook de mogelijke toekomstscenario's – zowel voor de korte als de lange termijn – in de beoordeling te betrekken.²⁶⁵

3.4.4.2 Het 'belang van het kind' in het jeugdstrafrecht

Het Kinderrechtencomité verschaft aldus meer duidelijkheid over de betekenis en implicaties van de notie van het 'belang van het kind', als bedoeld in artikel 3, eerste lid IVRK, en voorziet de rechter van aanknopingspunten bij het in een concrete zaak beoordelen en vaststellen van de belangen van een kind. Niettemin behandelt *General Comment No. 14* het 'belang van het kind' hoofdzakelijk in algemene zin, waarbij weinig aandacht is voor de betekenis en implicaties van deze notie in de specifieke context van het jeugdstrafrecht. Om deze reden is de waarde van de daarin opgenomen algemene lijst van elementen van het 'belang van het kind' voor beslissingen in het kader van jeugdstrafrecht naar mijn idee beperkt. Om de betekenis en implicaties van de notie van het 'belang van het kind' voor beslissingen in de jeugdstrafrechtelijke context scherp te krijgen, moet mijns inziens worden teruggegrepen naar de hoofdlijnen van het kinderrechtenconforme jeugdstrafrecht die zijn te herleiden tot de onderliggende fundamenteën van het IVRK (vgl. par. 3.4.2).

²⁶⁰ *Ibid.*, par. 52-79.

²⁶¹ *Ibid.*, par. 49-50 en 80.

²⁶² *Ibid.*, par. 50.

²⁶³ *Ibid.*, par. 82.

²⁶⁴ *Ibid.*, par. 83-84.

²⁶⁵ *Ibid.*

Door het Kinderrechtencomité en in de literatuur is uiteengezet dat de notie van het ‘belang van het kind’ in de context van het IVRK kan worden beschouwd als een centrale, overkoepelende standaard die ten grondslag ligt aan alle andere rechten in het IVRK.²⁶⁶ Dit veronderstelt dat de betekenis van de notie van het ‘belang van het kind’ kan worden gevonden in de ratio van het IVRK als geheel. In deze benadering indiceert de preambule van het IVRK dat de notie van het ‘belang van het kind’ allereerst is gebaseerd op het idee dat kinderen nog niet volledig ontwikkeld zijn – zowel fysiek als mentaal – en speciale emotionele en educatieve behoeften hebben.²⁶⁷ Hieruit volgt dat kinderen bijzondere bescherming en zorg verdienen om schade aan hun ontwikkeling te voorkomen. Ook indiceert de preambule van het IVRK dat de notie van het ‘belang van het kind’ meebrengt dat kinderen moeten worden voorbereid om een individueel leven te leiden en een volwaardig lid van zijn samenleving te worden.²⁶⁸ Dit brengt mee dat kinderen gedurende hun opvoeding baat hebben bij sturing in de ‘juiste’ richting. Deze aan het IVRK ten grondslag liggende noties van ‘bescherming’ en ‘sturing’ van het kind liggen – zoals in paragraaf 3.4.2 is beschreven – eveneens aan de basis van een kinderrechtenconform jeugdstrafrecht.²⁶⁹ Het is evident dat de noties van ‘bescherming’ en ‘sturing’ van het kind inherent een bevoogdend, dan wel paternalistisch karakter hebben, in die zin dat anderen dan het kind zelf (lees: volwassenen) menen te weten wat ‘goed’ en ‘slecht’ is voor het kind. De rechtvaardiging van deze, wat ik noem ‘heteronome’²⁷⁰ benadering is gelegen in het idee dat kinderen worden beschouwd als personen die nog in ontwikkeling zijn en daardoor nog niet de capaciteit hebben om te kunnen beschikken over volledige autonomie.²⁷¹

In de visie van Freeman dient het ingrijpen in het leven van een kind op basis van beschermende en sturende overwegingen zo min mogelijk gebaseerd te worden op de subjectieve waarden van de (volwassen) besluitvor-

266 Vgl. Kinderrechtencomité 2013, par. 1-7; Van Bueren 1998, p. 46; Freeman 2007, p. 1.

267 Zie de preambule van het IVRK. En voor de specifieke context van het jeugdstrafrecht: artikel 40, eerste lid IVRK en Kinderrechtencomité 2007, par. 10, 11 en 13. En voorts: de preambule van de Beijing Rules.

268 Zie de preambule van het IVRK. En voor de specifieke context van het jeugdstrafrecht: artikel 40, eerste lid IVRK en Kinderrechtencomité 2007, par. 13, 29 en 51.

269 De rechter staat dus voor de ietwat paradoxale opdracht gesteld om enerzijds terughoudend om te gaan met jeugdstrafrechtelijk ingrijpen teneinde schade aan de ontwikkeling van de minderjarige te voorkomen en anderzijds de mogelijkheden om door middel van jeugdstrafrechtelijk ingrijpen een positieve invloed uit te oefenen op de ontwikkeling van de minderjarige ten volle te benutten. Vgl. ook Weijers’ (2014, p. 46-52) onderscheid tussen een ‘minimaliserende’ en een ‘maximaliserende’ benadering van het belang van het kind.

270 ‘Heteronoom’ betekent volgens de Dikke Van Dale: “aan regels van anderen onderworpen”. In het onderhavige onderzoek heeft ‘heteronoom’ betrekking op het idee dat de minderjarige voor de vaststelling van zijn eigen belangen is onderworpen aan opvattingen die anderen hierover hebben.

271 Dit houdt verband met de in artikel 5 IVRK neergelegde notie van de ‘ontwikkelende vermogens’ (ofwel: “*evolving capacities*”) van het kind. Zie: Kinderrechtencomité 2009(b), par. 84. En voorts: Lansdown 2005(a); Lansdown 2005(b), p. 73-89. Vgl. ook: Freeman 1997(a), p. 37 en zijn concept van “*capacity for autonomy*”.

mer.²⁷² Beperkingen van de autonomie van het kind kunnen volgens Freeman worden gerechtvaardigd door wat ook wel “*future-oriented consent*” is genoemd.²⁷³ Dit betekent dat de besluitvormer zichzelf de vraag dient te stellen: zal het kind dadelijk, als hij zich heeft ontwikkeld tot een rationeel onafhankelijke volwassene, met begrip en waardering kunnen terugkijken op hetgeen nu in ‘zijn belang’ is beslist?²⁷⁴ De besluitvormer dient zich dus te verplaatsen in het individuele kind als toekomstig rationeel onafhankelijke volwassene en te anticiperen op zijn toekomstige instemming.²⁷⁵ Deze benadering biedt ruimte voor een pluralistische invulling van de noties van ‘goed’ en ‘slecht’ voor het kind en beperkt de eigen, subjectieve invloeden van de besluitvormer.²⁷⁶ Niettemin zal de inschatting van “*future-oriented consent*” naar mijn idee welhaast per definitie worden beïnvloed door de opvattingen van de besluitvormer over de ‘rationeel autonome volwassene’ waartoe het kind zich volgens de besluitvormer – eventueel door middel van bescherming en sturing – zal moeten ontwikkelen. Met de inschatting van de besluitvormer dat het kind in de toekomst als ‘rationeel autonome volwassene’ begrip en waardering zal hebben voor zijn beslissing, projecteert de besluitvormer – mogelijk onbewust, maar vrijwel onvermijdelijk – (deels) zijn eigen normen en waarden op het kind als toekomstige volwassene. Hiermee blijven de bovengenoemde beschermende en sturende overwegingen dus een ‘heteronoom’ karakter houden, in die zin dat de minderjarige voor de vaststelling van zijn belangen is onderworpen aan de opvattingen die anderen hierover hebben.

Tegelijkertijd geeft het IVRK uitdrukkelijk blijk van de erkenning van het kind als drager van rechten en als uniek individu met eigen opvattingen en meningen die serieus moeten worden genomen.²⁷⁷ Dit indiceert dat de notie van het ‘belang van het kind’ ook een ‘autonome’ component in zich draagt,²⁷⁸ hetgeen veronderstelt dat besluitvormers ook de opvattingen en

272 Freeman 1997(a), p. 38; Freeman 1997(c), p. 96-97, met verwijzing naar: Rawls 1987; Dworkin 1978, p. 188-189.

273 Freeman (1997(a), p. 39; 1997(c), p. 98) ontleent de term “*future-oriented consent*” uit Dworkin 1971.

274 *Ibid.*

275 Volgens Freeman (1997(a), p. 39) vereist dit een vorm van “*ideal deliberation*”, zoals Parfit (1984, p. 118) dit omschrijft: “What each of us has most reason to do is what would best achieve, not what he *actually* wants, but what he *would* want, at the time of acting, if he had undergone a process of ‘ideal deliberation’ – if he knew the relevant facts, was thinking clearly, and was free from distorting influences.”

276 Freeman 1997(a), p. 38-39; Freeman 1997(c), p. 96-98.

277 Veerman (1992, p. 184-185) stelt dat het IVRK het eerste verdrag is dat kinderen expliciet het recht geeft op ‘een stem’ in processen die van invloed zijn op hun leven. (Vgl. het in artikel 12 IVRK neergelegde recht van het kind om te worden gehoord, hetgeen door het Kinderrechtencomité (2009) wordt beschouwd als één van de vier kernbeginselen van het IVRK.) Zie ook: Freeman 1997(b), p. 55; Krappmann 2010, p. 501-513; Tobin 2014, p. 279-281.

278 Zie voor een alternatieve benadering van het ‘autonome component’ van de notie van het ‘belang van het kind’: Eekelaar (1994) en zijn notie van ‘zelfdeterminatie’ (“*self-determinism*”).

meningen van het desbetreffende kind over wat in zijn belang is, moeten betrekken in de besluitvorming. Volledige eerbiediging van het recht van het kind om te worden gehoord, als neergelegd in artikel 12 IVRK,²⁷⁹ is dan ook een essentiële randvoorwaarde voor de beoordeling van de belangen van het kind.²⁸⁰ Dit komt ook naar voren in de door het Kinderrechtencomité geschetste hoofdlijnen van een kinderrechtenconform jeugdstrafrecht en in de rechtspraak van het EHRM, waarin de effectieve participatie van de minderjarige verdachte in het strafproces wordt beschouwd als een essentieel onderdeel van een eerlijk proces (vgl. artikel 40, tweede lid IVRK en artikel 6 EVRM).²⁸¹

De besluitvormer dient zijn oordeel over de belangen van het kind in een concrete zaak aldus te baseren op een combinatie van heteronome 'beschermende' en 'sturende' overwegingen en de opvattingen die het kind zelf heeft over zijn belangen.²⁸² In sommige gevallen zullen de heteronome opvattingen

279 Op grond van artikel 12, eerste lid IVRK heeft het kind het recht een mening te vormen en deze vrijelijk te uiten in alle aangelegenheden die het kind betreffen, waarbij aan de mening van het kind passend belang wordt gehecht in overeenstemming met zijn leeftijd en rijpheid. Artikel 12, tweede lid IVRK vult aan dat het kind hiertoe in iedere gerechtelijke en bestuurlijke procedure die het kind betreft in de gelegenheid wordt gesteld te worden gehoord, hetzij rechtstreeks, hetzij door tussenkomst van een vertegenwoordiger of een daarvoor geschikte instelling, op een wijze die verenigbaar is met de procedureregels van het nationale recht. Zie hierover: Kinderrechtencomité 2009(b) (*General Comment No. 12*). En voorts: Krappmann 2010, p. 501-513.

280 Zie Kinderrechtencomité 2009(b), par. 74; Kinderrechtencomité 2013, par. 53. Uit de *travaux préparatoires* van het IVRK volgt dat het recht van het kind om te worden gehoord in de oorspronkelijke conceptvoorstellen zelfs een expliciet onderdeel was van artikel 3 IVRK. Uiteindelijk is dit onderdeel geschrapt, omdat het recht om te worden gehoord reeds in een afzonderlijke bepaling zou worden opgenomen (het huidige artikel 12 IVRK). Zie: Detrick 1992, p. 138.

281 Kinderrechtencomité 2007, par. 43-46 en EHRM 16 december 1999, Appl. Nr. 24888/94 (*V. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 85-91; EHRM 16 december 1999, Appl. Nr. 24724/94 (*T. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 83-89; EHRM 11 december 2008, Appl. Nr. 4268/04 (*Panovits t. Cyprus*), par. 67. Zie hierover ook: Rap 2013.

282 Vgl. Freeman 1997(c), p. 98: "To take children's rights seriously requires us to take seriously nurturance and self-determination." Vgl. ook Tobin 2014, p. 289-292. In zijn zoektocht naar de morele rechtvaardiging van kinderrechten – in het bijzonder het IVRK – concludeert Tobin dat de 'bescherming van het kind' – gelet op de kwetsbaarheid van kinderen ten opzichte van volwassenen – een centraal onderdeel is van deze rechtvaardiging. Hierbij onderscheidt hij twee componenten: (1) bescherming tegen 'exogene schade' en (2) bescherming tegen 'endogene schade'. Bescherming tegen exogene schade heeft betrekking op bescherming van het kind tegen schade die door toedoen van anderen wordt toegebracht. Bescherming tegen endogene schade betreft de bescherming van het kind tegen schade die hij zichzelf – vanwege zijn niet volledig ontwikkelde vermogens – door zijn eigen handelen of nalaten toebrengt. Naar mijn idee zijn deze noties in de kern goed verenigbaar met de hierboven geïntroduceerde noties 'bescherming' (tegen schade als gevolg van strafrechtelijk ingrijpen door de autoriteiten) en 'sturing' (het door middel van strafrechtelijk ingrijpen voorkomen dat de jeugdige verder afglijdt in de criminaliteit en zichzelf (en anderen) daarmee schade toebrengt). Voorts ziet Tobin met name bij het identificeren en implementeren van maatregelen ter bescherming van het kind tegen exogene schade ruimte voor de eigen inbreng van het kind (vgl. art. 12 IVRK), waarmee Tobin tevens erkenning geeft aan de (partiële) autonomie van het kind.

gen van de besluitvormer over wat in het belang is van het kind inhoudelijk overeenkomen met opvattingen die het kind daar zelf over heeft. In andere gevallen zullen deze opvattingen uiteenlopen. In die laatstgenoemde gevallen wordt de onderlinge verhouding tussen de heteronome en de autonome component van de notie van het 'belang van het kind' relevant. Deze verhouding zal afhangen van de omstandigheden van het geval, waaronder in elk geval de leeftijd en het ontwikkelingsniveau van het kind en de context waarin de beslissing wordt genomen.²⁸³ Zo zal er voor kinderen met een jonge leeftijd en/of een laag ontwikkelingsniveau over het algemeen minder ruimte zijn voor autonomie dan voor kinderen die zowel qua leeftijd als ontwikkelingsniveau de volwassenheid naderen. Indachtig de in het IVRK erkende idee van de 'ontwikkende vermogens' (ofwel "*evolving capacities*") van het kind, heeft de minderjarige recht op sturing en bescherming door de (volwassen) besluitvormer ter compensatie van het gebrek aan kennis, ervaring en begrip van het kind, doch hoe meer kennis, ervaring en begrip de minderjarige geleidelijk aan zelf ontwikkelt, hoe meer waarde moet worden gehecht aan zijn eigen meningen en opvattingen.²⁸⁴

Voorts kan over het algemeen worden gesteld dat bij beslissingen in de specifieke context van het jeugdstrafrecht, gelet op het ingrijpende en gedwongen karakter en de doelstellingen daarvan, in beginsel meer ruimte is voor (heteronome) 'beschermende' en 'sturende' overwegingen van de besluitvormer en minder ruimte voor (autonome) opvattingen die het kind zelf heeft over zijn belangen. In een gedwongen kader, zoals het jeugdstrafrecht, verliest een minderjarige verdachte per definitie (een deel van) zijn autonomie. Het bestaan van een verdenking van het plegen van een strafbaar feit kan immers rechtvaardigen dat de rechter of een andere autoriteit bevoegd is te interveniëren in het leven van de verdachte, ook als dit tegen zijn wil geschiedt. Bovendien vereisen de doelstellingen van het jeugdstrafrecht een zekere ruimte voor de besluitvormer om – op basis van adviezen van een multidisciplinair team van professionals²⁸⁵ – te bepalen wat nodig is om een minderjarige te rehabiliteren, re-integreren en bewegen tot aanvaarding van een opbouwende rol in de samenleving (vgl. artikel 40, eerste lid IVRK).²⁸⁶ Hierbij moet wel worden opgemerkt dat een verdenking, gelet op de onschuldpresumptie, een aanzienlijk minder solide basis vormt voor de rechtvaardiging van inbreuken op de autonomie van een persoon dan een

283 Vgl. Kinderrechtencomité 2013, par. 80-84.

284 Vgl. artikel 5 IVRK en artikel 12 IVRK en de toelichting op deze samenhangende bepalingen in: Kinderrechtencomité 2009(b), par. 84-85. Zie ook: Kinderrechtencomité 2013, par. 82-84. En voorts: Lansdown 2005(a); Lansdown 2005(b), p. 73-89; Krappmann 2010, p. 505. Vgl. ook: Freeman's (1997(a) en 1997(c)) notie van 'future-oriented consent': hoe verder het kind is in zijn ontwikkeling richting een 'rationeel onafhankelijke volwassene' hoe sterker de eigen opvattingen van het kind meewegen bij de inschatting van zijn 'future-oriented consent'.

285 Vgl. Kinderrechtencomité 2013, par. 47.

286 Vgl. Kinderrechtencomité 2007, par. 13 en 29. Zie ook: regel 26.1 Beijing Rules.

strafrechtelijke veroordeling op basis van een eerlijk proces.²⁸⁷ Desalniettemin verdwijnt de autonomie van de minderjarige in het strafrecht niet volledig en is de besluitvormer gehouden de opvattingen van een minderjarige verdachte serieus te nemen, daar de effectieve participatie van de minderjarige verdachte in het strafproces wordt beschouwd als een fundamenteel vereiste voor een eerlijk proces.²⁸⁸

3.4.4.3 *Het 'belang van het kind' bij voorlopige hechtenisbeslissingen*

De notie van het 'belang van het kind' kan de rechter concrete aanknopingspunten aanreiken bij het beoordelen en vaststellen van de individuele belangen van een minderjarige verdachte in het kader van voorlopige hechtenisbeslissingen. Hiervoor is vereist dat de rechter zich ervan bewust is op basis waarvan een bepaald belang kan worden aangemerkt als een relevant belang van de minderjarige verdachte: volgt dit uit 'beschermende' overwegingen van de rechter, 'sturende' overwegingen van de rechter of heeft de minderjarige dit zelf kenbaar gemaakt? Voor belangen die niet door de verdachte zelf naar voren zijn gebracht en dus voortvloeien uit heteronome overwegingen van de rechter geldt dat belangen die vallen binnen de – in paragraaf 3.4.3 onderscheiden – categorieën 'belangen van persoonlijke vrijheid' en 'belangen van een eerlijk proces' doorgaans hun grondslag vinden in de notie van 'bescherming van het kind' (tegen schadelijke effecten van strafrechtelijk ingrijpen), terwijl belangen die vallen binnen de categorie 'belangen van vroegtijdig ingrijpen' veelal te herleiden zullen zijn tot de notie van 'sturing van het kind' (door middel van strafrechtelijk ingrijpen).

Het onderscheid tussen de 'heteronome' en de 'autonome' component van de notie van het 'belang van het kind' en – binnen de heteronome component – tussen 'beschermende' overwegingen en 'sturende' overwegingen, kan uitkomst bieden in het geval verschillende relevante belangen van de minderjarige verdachte onderling met elkaar botsen. Naast het voorbeeld dat de heteronome opvattingen van de rechter over de belangen van een minderjarige verdachte niet stroken met de opvattingen die de verdachte hier zelf over heeft, is het ook mogelijk dat de rechter meent dat het enerzijds in het belang van de verdachte is dat hij wordt beschermd tegen de schadelijke gevolgen die vrijheidsbeneming mogelijk heeft op zijn ontwikkeling, terwijl het anderzijds eveneens in het belang van de verdachte kan zijn dat hem door middel van voorlopige hechtenis direct sturing – bijvoorbeeld in de vorm van structuur en behandeling – kan worden geboden die enkel in een vrijheidsbenemend kader mogelijk is. In gevallen waarin sprake is van

²⁸⁷ Zie over de onschuldpresumptie: paragraaf 3.4.3.3.

²⁸⁸ Vgl. Kinderrechtencomité 2007, par. 43-46 en EHRM 16 december 1999, Appl. Nr. 24888/94 (*V. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 85-91; EHRM 16 december 1999, Appl. Nr. 24724/94 (*T. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 83-89; EHRM 11 december 2008, Appl. Nr. 4268/04 (*Panovits t. Cyprus*), par. 67.

dergelijke botsende belangen van een minderjarige verdachte, kunnen de volgende vuistregels behulpzaam zijn voor de rechter:

- I. *Bij besluitvorming in de context van het jeugdstrafrecht is, gelet op het ingrijpende en gedwongen karakter en de doelstellingen daarvan, in beginsel meer ruimte voor (heteronome) 'beschermende' en 'sturende' overwegingen van de besluitvormer en minder ruimte voor (autonome) opvattingen die het kind zelf heeft over zijn belangen.*
- II. *Bij besluitvorming over ingrijpen in de voorfase van het strafproces is in beginsel meer ruimte voor 'beschermende' overwegingen en minder ruimte voor 'sturende' overwegingen, omdat gedwongen sturing van het kind door middel van jeugdstrafrechtelijk ingrijpen in deze fase (nog) niet wordt gerechtvaardigd door een veroordeling (vgl. de onschuldpresumptie).*

Concreet kan dit betekenen dat de rechter, bij het vaststellen van de individuele belangen van de minderjarige verdachte, op basis van de eerste vuistregel, meer rekening houdt met het rapport van de hulpverlenende instanties, waaruit bijvoorbeeld volgt dat de thuissituatie van de minderjarige weinig structuur en toezicht biedt en dat de ontwikkeling van de minderjarige baat kan hebben bij de structuur en het pedagogische dagprogramma van de justitiële jeugdinrichting, dan met de opvatting van de minderjarige zelf dat het in zijn belang is dat hij zo snel mogelijk weer naar huis gaat. Mocht uit het rapport van de betreffende instanties bijvoorbeeld ook blijken dat een verblijf in een jeugdinrichting grote schade zal toebrengen aan de schoolloopbaan van de minderjarige, omdat hij momenteel stage loopt, dan zal de rechter, op basis van de tweede vuistregel, het belang van *bescherming* tegen schade aan de schoolgang in beginsel voorop stellen, boven het belang van *sturing* (lees: positieve beïnvloeding) van de minderjarige door het bieden van structuur en het pedagogische dagprogramma. Dit betekent dat de rechter in zijn belangenafweging in het kader van de voorlopige hechtenisbeslissing de 'publieke belangen die met voorlopige hechtenis worden gediend' – bijvoorbeeld het beschermen van burgers tegen een recidiverende verdachte die veelvuldig woninginbraken pleegt – in dit geval primair zal afwegen tegen het individuele belang van de verdachte dat hij zijn schoolgang c.q. stage kan voortzetten. Het belang van de verdachte om meer structuur te krijgen in zijn leven en vaardigheden te ontwikkelen door het volgen van een pedagogisch dagprogramma in een jeugdinrichting, zal in deze afweging meer op de achtergrond een rol kunnen spelen. Dit geldt ook voor de eigen opvatting van de verdachte dat hij zo snel mogelijk weer naar huis wil.

Het bovenstaande illustreert dat de vuistregels de rechter handvatten kunnen aanreiken voor het selecteren van relevante belangen en voor het vaststellen van de onderlinge verhouding tussen deze belangen binnen het cluster van de individuele belangen van de minderjarige verdachte. Hierbij moet echter worden bedacht dat het bij deze vuistregels slechts gaat om algemene uitgangspunten en dat de rechter de vrijheid heeft om hier in con-

crete gevallen van af te wijken. Zoals reeds is opgemerkt, kan bij de eerste vuistregel ook de leeftijd en het ontwikkelingsniveau van de verdachte een rol spelen. Indien sprake is van een verdachte die zowel qua leeftijd als ontwikkelingsniveau de volwassenheid nadert, zal er minder ruimte zijn voor 'bevoogdende' overwegingen ten aanzien van de belangen van de verdachte als deze dwars ingaan tegen de opvattingen die de verdachte daarover zelf heeft.²⁸⁹ Bovendien kunnen de opvattingen van de minderjarige verdachte aanleiding geven om af te wijken van de tweede vuistregel, in die zin dat voor sturende overwegingen, zoals die naar voren komen in belangen van vroegtijdig ingrijpen, meer ruimte kan zijn in het geval de verdachte ook zelf uitdrukkelijk naar voren brengt dat dit in zijn eigen belang is.

3.4.5 Belangenafweging bij voorlopige hechtenisbeslissingen

Nu de kaders en de context van de belangenafweging inzichtelijk zijn gemaakt en de relevante categorieën belangen inhoudelijk zijn geanalyseerd, wordt in deze paragraaf stapsgewijs gezien hoe de rechter de belangenafweging methodisch en inhoudelijk vorm kan geven om tot een kinderen mensenrechtenconforme voorlopige hechtenisbeslissing te komen.

3.4.5.1 Selecteren, definiëren en clusteren van belangen

In het kader van de belangenafweging die ten grondslag ligt aan de voorlopige hechtenisbeslissing, dient de rechter allereerst de relevante belangen te selecteren binnen de in paragraaf 3.4.1 geschetste kaders. Ondanks dat het selecteren van belangen een *ad hoc* karakter kent, zullen de te selecteren belangen veelal kunnen worden herleid tot de vier beschreven categorieën belangen: strafvorderlijke belangen, belangen van persoonlijke vrijheid, belangen van een eerlijk proces en pedagogische belangen van vroegtijdig ingrijpen (zie par. 3.4.3). Voorts kan de notie 'belang van het kind' een hulpmiddel zijn voor de rechter bij het identificeren en selecteren van de relevante belangen van de minderjarige verdachte. Zo brengen de 'heteronome' *beschermende* en *sturende* componenten van de notie 'belang van het kind' met zich dat de rechter de mogelijke schadelijke gevolgen van voorlopige hechtenis alsook de mogelijke positieve impact van voorlopige hechtenis op de ontwikkeling van de minderjarige verdachte in de selectie van de belangen van de verdachte moet betrekken. De 'autonome' component van de notie 'belang van het kind' impliceert voorts dat de rechter ook de opvattingen die de minderjarige verdachte zelf heeft over zijn belangen in zijn

289 Vgl. ook hier de notie van de 'ontwikkende vermogens' van het kind (art. 5 IVRK). Hierbij moet benadrukt worden dat het hier puur gaat om het vaststellen van de individuele belangen van de verdachte. De verdachte heeft vanzelfsprekend geen stem in de rechterlijke afweging tussen deze belangen en de publieke belangen die met voorlopige hechtenis worden gediend.

selectieproces moet meenemen. De rechter kan hierbij gebruik maken van de in paragraaf 3.4.4.3 geformuleerde vuistregels.

Om tot een zuivere belangenafweging te kunnen komen, dient de rechter de geselecteerde relevante belangen zoveel mogelijk op een gelijkwaardig abstractieniveau te definiëren. Uitgangspunt is dat de rechter de geselecteerde belangen zo veel mogelijk concretiseert, waardoor recht kan worden gedaan aan de specifieke omstandigheden van het individuele geval. Zo kan de rechter niet volstaan met algemene verwijzingen naar 'strafvorderlijke belangen', 'belangen van persoonlijke vrijheid', 'belangen van een eerlijk proces' en 'belangen van vroegtijdig ingrijpen', maar zal hij zo concreet mogelijk moeten maken waar deze belangen in de betreffende zaak uit bestaan.

Nadat de rechter de relevante belangen heeft geselecteerd en gedefiniëerd, dient hij deze belangen op te delen in twee clusters: 'publieke belangen die met de voorlopige hechtenis worden gediend' en 'individuele belangen van de verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten'. Dit zijn de clusters die de rechter uiteindelijk tegen elkaar zal moeten afwegen. Het cluster 'publieke belangen die met de voorlopige hechtenis worden gediend' bevat de geselecteerde en concreet gedefinieerde belangen die vallen binnen de categorie 'strafvorderlijke belangen'. Het cluster 'belangen van de verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten' kan – aan de hand van de notie 'belang van het kind' – worden gevuld met de geselecteerde en concreet gedefinieerde belangen die zijn te herleiden tot de categorieën 'belangen van persoonlijke vrijheid', 'belangen van een eerlijk proces' en 'pedagogische belangen van vroegtijdig ingrijpen' (zie par. 3.4.3 en 3.4.4).

De belangen die vallen binnen de laatstgenoemde categorie 'pedagogische belangen van vroegtijdig ingrijpen' hebben hierbij een bijzondere positie. In beginsel dienen de publieke belangen die worden gediend met voorlopige hechtenis immers te worden afgewogen tegen de belangen van de verdachte *om zijn proces in vrijheid af te wachten*. Pedagogische belangen van vroegtijdig ingrijpen kunnen zich echter juist verzetten tegen invrijheidstelling van de minderjarige verdachte. Specifiek voor het jeugdstrafrecht is dat 'heteronome' *sturende* overwegingen over wat vanuit pedagogisch oogpunt in het belang van de minderjarige wordt geacht, ook als 'belang van de verdachte' kan worden beschouwd in de belangenafweging die ten grondslag ligt aan een voorlopige hechtenisbeslissing (zie par. 3.4.4). Zo kan het voorkomen dat voorlopige hechtenis door de rechter – bijvoorbeeld op basis van rapportages en adviezen van pedagogisch geschoolde professionals c.q. gedragsdeskundigen – in het pedagogische belang van de minderjarige verdachte wordt geacht. Dergelijke pedagogische belangen kunnen als zodanig de voorlopige hechtenis niet rechtvaardigen,²⁹⁰ maar kunnen de individuele

290 Gebruik van voorlopige hechtenis kan immers slechts op grond van zwaarwegende publieke, strafvorderlijke belangen worden gerechtvaardigd, behoudens de in paragraaf 3.2.2 aangehaalde uitzondering van het belang van bescherming van de veiligheid van de verdachte.

belangen van de verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten wel minder zwaarwegend maken. Hierdoor kan de aanwezigheid van pedagogische belangen van vroegtijdig ingrijpen tot gevolg hebben dat de belangenafweging eerder uitvalt in het voordeel van toepassing van voorlopige hechtenis.

3.4.5.2 *Afwegen van belangen*

Bij de bespreking van de in de literatuur ontwikkelde methoden van belangenafweging is duidelijk geworden dat verschillende methoden potentieel bruikbare elementen bevatten voor de belangenafweging in het kader van de voorlopige hechtenisbeslissing (zie par. 3.3.6). Tegelijkertijd is gebleken dat geen enkele gepresenteerde methode volledig is gevrijwaard van leemtes of knelpunten in het licht van de door het EHRM geformuleerde uitgangspunten betreffende voorlopige hechtenisbeslissingen ten aanzien van minderjarigen. Dit is echter niet verrassend, aangezien deze methoden hoofdzakelijk zijn ontwikkeld als oplossing voor het probleem van botsende grondrechten en in elk geval niet als methoden om tot voorlopige hechtenisbeslissingen te komen. In deze paragraaf wordt getracht om op basis van elementen uit verschillende methoden een model te ontwikkelen dat de rechter kan gebruiken om in concrete zaken tot een kinder- en mensenrechtenconforme belangenafweging en – uiteindelijk – voorlopige hechtenisbeslissing te kunnen komen.²⁹¹

A. Het kader van mensenrechten als gemeenschappelijk gezichtspunt

Indachtig het probleem van incommensurabiliteit, stellen zowel Alexy als Nieuwenhuis zich op het standpunt dat het voor het afwegen van uiteenlopende belangen essentieel is dat een gemeenschappelijk gezichtspunt wordt gecreëerd. Beide rechtswetenschappers hebben een methode van *balancing* ontwikkeld om een oplossing aan te reiken voor de problematiek van botsende grondrechten, waarbij 'de grondwet' als gemeenschappelijk gezichtspunt voor de afweging van de grondrechten fungeert. Hierdoor wordt niet zozeer een vergelijking gemaakt van de belangen onderling, doch een vergelijking van de intensiteit van de (hypothetische) inbreuken op de grondwet ("*constitutional losses*"). Volgens Alexy kan hierbij de intensiteit (ofwel ernst) van de inbreuk – licht, middel, zwaar – als gemeenschappelijke schaal worden gehanteerd.

Uit de benaderingen van Alexy en Nieuwenhuis kan worden afgeleid dat het ook voor de afweging van uiteenlopende belangen in het kader van voorlopige hechtenisbeslissingen essentieel is dat een gemeenschappelijk gezichtspunt wordt gevonden. Als het gaat om een belangenafweging om tot een kinder- en mensenrechtenconforme voorlopige hechtenisbeslissing

291 Hierbij moet worden benadrukt dat niet wordt gepretendeerd dat de in deze paragraaf uiteengezette methode de enige juiste methode is voor de nationale rechter om tot een kinder- en mensenrechtenconforme belangenafweging en voorlopige hechtenisbeslissing te kunnen komen.

te komen, ligt het voor de hand om het – op voorlopige hechtenis betrekking hebbende – kader van (kinder- en) mensenrechten als gemeenschappelijk gezichtspunt te hanteren. Het kader van (kinder- en) mensenrechten strekt wilswaar eerst en vooral tot bescherming van belangen van het individu c.q. de verdachte (lees: belangen van persoonlijke vrijheid, eerlijk proces en pedagogische belangen), maar heeft ook nadrukkelijk oog voor de bescherming van publieke belangen met betrekking tot een deugdelijk verloop van het strafproces (lees: het waarborgen dat de verdachte op zitting verschijnt en de waarheidsvinding niet belemmert) en de bescherming van de samenleving tegen recidivegevaarlijke verdachten en tegen onrust die kan ontstaan door de vroegtijdige vrijlating van een verdachte van een ernstig strafbaar feit. Het EHRM heeft deze publieke belangen immers uitdrukkelijk erkend als ‘algemeen aanvaardbare redenen’ om inbreuk te maken op belangen en rechten van een individu. Deze publieke belangen zijn bovendien uiteindelijk ook terug te voeren tot belangen van individuele burgers en hun mensenrechten. Gesteld kan worden dat zowel toepassing van voorlopige hechtenis als het achterwege blijven daarvan ‘mensenrechtelijke schade’ kan opleveren.²⁹² Hiermee worden de belangen van de samenleving en de belangen van de verdachte commensurabel gemaakt.

B. Afwegen van ‘mensenrechtelijke schade’

In lijn met de oplossingsrichting voor het probleem van incommensurabiliteit, zoals aangedragen door Alexy, kan worden betoogd dat de rechterlijke belangenafweging in het kader van een voorlopige hechtenisbeslissing aldus niet zozeer neerkomt op een afweging van uiteenlopende belangen als zodanig, doch eerder op een afweging van de (ernst van de) ‘mensenrechtelijke schade’ die het toepassen, dan wel het achterwege laten van voorlopige hechtenis met zich kan brengen. Deze benadering vertoont eveneens overeenkomsten met Smith’s methode van gevalsafweging, waarin niet zozeer belangen worden afgewogen, doch hypothetische beslissingen (lees: wel of niet bevelen van voorlopige hechtenis). Hierbij is wel van belang dat het

292 Dit kan – *mutatis mutandis* – ook worden afgeleid uit het in de literatuur gemaakte onderscheid tussen de ‘schildfunctie’ als de ‘zwaardfunctie’ van mensenrechten in het strafrecht. De schildfunctie van mensenrechten verdedigt en beschermt het individu – de verdachte – tegen onrechtmatig en willekeurig strafrechtelijk overheidsingrijpen. De zwaardfunctie van mensenrechten verplicht de overheid daarentegen juist tot strafrechtelijk ingrijpen om de fundamentele rechten van slachtoffers effectief te waarborgen. Zo volgt uit EHRM-rechtspraak dat de verantwoordelijkheid van de Staat om de fundamentele rechten die zijn neergelegd in artikel 2 EVRM (het recht op leven) en artikel 3 EVRM (verbod op foltering en onmenselijke en vernederende behandeling) effectief te garanderen, een positieve verplichting met zich kan brengen om effectief strafrechtelijk te reageren op strafbare feiten die (ernstig) geweld tegen personen opleveren. Zonder te willen betogen dat een rechtmatige toepassing van voorlopige hechtenis moet voortkomen uit een positieve verplichting van de overheid die voortvloeit uit het EVRM, laat dit wel treffend zien dat niet alleen de inzet van het strafrecht, maar ook het achterwege blijven daarvan, schade kan berokkenen aan belangen van individuen en hun mensenrechten. Zie Tulkens 2011, p. 577-595.

EHRM de rechter expliciet de opdracht geeft om de voorlopige hechtenisbeslissing te funderen op een afweging van alle concrete argumenten voor en tegen invrijheidstelling van de verdachte. De rechter zal derhalve aan de hand van concrete argumenten voor en tegen invrijheidstelling van de verdachte invulling moeten geven aan de te vergelijken hypothetische beslissingen. Dit betekent dat de rechter concreet invulling moet geven aan de twee – in paragraaf 3.4.5.3 onderscheiden – clusters van belangen: ‘publieke belangen die worden gediend met voorlopige hechtenis’ (en dus strekken tot de hypothetische beslissing tot het bevelen van voorlopige hechtenis) en ‘individuele belangen van de verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten’ (en dus strekken tot de hypothetische beslissing tot het achterwege laten van een bevel tot voorlopige hechtenis). Vervolgens dient de rechter de (mogelijke) ‘mensenrechtelijke schade’ van beide hypothetische beslissingen tegen elkaar af te wegen.

Teneinde de (mogelijke) ‘mensenrechtelijke schade’ van de hypothetische beslissing tot toepassing van voorlopige hechtenis, dan wel van het achterwege laten van voorlopige hechtenis te kunnen bepalen, kan de rechter het volgende – door zowel de methode van Alexy als van Smith geïnspireerde – ‘stappenplan’ hanteren. Allereerst dient de rechter per cluster (individuele belangen versus publieke belangen; zie par. 3.4.5.1) te bepalen welke concrete belangen door toepassing van voorlopige hechtenis, dan wel het achterwege blijven daarvan, worden geraakt en wat de hypothetische gevolgen daarvan zijn. Vervolgens dient de rechter – gelet op de concrete belangen die zijn geraakt en de hypothetische gevolgen daarvan – de ernst van de inbreuk op individuele belangen van de verdachte bij toepassing van voorlopige hechtenis, alsook de ernst van de inbreuk op publieke, strafvorderlijke belangen bij het achterwege laten van toepassing van voorlopige hechtenis *in concreto* vast te stellen.²⁹³ Hiermee vangt in wezen de ‘kwalificatiefase’ van de belangenafweging aan: de rechter moet per cluster op de eigen schaal kwalificeren hoe ‘ernstig’ de inbreuk op de daarin opgenomen belangen is. Dit vereist uiteindelijk – wat Scholten noemt – een “sprong”, een oordeel van de rechter (zie par. 3.3.2).²⁹⁴ In veel gevallen zal dit oordeel over de ernst van de inbreuk op basis van de evidentie worden genomen. Pas als de ‘ernst’ van de inbreuk niet direct duidelijk is, wordt de rechter gedwongen tot verdieping.

In dat geval zou de rechter bijvoorbeeld gebruik kunnen maken van de vergelijkingsmethode van Wiarda. Door de inbreuk op de belangen in het onderhavige geval te vergelijken met imaginaire buurgevallen, kan de rechter de inbreuk in het onderliggende geval positioneren op de geleidelijkheidslijn die loopt van een verwaarloosbare inbreuk op de geclusterde

293 Het gaat hierbij, anders gezegd, om het *in concreto* vaststellen van de ernst van de inbreuk op het individuele belang van de verdachte en de ernst van de inbreuk op het publieke belang in het hypothetische geval dat de inbreuk op het individuele belang van de verdachte achterwege blijft.

294 Scholten 1974, p. 130.

belangen tot een zeer ernstige inbreuk op de geclusterde belangen. Hierbij moet worden opgemerkt dat met name het cluster 'individuele belangen van de verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten' een veelheid aan uiteenlopende belangen kan omvatten die door toepassing van voorlopige hechtenis worden geraakt, hetgeen het bepalen van de ernst van de inbreuk op dit cluster van belangen aanzienlijk kan compliceren. Om de ernst van de inbreuk op de individuele belangen van de verdachte die met voorlopige hechtenis gepaard zou gaan scherp te krijgen, dient de rechter dan ook de onderlinge verhouding tussen de verschillende – in paragrafen 3.4.3.2 – 3.4.3.4 onderscheiden – categorieën individuele belangen van de verdachte die door de voorlopige hechtenis worden geraakt in ogenschouw te nemen. Hiervoor kan de rechter gebruik maken van de in paragraaf 3.4.4 beschreven notie van het 'belang van het kind' en de daarbij geformuleerde vuistregels.

Tot slot dient de rechter, nadat de hij de ernst van de (hypothetische) inbreuk op beide clusters van belangen op hun eigen schaal heeft vastgesteld, een vertaalslag te maken naar een gemeenschappelijk gezichtspunt en schaal: de ernst van de inbreuk op belangen die in het – op voorlopige hechtenis betrekking hebbende – kader van (kinder- en) mensenrechten zijn erkend. Hierbij staat de rechter voor de vraag gesteld wat de ernst is van de 'mensenrechtelijke schade' indien hij zou beslissen tot toepassing van voorlopige hechtenis en daarmee inbreuk maakt op de individuele belangen van de verdachte, alsook wat de ernst is van de 'mensenrechtelijke schade' indien hij zou beslissen tot het achterwege laten van voorlopige hechtenis en daarmee inbreuk maakt op de publieke belangen die met voorlopige hechtenis zouden worden gediend. Aangezien de rechter – volgens het in dit hoofdstuk gepresenteerde besluitvormingsschema – het kader van kinder- en mensenrechten al van meet af aan als gezichtspunt neemt bij het proces van selecteren, definiëren, clusteren en afwegen van de belangen, is de vertaalslag van de (ernst van de) inbreuk op deze belangen naar het concept 'mensenrechtelijke schade' vooral terminologisch van aard.²⁹⁵ Dit houdt concreet in dat de ernst van de inbreuk op de individuele belangen van de verdachte en de publieke belangen die met voorlopige hechtenis worden gediend tevens de 'mensenrechtelijke schade' bepaalt die het bevelen van voorlopige hechtenis, dan wel het achterwege laten daarvan, met zich brengt. Uiteindelijk zal de rechter een afweging moeten maken, waarbij de hypothetische beslissing die de minste 'mensenrechtelijke schade' oplevert de voorkeur zal moeten krijgen. Ook dit veronderstelt uiteindelijk een "sprong", een rechterlijk oordeel, dat – in de woorden van Scholten – onvermijdelijk "tegelijk en intellectueel en intuïtief" zal zijn, maar wel logisch en op basis van gezaghebbende (juridische) argumenten moet worden verantwoord.²⁹⁶

295 Na deze terminologische vertaalslag wordt niet langer gesproken over de ernst van de inbreuk op (het cluster van) belangen, maar in termen van 'mensenrechtelijke schade'.

296 Vgl. Scholten 1974, p. 130-132.

Vertaald naar de metafoor van de belangenafweging betekent dit dat indien de hypothetische beslissing tot toepassing van voorlopige hechtenis minder 'mensenrechtelijke schade' oplevert dan de hypothetische beslissing tot het achterwege laten van voorlopige hechtenis, de 'publieke belangen die met voorlopige hechtenis worden gediend' in dat geval zwaarder wegen dan de 'individuele belangen van de verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten'. Andersom geldt dat als de hypothetische beslissing tot het achterwege laten van voorlopige hechtenis minder 'mensenrechtelijke schade' oplevert dan de hypothetische beslissing tot toepassing van voorlopige hechtenis, de 'individuele belangen van de verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten' in dat geval zwaarder wegen dan de 'publieke belangen die met voorlopige hechtenis worden gediend'. Hiermee vormt de relatieve gewichtsbepaling van de (clusters van) belangen in wezen het sluitstuk van het afwegingsproces.²⁹⁷

C. Een patstelling?

Gelet op de mogelijke complexiteit van het bepalen van de ernst van de inbreuk die de hypothetische beslissingen hebben op de tegenover elkaar staande clusters van belangen en van de daaropvolgende vertaalslag naar de ernst van de 'mensenrechtelijke schade', is het denkbaar dat het voor de rechter na het volgen van het zojuist (onder B) gepresenteerde stappenplan niet evident is welke hypothetische beslissing de minste concrete 'mensenrechtelijke schade' oplevert. In dat geval is sprake van een patstelling.²⁹⁸ Voor deze situatie biedt Nieuwenhuis' methode van generaliseren/concretiseren mijns inziens uitkomst. Als de concrete 'mensenrechtelijke schade' van de hypothetische beslissingen tot toepassing van voorlopige hechtenis, dan wel het achterwege laten daarvan in evenwicht blijft, dient de rechter terug te grijpen naar de *abstracte* verhouding tussen 'individuele belangen van de verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten' en de 'publieke belangen die worden gediend met voorlopige hechtenis' binnen het internationale kader van kinder- en mensenrechten.

Vanuit internationaal kinder- en mensenrechtenperspectief bezien, is de generale (c.q. abstracte) rangorde tussen beide clusters van belangen duidelijk. Gelet op het mensenrechtelijke uitgangspunt dat de verdachte zijn proces in vrijheid mag afwachten en dat voorlopige hechtenis van minderjarigen slechts als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke duur mag worden toegepast, is het evident dat het cluster van individuele belangen van de verdachte *in abstracto* een hoger beschermingsniveau toekomt. De publieke belangen die met voorlopige hechtenis kunnen worden gediend kunnen op grond van het internationaal kader van kinder- en mensenrech-

297 Dit lijkt aan te sluiten bij Smith's observatie dat de relatieve gewichtsbepaling van belangen in feite niet meer is dan het sluitstuk is van het afwegingsproces. Zie paragraaf 3.3.6.3, waarin wordt verwezen naar Smith 2006, p. 144-146.

298 Eén van de voornaamste kritieken op de methode van Alexy is dat hij geen duidelijke oplossing biedt voor situatie waarin een patstelling optreedt.

ten enkel als uitzondering een inbreuk op de individuele belangen van de verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten rechtvaardigen. Dit impliceert dat in een concreet geval enkel de (concrete) ernst van de inbreuk op de publieke belangen die zouden worden gediend met voorlopige hechtenis een uitzondering op deze abstracte rangorde kan rechtvaardigen.

Vertaald naar de metafoor van de belangenafweging betekent dit dat *in abstracto* als uitgangspunt heeft te gelden dat de individuele belangen van de minderjarige verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten zwaarder wegen dan publieke belangen die worden gediend met voorlopige hechtenis. Hiervan kan slechts worden afgeweken indien *in een concreet geval* de inbreuk op de publieke belangen door het achterwege laten van voorlopige hechtenis meer 'mensenrechtelijke schade' oplevert dan de inbreuk op de individuele belangen van de minderjarige verdachte door het toepassen van voorlopige hechtenis.²⁹⁹ Bij een patstelling op concreet niveau, herleeft derhalve het abstracte uitgangspunt dat de verdachte zijn proces in vrijheid mag afwachten.³⁰⁰

3.4.5.3 De uitkomst van de belangenafweging

Indien het achterwege laten van een bevel tot voorlopige hechtenis volgens de rechter meer concrete 'mensenrechtelijke schade' zal opleveren dan toepassing van voorlopige hechtenis, dient de rechter in zijn beslissing af te wijken van het (abstracte) mensenrechtelijke uitgangspunt dat de verdachte zijn proces in vrijheid mag afwachten. Alvorens over te gaan tot een bevel tot voorlopige hechtenis dient de rechter nog wel een 'redelijke' duur van het bevel vast te stellen ('stap vijf' van het besluitvormingsschema; par. 3.2.5). Overigens kan de rechter bij de belangenafweging ('stap vier' van het besluitvormingsschema) reeds anticiperen op de duur van het bevel tot voorlopige hechtenis, daar de duur van de voorlopige hechtenis een relevante factor kan zijn bij het bepalen van de ernst van de inbreuk op de indi-

299 Anders dan Nieuwenhuis stelt in zijn methode van generaliseren/concretiseren, kan hierbij mijns inziens niet worden volstaan met het *in abstracto* beoordelen van het soortelijk gewicht van de botsende belangen en vervolgens het *in concreto* beoordelen van enkel de inbreuk op het belang met het lichtste soortelijk gewicht. Het EHRM eist immers uitdrukkelijk dat niet alleen de argumenten tegen invrijheidstelling van de verdachte (oftewel: de ernst van de inbreuk op het publieke belang dat met voorlopige hechtenis wordt gediend als gevolg van de hypothetische beslissing tot het achterwege laten van een bevel tot voorlopige hechtenis), maar ook de argumenten voor invrijheidstelling (oftewel: de ernst van de inbreuk op de individuele belangen van de verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten als gevolg van de hypothetische beslissing tot toepassing van voorlopige hechtenis) *in concreto* worden beoordeeld. Zie paragraaf 3.3.6.3.

300 Dit volgt ook uitdrukkelijk uit de rechtspraak van het EHRM, waarin wordt overwogen dat slechts van dit (abstracte) uitgangspunt mag worden afgeweken indien de publieke belangen die met voorlopige hechtenis worden gediend in het concrete geval *zwaarder* wegen dan ("*outweighs*") de individuele belangen van de verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten (zie par. 3.2.4).

viduele belangen van de verdachte en derhalve ook voor de ‘mensenrechtelijke schade’ die een dergelijk bevel met zich kan brengen.

In het geval dat de rechter er niet van overtuigd is dat het achterwege laten van een bevel tot voorlopige hechtenis meer concrete mensenrechtelijke schade oplevert dan toepassing van voorlopige hechtenis, dient de rechter vast te houden aan het (abstracte) mensenrechtelijke uitgangspunt dat de verdachte zijn proces in vrijheid mag afwachten. Dit betekent echter niet dat de verdachte per definitie *onvoorwaardelijk* in vrijheid moet worden gesteld. Als de toepassing van voorlopige hechtenis de proportionaliteitstoets *stricto sensu* (lees: belangenafweging ofwel ‘stap vier’ van het besluitvormingsschema; par. 3.2.4) niet doorstaat, dient de rechter een stap terug te doen en zich opnieuw te buigen over minder ingrijpende alternatieven voor voorlopige hechtenis (de noodzakelijkheidstoets ofwel ‘stap drie’ van het besluitvormingsschema; par. 3.2.3).

Alternatieven werden weliswaar eerder ontoereikend geacht om tegemoet te komen aan de strafvorderlijke belangen die met voorlopige hechtenis zouden worden gediend. Niettemin kunnen deze alternatieven mogelijk toch enigszins tegemoet komen aan deze strafvorderlijke belangen en wel zonder een disproportionele inbreuk te maken op de individuele belangen van de verdachte. Wel is hiervoor vereist dat de alternatieve interventies op zijn minst enigszins geschikt worden geacht om tegemoet te komen aan de strafvorderlijke belangen met oog waarop aanvankelijk voorlopige hechtenis werd overwogen. Alternatieve interventies die daarvoor niet geschikt zijn, zullen immers noch de noodzakelijkheids- c.q. subsidiariteitstoets, noch de proportionaliteitstoets *stricto sensu* doorstaan.³⁰¹

3.5 TOT BESLUIT; EEN DRIETAL REFLECTIES OP HET GEÏNTRUCUEERDE BESLISSINGSSCHEMA

In dit hoofdstuk is gepoogd op basis van EHRM-rechtspraak, andere kinderen mensenrechtenstandaarden en literatuur een besluitvormingsschema te ontwikkelen dat de nationale rechter kan helpen om in jeugdstrafzaken – op een methodisch zuivere wijze – tot een kinder- en mensenrechtenconforme voorlopige hechtenisbeslissing te komen. In deze paragraaf wordt besloten

301 Ook al gaat het bij de proportionaliteitstoets *stricto sensu* niet zozeer om de beoordeling van de verhouding tussen het te kiezen middel en de doelstellingen die worden nagestreefd (zie par. 3.2.4), de geschiktheid van een middel om de doelstellingen te verwezenlijken kan toch van invloed zijn in deze toets. De beoordeling van de verhouding tussen het gewicht van verwezenlijking van de doelstellingen en het gewicht van de rechten en belangen die zullen worden aangetast, kan immers niet volledig los worden gezien van de mate waarin het middel geschikt is om deze doelstellingen te verwezenlijken, evenals van de mate waarin het middel inbreuk maakt op de betreffende rechten en belangen. Dit is bij uitstek relevant voor het continuüm aan interventies tussen de voorlopige hechtenis als ene uiterste en de onvoorwaardelijke invrijheidstelling als andere uiterste.

met een drietal bespiegelingen over het gepresenteerde besluitvormingsschema betreffende: het vertrekpunt van het besluitvormingsschema (par. 3.5.1), het belang van transparante besluitvorming (par. 3.5.2) en de toepasbaarheid van het besluitvormingsschema in de nationale context (par. 3.5.3).

3.5.1 Voorlopige hechtenis als vertrekpunt?

Het uit EHRM-rechtspraak gedestilleerde ‘vijf-stappenplan’ dat in dit hoofdstuk is gepresenteerd, kan door de nationale rechter worden gebruikt om te beoordelen of toepassing van voorlopige hechtenis van een minderjarige verdachte in een concreet geval gerechtvaardigd is (zie voor een beknopt overzicht: schema 3.A aan het einde van dit hoofdstuk). In dit besluitvormingsschema wordt de voorlopige hechtenis als vertrekpunt van de besluitvorming genomen. Dit is niet vreemd als men bedenkt dat het schema is gebaseerd op EHRM-rechtspraak over klachten inzake vermeende schendingen van artikel 5 EVRM. Met andere woorden: het EHRM beoordeelt *achteraf* of toepassing van voorlopige hechtenis in een concreet geval gerechtvaardigd kon worden in het licht van het EVRM, hetgeen impliceert dat de voorlopige hechtenis – als voldongen feit – het vertrekpunt vormt van de besluitvorming van het EHRM. Het is echter de vraag of het EHRM ditzelfde vertrekpunt voor ogen heeft als het gaat om beslissingen van nationale rechters over het al dan niet toepassen van dwangmiddelen ten aanzien van een verdachte in een lopende zaak.

Uit rechtspraak van het EHRM volgt immers het uitgangspunt dat de verdachte in beginsel zijn proces in vrijheid mag afwachten en dat voorlopige hechtenis van minderjarigen slechts als uiterste middel en voor de kortst mogelijke duur mag worden toegepast. Dit veronderstelt een continuüm met als ene uiterste de onvoorwaardelijke invrijheidstelling van de verdachte, hetgeen als uitgangspunt heeft te gelden, en als andere uiterste de voorlopige hechtenis van de verdachte, hetgeen als ultimum remedium heeft te gelden. Het ligt dan ook voor de hand dat in de besluitvorming van de nationale rechter niet de voorlopige hechtenis, maar de onvoorwaardelijke invrijheidstelling van de verdachte als vertrekpunt moet worden genomen. Hierbij beoordeelt de nationale rechter niet zozeer de rechtvaardiging van voorlopige hechtenis, doch eerder de noodzaak om in het concrete geval af te wijken van het uitgangspunt dat de verdachte zijn proces in (onvoorwaardelijke) vrijheid mag afwachten. Indien er relevante en voldoende redenen zijn om af te wijken van dit uitgangspunt, dan dient het minst ingrijpende dwangmiddel te worden ingezet dat volstaat om de – uit de relevante en voldoende redenen voortvloeiende – doelstellingen te verwezenlijken. Voorlopige hechtenis komt in deze benadering pas voor toepassing in aanmerking als alle andere middelen daartoe ontoereikend worden geacht.

Deze wijziging van het vertrekpunt van de besluitvorming zou binnen de kaders van het in dit hoofdstuk gepresenteerde besluitvormingsschema als volgt vorm kunnen krijgen:

- 1) Is er sprake van een 'redelijke verdenking' dat de verdachte zich heeft schuldig gemaakt aan een strafbaar feit?
- 2) Is er sprake van een 'relevante en voldoende reden' om af te wijken van het uitgangspunt dat de verdachte zijn proces in (onvoorwaardelijke) vrijheid mag afwachten?
- 3) Welk dwangmiddel moet noodzakelijkerwijs ten aanzien van de verdachte worden ingezet om de – uit de betreffende 'relevante en voldoende reden' voortvloeiende – doelstelling te kunnen verwezenlijken? Hierbij geldt als uitgangspunt dat het minst ingrijpende middel steeds de voorkeur verdient, waarbij de voorlopige hechtenis slechts als uiterste middel voor toepassing in aanmerking kan komen (subsidiariteit).
- 4) Weegt het belang van verwezenlijking van deze doelstellingen, met inachtneming van de onschuldpresumptie, zwaarder dan de inbreuk die met het daarvoor noodzakelijke middel wordt gemaakt op het belang van de verdachte om zijn proces in (onvoorwaardelijke) vrijheid af te wachten? (proportionaliteit *stricto sensu*)
- 5) Voor welke duur is een inzet van het dwangmiddel, gelet op de voorgaande vier criteria, aanstonds gerechtvaardigd? Hierbij geldt als uitgangspunt dat in elk geval voorlopige hechtenis van minderjarigen slechts voor de kortst mogelijke duur mag worden toegepast.

Een dergelijke (alternatieve) benadering van het vertrekpunt van de besluitvorming over voorlopige hechtenis van minderjarige verdachten doet overigens niet af aan de validiteit van het in het onderhavige hoofdstuk gepresenteerde, uit EHRM-rechtspraak gedestilleerde besluitvormingsschema. In wezen kunnen nog steeds dezelfde 'stappen' worden onderscheiden. Ook de inhoudelijke overwegingen en zelfs de uitkomsten van de besluitvorming hoeven niet anders te zijn. Toch zou kunnen worden betoogd dat deze benadering meer erkenning geeft aan het kinder- en mensenrechtelijke uitgangspunt dat voorlopige hechtenis slechts als uiterste middel mag worden toegepast (zie schema 3.B aan het einde van dit hoofdstuk).

3.5.2 Een transparant besluitvormingsschema

Een tweede overdenking betreft de potentie van het besluitvormingsschema om een waarborg te bieden tegen subjectiviteit en vooringenomenheid binnen het rechterlijke besluitvormingsproces.³⁰² Voorop moet worden gesteld dat rechterlijke besluitvorming nooit volledig gevrijwaard kan worden van elke vorm van (onbewuste) subjectiviteit en vooringenomenheid.³⁰³

302 Dit is deels aan de orde gekomen bij de bespreking van de belangenafweging als beslismethode (par. 3.3.2), maar is relevant voor het besluitvormingsschema als geheel.

303 Zie o.m.: Smith 2006, p. 145-146; Da Silva 2011, p. 285-292; Deelen 2015, p. 356-363.

Een gestructureerd besluitvormingsschema dat concreet sturing geeft aan het besluitvormingsproces kan echter wel bijdragen aan het beperken van (onbewuste) subjectieve invloeden op de besluitvorming.³⁰⁴

De rechter heeft binnen het in dit hoofdstuk gepresenteerde besluitvormingsschema wel een zekere discretionaire beslisruimte om te bepalen of in een concreet geval aan de criteria voor voorlopige hechtenis is voldaan en om de relevante belangen af te wegen. Deze ruimte is ook nodig om flexibel te kunnen inspelen op de omstandigheden van het geval en de individuele behoeften van de minderjarige.³⁰⁵ Tegelijkertijd brengt dit mee dat verschillende rechters in eenzelfde zaak tot uiteenlopende voorlopige hechtenisbeslissingen kunnen komen. In veel zaken bestaat dan ook niet zoiets als 'één juiste beslissing'. Het op voorlopige hechtenis betrekking hebbende internationale kader van kinder- en mensenrechten eist ook niet zozeer van de rechter dat hij in elke zaak 'de enige juiste' voorlopige hechtenisbeslissing vindt en neemt, doch dat hij komt tot een rechtmatige en niet-willekeurige voorlopige hechtenisbeslissing. Het kan evenwel voorkomen dat in een bepaald geval zowel de beslissing om de verdachte in voorlopige hechtenis te nemen als de beslissing om de verdachte in vrijheid te stellen kinder- en mensenrechtenconform (lees: rechtmatig en niet-willekeurig) kan zijn.³⁰⁶ De rechter dient wel altijd inzichtelijk te maken hoe hij invulling heeft gegeven aan zijn discretionaire beslisruimte door middel van een deugdelijke motivering van zijn voorlopige hechtenisbeslissing.

Een gestructureerd besluitvormingsschema, zoals in dit hoofdstuk is aangereikt, kan slechts een waarborg bieden tegen (onbewuste) subjectiviteit en vooringenomenheid indien de rechter dit schema transparant toepast. Concreet betekent dit dat de rechter in de motivering van zijn voorlopige hechtenisbeslissing met verwijzing naar de concrete omstandigheden van het geval inzicht zal moeten geven in de wijze waarop hij invulling heeft gegeven aan de vijf stappen van het besluitvormingsschema. Hiermee dwingt de rechter zichzelf tot rationalisering en maakt hij zijn oordeel bovendien controleerbaar.³⁰⁷ Zonder een dergelijke motivering blijft het immers onduidelijk of een voorlopige hechtenisbeslissing in overeenstemming is met de kinder- en mensenrechtelijke criteria voor een rechtmatige en niet-willekeurige toepassing van voorlopige hechtenis. Hiermee moet deze motiveringsplicht als zodanig worden beschouwd als een minimumvoor-

304 Deelen 2015, p. 362.

305 Ook vanuit kinderrechtenperspectief wordt het leveren van 'maatwerk' beschouwd als essentieel voor de verwezenlijking van de (pedagogische) doelstellingen van het jeugdstrafrecht. Vgl. regel 6.1 Beijing Rules.

306 Volgens Barak (1989, p. 40) zijn dit de lastigste gevallen en tevens de enige gevallen waarin de rechter daadwerkelijk beschikt over 'judicial discretion': *"In these situations, the choice is not between lawful and unlawful, but between lawful and lawful. A number of lawful solutions exist."*

307 Vgl. Coffin 1988, p. 23; Gerards 2006, p. 6; Den Houdijker 2007, p. 175; Den Houdijker 2012, p. 169; Deelen 2015, p. 359 en 362.

waarde voor een kinder- en mensenrechtenconforme voorlopige hechtenisbeslissing (vgl. par. 2.3.2 en par. 2.4.3.6).³⁰⁸

3.5.3 Toepasbaarheid in de nationale context

Een derde overdenking heeft betrekking op de toepasbaarheid van het in dit hoofdstuk gepresenteerde besluitvormingsschema in de nationale context. Het besluitvormingsschema is ontwikkeld op basis van uitsluitend *Europese en internationale* standaarden voor voorlopige hechtenis van minderjarigen en zal dan ook op nationaal niveau nader invulling moeten krijgen. Conformiteit met nationale wetgeving wordt uitdrukkelijk voorgeschreven door het rechtmatigheidsvereiste als neergelegd in artikel 5, eerste lid (c) EVRM, artikel 9, eerste lid IVBPR en artikel 37(b) IVRK en is dus een essentiële voorwaarde voor een kinder- en mensenrechtenconforme toepassing van voorlopige hechtenis (zie hoofdstuk 2). Het gepresenteerde besluitvormingsschema leent zich dan ook niet voor een 'zelfstandige' toepassing. De nationale rechter zal het besluitvormingsschema derhalve moeten inpassen in het nationale voorlopige hechtenissysteem, rekening houdend met het wettelijke kader, het bestaande stelsel van instanties en voorzieningen en de praktische mogelijkheden en beperkingen in de nationale context.

Voorts zou ook de *praktische* toepasbaarheid van het in dit hoofdstuk gepresenteerde besluitvormingsschema vragen kunnen oproepen. Duidelijk is immers dat dit besluitvormingsschema, in het bijzonder het model voor de belangenafweging, veel van de rechter vraagt. Een rechter zou volgens dit schema in iedere individuele zaak op basis van een behoorlijk aantal stappen en (complexe) overwegingen tot een kinder- en mensenrechtenconforme voorlopige hechtenisbeslissing moeten komen. Hierbij kan echter wel de kanttekening worden geplaatst dat met name de stappen die de rechter volgens het besluitvormingsschema in het kader van de belangenafweging zou moeten maken theoretisch weliswaar uit elkaar kunnen worden getrokken, maar in de praktijk (deels) zullen overlappen. Zo zal bijvoorbeeld het selecteren, definiëren en clusteren van de relevante belangen in het besluitvormingsproces van rechters in de praktijk veelal door elkaar lopen, dan wel samenvallen. Dit geldt ook voor het in kaart te brengen van de (hypothetische) gevolgen die de – met het wel/niet toepassen van voorlopige hechtenis gepaard gaande – inbreuk op de belangen met zich brengt en het bepalen van de ernst van de inbreuk op die belangen. Voorts hoeft de terminologische 'vertaalslag' naar het concept van 'mensenrechtelijke schade' niet per se te worden geëxpliciteerd in de voorlopige hechtenisbeslissing, daar dit vooral dient als hulpmiddel in het beslisproces van de rechter die wordt geconfronteerd met botsende, ogenschijnlijk incommensurabele belangen.

308 Bovendien kan een heldere uitleg – in bewoordingen die voor de minderjarige begrijpelijk zijn – bijdragen aan de acceptatie van de beslissing door de minderjarige, hetgeen op basis van pedagogische inzichten kan worden beschouwd als een belangrijke voorwaarde voor effectief jeugdstrafrechtelijk ingrijpen (vgl. par. 3.4.3.4).

Hierdoor kan het zijn dat de praktische toepassing van het besluitvormings-schema minder complex is dan de theoretische onderbouwing van het besluitvormingsschema wellicht doet vermoeden.

Toch is de toepasbaarheid van het gepresenteerde besluitvormings-schema in de nationale rechtspraak een belangrijk vraagstuk dat niet mag worden genegeerd. Hiervoor is het van belang om een goed beeld te krijgen van het nationale wettelijke kader en de wijze waarop rechters in de praktijk komen tot hun voorlopige hechtenisbeslissingen ten aanzien van minderjarige verdachten. Dit zal in de volgende hoofdstukken, die zijn toegespitst op de Nederlandse wet en praktijk, uitvoerig aan de orde komen. Beoogd wordt om uiteindelijk in hoofdstuk 10 uiteen te zetten hoe rechters in de Nederlandse jeugdstrafrechtspraak, met inachtneming van de Nederlandse wettelijke regeling en het stelsel van betrokken instanties, tot kinder- en mensenrechtenconforme voorlopige hechtenisbeslissingen zouden kunnen komen.

*Schema 3.A: Het uit EHRM-rechtspraak gedestilleerde besluitvormingsschema
voor voorlopige hechtenisbeslissingen van de nationale rechter:*

Het besluitvormingsschema bestaat uit vijf stappen die de nationale rechter kan doorlopen om tot kinder- en mensenrechtenconforme voorlopige hechtenisbeslissingen te komen:

- 1) Is er sprake van een ‘redelijke verdenking’ dat de verdachte zich heeft schuldig gemaakt aan een strafbaar feit?
- 2) Is er sprake van ‘relevante en voldoende redenen’ die toepassing van voorlopige hechtenis zouden kunnen rechtvaardigen? Hierbij geldt als uitgangspunt dat verdachten in beginsel hun proces in vrijheid mogen afwachten.
- 3) Is voorlopige hechtenis ‘strikt noodzakelijk’ om de – uit de betreffende ‘relevante en voldoende redenen’ voortvloeiende – doelstellingen te kunnen verwezenlijken of kan worden volstaan met minder ingrijpende middelen dan voorlopige hechtenis? (subsidiariteit)
- 4) Weegt het belang van verwezenlijking van deze doelstellingen door middel van voorlopige hechtenis, met inachtneming van de onschuld-presumptie, zwaarder dan de inbreuk die met de voorlopige hechtenis wordt gemaakt op het belang van de verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten? (proportionaliteit *stricto sensu*)

Om tot een methodisch zuivere belangenafweging te kunnen komen, kan de rechter de volgende vier stappen volgen:

- I. Selecteer de ‘relevante’ belangen.
- II. Definieer de geselecteerde belangen zo concreet mogelijk.
- III. Cluster de geselecteerde belangen: ‘publieke belangen die met de voorlopige hechtenis worden gediend’ *versus* ‘individuele belangen van de verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten’.
- IV. Weeg de (geclusterde) belangen tegen elkaar af.

De rechter kan de belangen afwegen door de volgende drie (denk)stappen te nemen:

- i. Op welke belangen wordt inbreuk gemaakt als voorlopige hechtenis wel/niet zou worden toegepast en wat zijn de (hypothetische) gevolgen daarvan?
- ii. Wat is de ernst van de inbreuk op die belangen als gevolg van het wel/niet toepassen van voorlopige hechtenis?
- iii. Wat is de concrete ‘mensenrechtelijke schade’ als gevolg van het wel/niet toepassen van voorlopige hechtenis?

Hierbij geldt als uitgangspunt dat *in abstracto* de individuele belangen van de minderjarige verdachte om zijn proces in vrijheid af te wachten zwaarder wegen dan de publieke belangen die worden gediend met voorlopige hechtenis, tenzij *in het concrete geval* de inbreuk op de publieke belangen door het achterwege laten van voorlopige hechtenis meer 'mensenrechtelijke schade' oplevert dan de inbreuk op de individuele belangen van de minderjarige verdachte door toepassing van voorlopige hechtenis. Slechts dan zal de rechter de onder stap 4) geformuleerde vraag bevestigend kunnen beantwoorden.

Indien de rechter vraag 1) tot en met 4) bevestigend beantwoordt, is toepassing van voorlopige hechtenis noodzakelijk en gerechtvaardigd. De rechter zal dan moeten bepalen voor welke duur hij de voorlopige hechtenis beveelt. Hiermee staat hij voor de volgende vraag gesteld:

- 5) Voor welke duur is een bevel tot voorlopige hechtenis, gelet op de voorgaande vier criteria, aanstonds gerechtvaardigd?

Uiteindelijk moeten deze vijf stappen waarborgen dat voorlopige hechtenis van minderjarigen slechts als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke duur wordt toegepast. Dit uitgangspunt moet de rechter bij elke stap voor ogen houden.

Schema 3.B: Het 'alternatieve' besluitvormingsschema voor beslissingen van de nationale rechter over de inzet van dwangmiddelen ten aanzien van minderjarige verdachten (zie par. 3.5.1):

Het in paragraaf 3.5.1 gepresenteerde 'alternatieve' besluitvormingsschema bestaat uit vijf stappen die de nationale rechter kan doorlopen om te komen tot kinder- en mensenrechtenconforme beslissingen over de inzet van (vrijheidsbenemende, vrijheidsbeperkende of alternatieve) dwangmiddelen ten aanzien van minderjarige verdachten in de voorfase van het strafproces:

- 1) Is er sprake van een 'redelijke verdenking' dat de verdachte zich heeft schuldig gemaakt aan een strafbaar feit?
- 2) Is er sprake van een 'relevante en voldoende reden' om af te wijken van het uitgangspunt dat de verdachte zijn proces in (onvoorwaardelijke) vrijheid mag afwachten?
- 3) Welk dwangmiddel moet noodzakelijkerwijs ten aanzien van de verdachte worden ingezet om de – uit de betreffende 'relevante en voldoende reden' voortvloeiende – doelstellingen te kunnen verwezenlijken? Hierbij geldt als uitgangspunt dat het minst ingrijpende middel steeds de voorkeur verdient, waarbij de voorlopige hechtenis slechts als uiterste middel voor toepassing in aanmerking kan komen (subsidiariteit).
- 4) Weegt het belang van verwezenlijking van deze doelstellingen, met inachtneming van de onschuldpresumptie, zwaarder dan de inbreuk die met het daarvoor noodzakelijke middel wordt gemaakt op het belang van de verdachte om zijn proces in (onvoorwaardelijke) vrijheid af te wachten? (proportionaliteit *stricto sensu*)

Om tot een methodisch zuivere belangenafweging te kunnen komen kan de rechter de volgende vier stappen volgen:

- I. Selecteer de 'relevante' belangen.
- II. Definieer de geselecteerde belangen zo concreet mogelijk.
- III. Cluster de geselecteerde belangen: 'publieke belangen die met het dwangmiddel worden gediend' *versus* 'individuele belangen van de verdachte om zijn proces in (onvoorwaardelijke) vrijheid af te wachten'.
- IV. Weeg de (geclusterde) belangen tegen elkaar af.

De rechter kan de belangen afwegen door de volgende drie (denk)stappen te nemen:

- i. Op welke belangen wordt inbreuk gemaakt als het dwangmiddel wel/niet zou worden toegepast en wat zijn de (hypothetische) gevolgen daarvan?
- ii. Wat is de ernst van de inbreuk op die belangen als gevolg van het wel/niet toepassen van het dwangmiddel?

- iii. Wat is de concrete 'mensenrechtelijke schade' als gevolg van het wel/niet toepassen van het dwangmiddel?

Hierbij geldt als uitgangspunt dat *in abstracto* de individuele belangen van de minderjarige verdachte om zijn proces in (onvoorwaardelijke) vrijheid af te wachten zwaarder wegen dan de publieke belangen die worden gediend met het dwangmiddel, tenzij *in het concrete geval* de inbreuk op de publieke belangen door het achterwege laten van het dwangmiddel meer 'mensenrechtelijke schade' oplevert dan de inbreuk op de individuele belangen van de minderjarige verdachte door toepassing van het dwangmiddel. Slechts dan zal de rechter de onder stap 4) geformuleerde vraag bevestigend kunnen beantwoorden.

Indien de rechter vraag 1) tot en met 4) bevestigend beantwoordt, is toepassing van het dwangmiddel noodzakelijk en gerechtvaardigd. De rechter zal dan moeten bepalen voor welke duur hij het dwangmiddel oplegt. Hiermee staat hij voor de volgende vraag gesteld:

- 5) Voor welke duur is een inzet van het dwangmiddel, gelet op de voorgaande vier criteria, aanstonds gerechtvaardigd? Hierbij geldt als uitgangspunt dat het dwangmiddel niet langer mag voortduren dan redelijk is met het oog op het verwezenlijken van de doelstellingen en dat in elk geval voorlopige hechtenis slechts voor de kortst mogelijke duur mag worden toegepast.