

VU Research Portal

Een niet zo schokkende uitspraak over de ernstig geschokte rechtsorde

Borgers, M.J.

published in

Ars aequi
2007

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J. (2007). Een niet zo schokkende uitspraak over de ernstig geschokte rechtsorde. *Ars aequi, maart*, 245-252. Article 246.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Een niet zo schokkende uitspraak over de ernstig geschokte rechtsorde

Prof. mr. M.J. Borgers

AA2007-09

HR 21 maart 2006, LJN: AU8131, NJ 2006, 246, m.nt. T.M. Schalken (Bleichrodt, Corstens, Balkema, Van Dorst en Ilsink; A-G Vellinga)

Inleiding

Enkele jaren geleden was Nederland vrij plotseling in de ban van een grote stroom personen die via de nationale luchthaven Schiphol drugs – en dan met name cocaïne – Nederland probeerden binnen te smokkelen. De stroom smokkelaars, onder wie veel zogeheten bolletjesslikkers, was zo groot dat het justitie aan voldoende personele en materiele capaciteit ontbrak om alle Nederland binnenkomende smokkelaars in voorlopige hechtenis te nemen en voor de strafrechter te brengen. Om die reden is een tijdelijke noodmaatregel ontwikkeld. Deze noodmaatregel hield in dat van smokkelaars die voor de eerste keer op Schiphol werden aangehouden en die een niet al te grote hoeveelheid drugs bij zich hadden, de drugs in beslag werden genomen en dat vervolgens de betreffende personen zonder dagvaarding werden heengezonden. Deze ‘stofgerichte aanpak’ zou in combinatie met 100%-controles – waarbij alle reizigers op risicovluchten worden gecontroleerd – ertoe moeten leiden dat de invoer van drugs drastisch zou teruglopen. De grens voor deze noodmaatregel lag van 11 december 2003 tot 22 juli 2005 bij drie kilo cocaïne. Op 22 juli 2005 is de grens verlaagd naar anderhalf kilo. Op 1 januari 2006 is de noodmaatregel komen te vervallen. Vanwege het succes van de aanpak door middel van de stofgerichte aanpak en de 100%-controles kan het Openbaar Ministerie thans weer alle aangehouden cocaïnesmokkelaars vervolgen.¹

De hier besproken beschikking van de Hoge Raad heeft betrekking op een vrouw die de pech heeft om drie dagen na de verlaging van de grens van de tijdelijke noodmaatregel van drie naar anderhalf kilo, te worden gepakt met iets meer dan twee kilo cocaïne. De vrouw wordt dan ook aangehouden. Na ommekomst van de inverzekeringstelling wordt zij aan de rechter-commissaris voorgeleid, die de bewaring beveelt. De rechter-commissaris wijst als grond voor voorlopige hechtenis aan dat er een verdenking bestaat ter zake van een feit waarop naar de wettelijke omschrij-

ving twaalf jaar of meer gevangenisstraf staat, namelijk opzettelijke invoer van cocaïne,² en dat de rechtsorde door dat feit ernstig is geschokt. Andere gronden voor voorlopige hechtenis – vluchtgevaar, recidivegevaar en/of collusiegevaar – zijn niet aan de orde. Dat ligt ook voor de hand gegeven het feit dat de aangehouden vrouw in Nederland woonachtig is en geen strafblad heeft.

Wanneer de officier van justitie de gevangenhouding vordert, vangt hij bot. De vordering gevangenhouding wordt door de rechtbank Haarlem afgewezen. Tegen die beslissing stelt de officier van justitie hoger beroep in, maar dat beroep wordt verworpen. Het cassatieberoep van de advocaat-generaal bij het gerechtshof Amsterdam deelt hetzelfde lot.

Weergave van de overwegingen van rechtbank, gerechtshof en Hoge Raad

3.3.1. De Rechtbank heeft haar beschikking van 3 augustus 2005 als volgt gemotiveerd:

‘Tot 22 juli jl zou de verdachte onder de toen geldende noodmaatregel door het Openbaar Ministerie zonder dagvaarding zijn heengezonden. Met ingang van 22 juli is het beleid van het Openbaar Ministerie verscherpt in die zin, dat koeriers met méér dan 1,5 kilo weer zullen worden vervolgd. De vraag die de rechtbank in dit geval moet beantwoorden is of het noodzakelijk is dat deze verdachte, die terecht zal moeten staan op verdenking van de invoer van ongeveer 2,2 kilo cocaïne, in voorlopige hechtenis of thuis, in Nederland, haar berechting afwacht. Het uitgangspunt bij het toepassen van voorlopige hechtenis is dat de verdachte, hangende de berechting, in vrijheid het proces kan afwachten. De uitzonderingen op deze hoofdregel zijn limitatief opgesomd in artikel 67a van het Wetboek van Strafvordering. Omdat de verdachte in Nederland woont en first offender is, is de enige grond die hier aan de orde is, die waarbij op het vermoedelijk begane feit twaalf jaar gevangenis is gesteld en de rechtsorde daardoor ernstig is geschokt.

De officier van justitie en de raadsman hebben er terecht op gewezen dat volgens het Europese Hof (Letellier, Smirnova) één van de aanvaardbare redenen om af te wijken van genoemd uitgangspunt is “public disorder” en dat,

1 De hier vermelde gegevens zijn ontleend aan de conclusie van A-G Vellinga voor de hier besproken uitspraak, onder 3, en de door hem genoemde kamerstukken. Zie in aanvulling daarop

nog *Kamerstukken II* 2006/07, 28 192, nr. 41, p. 4.

2 Zie art. 2, onder A, jo. art. 10 lid 5 Opiumwet.

om dit te kunnen aannemen, moet worden onderzocht of er concrete aanwijzingen zijn dat de vrijlating van de verdachte daadwerkelijk een verstoring van de openbare orde zal veroorzaken. De door het Europese Hof genoemde “public disorder” krijgt in de Nederlandse wet gestalte in de “geschokte rechtsorde”. Voor de vraag of de rechtsorde geschokt is, is in elk geval niet uitsluitend bepalend de hoogte van de straf die op het feit is gesteld. Daarnaast zal moeten worden aangenomen dat het feit zo ernstig is, dat het met de heersende rechtsovertuiging zou strijden en het in de samenleving onbegrijpelijk en onaanvaardbaar zou worden gevonden dat de verdachte haar berechting in vrijheid zou mogen afwachten.

Met de raadsman is de rechtbank van oordeel dat de uitvoering van de noodmaatregel – wellicht onbedoeld – concrete aanwijzingen heeft opgeleverd dat dit laatste in gevallen als het onderhavige, niet aan de orde is. Noch het invoeren, noch het voortduren van de tijdelijke maatregel, hoe noodzakelijk wellicht ook, is in de samenleving aantoonbaar op onrust, verontwaardiging of verzet gestuit omdat de bewuste feiten een grove aantasting van de rechtsorde zouden betekenen. Gedurende de betrekkelijk lange periode – anderhalf jaar – waarin een grote stroom van koeriers zoals verdachte is heengezonden, is vanuit de samenleving geen waarneembare druk uitgeoefend om de maatregel zo spoedig mogelijk te beëindigen of naar andere oplossingen te zoeken, omdat het heenwenden van verdachten in wezen als onacceptabel werd beschouwd. Ook het onlangs verlagen van de grens van drie kilo naar 1,5 kilo heeft geen enkele reactie losgemaakt waaruit dit laatste kan worden afgeleid. In andere woorden, voor zover het gaat om deze vorm van overtreding van de Opiumwet, waarbij een koerier zich louter heeft schuldig gemaakt aan het, als first offender, op Schiphol binnen Nederland brengen van minder dan drie kilo cocaïne, heeft heenzendend aantoonbaar niet tot grote sociale onrust geleid.

Zo bezien is er geen sprake van een geschokte rechtsorde in de zin van artikel 67a lid 2. Of de vrijlating van deze verdachte daadwerkelijk tot “public disorder” zal leiden, behoeft, gelet hierop, niet meer te worden onderzocht. De rechtbank is, dit alles in aanmerking genomen, van oordeel dat het in de samenleving niet als onbegrijpelijk en onaanvaardbaar zal worden beschouwd dat deze verdachte, die voor 22 juli jl in het geheel niet zou zijn vervolgd, haar berechting thuis, in Nederland, zou mogen afwachten. De vordering tot gevangenhouding zal daarom worden afgevoerd.

3.3.2. Het Hof heeft blijkens de bestreden beschikking als volgt geoordeeld:

‘Het hof is met de rechtbank van oordeel dat er geen sprake is van een geschokte rechtsorde als bedoeld in de zin van artikel 67a, tweede lid onder 1e Wetboek van Strafvordering. Nu er geen andere gronden zijn gesteld, waarop in dit geval een bevel gevangenhouding kan worden gesteld, dient het beroep van de officier van justitie te worden afgewezen.’

3.4. Art. 67a Sv houdt wat betreft de verlening van een op art. 67 Sv gegrond bevel tot voorlopige hechtenis, voorzover hier van belang, het volgende in:

‘1. Een op artikel 67 gegrond bevel kan slechts worden gegeven:

a. (...);

b. indien uit bepaalde omstandigheden blijkt van een gewichtige reden van maatschappelijke veiligheid, welke de onverwijldde vrijheidsbeneming vordert.

2. Een gewichtige reden van maatschappelijke veiligheid kan voor de toepassing van het vorige lid slechts in aanmerking worden genomen:

1°. indien sprake is van verdenking van een feit waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van twaalf jaren of meer is gesteld en de rechtsorde ernstig door dat feit is geschokt.
(...)

3.5. Blijkens zijn onder 3.3.2 weergegeven overweging heeft het Hof, dat de onder 3.3.1 weergegeven overwegingen van de Rechtbank tot de zijne heeft gemaakt, geoordeeld dat door het onderhavige feit de rechtsorde niet ernstig is geschokt in de zin van art. 67a, tweede lid onder 1°, Sv. Gelet op de nevenschikking in dat artikelonderdeel, heeft het Hof terecht als uitgangspunt genomen dat voor de beantwoording van de vraag of de rechtsorde ernstig is geschokt door het feit waarvoor de voorlopige hechtenis is gevorderd, niet beslissend is de straf die op dat feit is gesteld. ’s Hof’s oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is, gelet op hetgeen blijkens de onder 3.2 weergegeven overwegingen te dezen feitelijk is vastgesteld, niet onbegrijpelijk, ook niet in het licht van wat bij de behandeling van de vordering naar voren is gebracht.

3.6. Het middel kan derhalve niet tot cassatie leiden.

NOOT

1 Wie bekend is met de gangbare summere motiveringen van rechterlijke beslissingen omtrent de voorlopige hechtenis, zal het onmiddellijk opvallen dat het hier om een niet alledaagse zaak gaat. De rechtbank geeft immers uitvoerig aan waarom de geschokte rechtsorde in dit geval niet als grond voor voorlopige hechtenis kan gelden. Het gerechtshof, dat het oordeel van de rechtbank deelt, voelt kennelijk niet de behoefte daar nog overwegingen aan toe te voegen, maar onderschrijft wel de uitkomst. Een belangrijke reden voor de uitvoerige uiteenzetting van de rechtbank is uiteraard gelegen in de bijstelling van de grens voor de noodmaatregel. Zou de verdachte in deze zaak vier dagen eerder Nederland zijn binnengekomen met dezelfde hoeveelheid cocaïne, dan was zij zonder dagvaarding heengezonden. Waarom zou er nu dan opeens sprake zijn van een ernstig geschokte rechtsorde? De overwegingen van de rechtbank hebben verder op eerste gezicht een principiële lading doordat de beoordeling van de toelaatbaarheid van voorlopige hechtenis in de sleutel worden gezet van artikel 5 EVRM en de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Alvorens het oordeel van rechtbank, gerechtshof en Hoge Raad nader te bespreken, is het

zinvol in enkele penningen de betekenis van artikel 5 EVRM voor de Nederlandse regeling van de voorlopige hechtenis te schetsen.

2 De voorlopige hechtenis is volgens het Nederlandse Wetboek van Strafvordering op vier gronden toelaatbaar: vluchtgevaar, recidivegevaar, collusiegevaar en de ernstig geschokte rechtsorde bij een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving twaalf jaar of meer gevangenisstraf op staat (hierna kortweg: de ernstig geschokte rechtsorde). Zet men deze gronden af tegen de gronden die het EHRM op de voet van artikel 5 lid 1, onder c, EVRM toelaatbaar acht voor voorlopige hechtenis,³ dan kan allereerst worden geconstateerd dat het EHRM eveneens met zoveel woorden vluchtgevaar, recidivegevaar en collusiegevaar noemt. Het EHRM erkent daarnaast als vierde grond voor voorlopige hechtenis het risico dat vrijlating van de verdachte 'public disorder' zal veroorzaken. De vraag die dan onmiddellijk rijst is of 'public disorder' hetzelfde betekent als een ernstig geschokte rechtsorde. Daarvoor moet worden gekeken naar de betekenis die aan deze begrippen pleegt te worden gegeven.⁴

De Nederlandse wet geeft geen nadere omschrijving van de ernstig geschokte rechtsorde. Ook uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 67a Sv valt geen eenduidig criterium te destilleren. De achterliggende gedachte is evenwel dat sommige ernstige delicten dermate veel onrust in de maatschappij veroorzaken dat voorlopige hechtenis gewenst, zo niet noodzakelijk, is om die onrust te dempen.⁵ In oudere rechtspraak is die gedachte als volgt verwoord: 'Het gaat er om of het feit, zoals het in concreto begaan is, dus ook gelet op de persoon van de verdachte en op alle omstandigheden van het geval, en niet slechts op de wettelijke kwalificatie van het feit, zo ernstig is dat het met de klaarblijkelijk heersende rechtsovertuiging zou strijden en in de samenleving onbegrijpelijk en onaanvaardbaar zou worden geacht als de verdachte zijn berechting in vrijheid zou mogen afwachten.'⁶ De toepassing van deze maatstaf is in zekere zin abstract, omdat de

rechter moet vaststellen hoe 'de rechtsovertuiging' en 'de samenleving' zich verhouden tot het delict. 'Het gaat er niet om of in brede kringen van de samenleving feitelijke onrust is ontstaan', aldus dezelfde rechtspraak. Deze invulling van de ernstig geschokte rechtsorde kan op zich goed worden ingepast in de overwegingen die men aantreft in de – verder weinig richtinggevende – wetsgeschiedenis.⁷

Hoe vult het EHRM het gevaar voor 'public disorder' in als grond voor voorlopige hechtenis? In de *Letellier*-uitspraak wordt het als volgt geformuleerd:

'The Court accepts that, by reason of their particular gravity and public reaction to them, certain offences may give rise to a social disturbance capable of justifying pre-trial detention, at least for a time. In exceptional circumstances this factor may therefore be taken into account for the purposes of the Convention, in any event in so far as domestic law recognises (...) the notion of disturbance of public order caused by an offence.

However, this ground can be regarded as relevant and sufficient only provided that it is based on facts capable of showing that the accused's release would actually disturb public order. In addition detention will continue to be legitimate only if public order remains actually threatened; its continuation cannot be used to anticipate a custodial sentence.

In this case, these conditions were not satisfied. The indictments divisions assessed the need to continue the deprivation of liberty from a purely abstract point of view, taking into consideration only the gravity of the offence.'⁸

Uit deze overwegingen kan allereerst worden afgeleid dat de bijzondere ernst van een strafbaar feit en de publieke reactie daarop tezamen aanleiding kunnen geven voor voorlopige hechtenis, mits het nationale recht dat toelaat. De ernstig geschokte rechtsorde van artikel 67a Sv vormt een dergelijke grondslag in het Nederlandse recht. Van groter belang is dat de EHRM een stap verder gaat door voor te schrijven dat het risico van 'disturbance of public order' niet alleen mag worden aangenomen op basis van de ernst van het strafbare feit, maar dat feitelijk moet worden vastgesteld dat de vrijlating van de verdachte leidt tot een verstoring van

3 Zie onder andere EHRM 24 oktober 2003, *NJ* 2005, 550, m.nt. Sch (Smirnova), § 13, en EHRM 28 juli 2005, *NJCM* 2005, p. 1148-1156, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen & F.G.H. Kristen (Czarnecki), § 37.

4 Een uitvoerig overzicht van inzichten en standpunten hieromtrent treft men aan bij K.J. van Dijk, 'De ernstig geschokte rechtsorde in het licht van het arrest-*Letellier*', *DD* 2002, p. 554-573. Vgl. voor wat betreft de nadien verschenen literatuur onder andere P.W. van der Kruijs, 'Tijdsbeelden van de voorlopige hechtenis (en enige voorstellen)', in: A. Klip e.a. (red.), *Krities* (Prakken-bundel), Deventer: Kluwer 2004, p. 205-219, i.h.b. p. 214-215, J.M. Reijntjes, 'Is er vooruitgang? Over de toepassing van voorlopige hechtenis', *Strafblad* 2004, p. 217-222, i.h.b. p. 219-221, en T.M. Schalken, 'Vrijheids-

beneming volgens het EVRM en de Nederlandse praktijk inzake het voorarrest', in: P.D. Duyx & P.D.J. van Zeven (red.), *Via Straatsburg* (Myjer-bundel), Nijmegen: WLP 2004, p. 257-268, i.h.b. p. 261-262.

5 G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 390.

6 Rb. Zwolle 29 augustus 1983, bevestigd door Hof Arnhem 7 september 1983, *NJ* 1983, 807.

7 Vgl. *Kamerstukken II* 1972, 9994, nr. 8, p. 4, 7 (MvA), en *Handelingen II* 1972/73, p. 1834. Zie voorts Van Dijk 2002, p. 556-557.

8 EHRM 26 juni 1991, *NJ* 1995, 575 (Letellier), § 51. Zie ook EHRM 27 november 1991, *NJ* 1995, 576, m.nt. EAA (Kem-mache), § 52.

de 'public order'.⁹ Dat risico moet, naarmate de voorlopige hechtenis langer duurt, bijvallen bestaan. Vertaalt men 'public (dis)order' letterlijk, dan betekent het zoiets als publieke (wan)orde of openbare orde(verstoring).¹⁰ Het is de vraag of dat de meest adequate vertaling is. Het EHRM lijkt niet zozeer te doelen op een verstoring van de openbare orde in die zin dat de vrijlating van de verdachte zou leiden tot rellen of (andere) burgerlijke ongehoorzaamheden. Het gaat veeleer om het ontstaan van maatschappelijke onrust. Het moet, anders gezegd, daadwerkelijk te zijn voorzien dat de vrijlating beroering veroorzaakt onder de bevolking.¹¹

Plaast men artikel 67a Sv tegenover de rechtspraak van het EHRM, dan lijkt het erop dat een ernstig geschokte rechtsorde eerder kan worden aangenomen dan 'the notion of disturbance of public order'. Het gaat daarbij vooral om een verschil in abstractieniveau. Bij de ernstig geschokte rechtsorde gaat het om het (relatief) abstracte oordeel omtrent de rechtsovertuiging en het maatschappelijk oordeel, terwijl voor het vaststellen van 'public disorder' veel concreter moet worden gekeken naar de (te verwachten) beroering in de maatschappij. Dat verschil is op zichzelf aanmerkelijk, al kunnen de verschillende begrippen ook niet geheel los van elkaar worden gezien. Of er beroering in de maatschappij valt te verwachten, hangt samen met de levende rechtsovertuiging en het maatschappelijk oordeel, maar daar mag men bij het aannemen van dreigende 'public disorder' uiteindelijk niet mee volstaan. Daardoor kan de situatie zich voordoen dat een Nederlandse rechter aanneemt dat er sprake is van een ernstig geschokte rechtsorde, terwijl de Straatsburgse lat van 'public disorder' niet wordt gehaald.¹² Dat zou bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de ernstig geschokte rechtsorde in essentie zou worden aangenomen op grond van de ernst van het delict. Blijkens het hiervoor weergegeven citaat mag op die wijze geen 'public disorder' worden aangenomen.

Van groot belang is nu dat de zoiest geschetste situatie zich pas voordoet indien de rechter in een concreet geval ook daadwerkelijk een dergelijke abstracte invulling geeft aan het begrip 'ernstig geschokte rechtsorde'. De wetsgeschiedenis van artikel 67a Sv geeft immers, zoals hiervoor al is opgemerkt, geen eenduidig criterium voor de invulling van de ernstig geschokte rechtsorde. In dat opzicht staat het de Nederlandse rechter zonder meer vrij om strengere eisen te stellen aan het aannemen van een ernstig geschokte rechtsorde, waardoor het verschil met de Straatsburgse benadering van 'public disorder' wordt verkleind of wellicht zelfs komt te vervallen. Dat zou betekenen dat de rechter het criterium van de ernstig geschokte orde (zoveel mogelijk) verdragsconform interpreteert.¹³ Wordt die lijn ook gevolgd in de hier besproken uitspraak over de, daags na de aanpassing van de noodmaatregel, op Schiphol aangehouden vrouw?

3 De Haarlemse rechtbank neemt, in lijn met de Straatsburgse rechtspraak, als vertrekpunt voor haar redenering dat '(...) moet worden onderzocht of er concrete aanwijzingen zijn dat de vrijlating van de verdachte daadwerkelijk een verstoring van de openbare orde zal veroorzaken'. De rechtbank overweegt vervolgens dat het begrip 'public disorder' in de Nederlandse wet gestalte krijgt in het criterium van ernstig geschokte rechtsorde. Zodoende lijkt de rechtbank ervoor te kiezen dat de genoemde concrete aanwijzingen aanwezig moeten zijn alvorens een ernstig geschokte rechtsorde kan worden aangenomen. Maar die keuze wordt naar mijn mening vervolgens niet heel consistent doorgevoerd.

Bij het uitwerken van wat onder een ernstig geschokte rechtsorde moet worden verstaan, overweegt de rechtbank allereerst dat niet uitsluitend moet worden gekeken naar de hoogte van de straf die op het feit is gesteld. Dit past in de lijn van het EHRM: alleen op grond van de ernst van het

9 Ik spreek hier in navolging van de hiervoor geciteerde overweging uit de zaak-Lettelier van 'de vrijlating van de verdachte' die tot onrust leidt. In de uitspraken in zaken-Smirnova en Czarniecki (zie noot 3) lijkt het EHRM de veel strengere eis te stellen dat de verdachte zelf, indien hij zou worden vrijgelaten, de 'public disorder' zou veroorzaken. Vgl. ook Schalken 2004, p. 261 (noot 14). Ik houd het erop dat het hier een ongelukkige formulering van het EHRM betreft, hetgeen vooral kan worden afgeleid uit de verwijzing naar de zaak-Lettelier in de Smirnova-uitspraak. Zo ook Reijntjes 2004, p. 220, en impliciet Schalken in zijn noot onder EHRM 24 oktober 2003, NJ 2005, 550. Niet onvermeld mag blijven dat achter het verschil in formuleringen een belangrijke rechtsfilosofische kwestie schuil gaat: mag iemand van zijn vrijheid worden beroofd indien hij zelf niet rechtstreeks aanleiding geeft voor onregelmatigheden, of kan worden uitgegaan van een utilistische benadering waarin wordt aangenomen dat het belang van het voorkomen van onrust opweegt tegen het leed dat met vrijheidsontneming wordt veroorzaakt?

10 In de literatuur wordt veelal van die vertaling uitgegaan. Vgl.

bijvoorbeeld Van Dijk 2002, p. 565, en Schalken 2004, p. 261-262.

11 Vgl. J.M. Reijntjes, aant. 10 op art. 67a (suppl. 144, oktober 2004), in: A.L. Melai/M.S. Groenhuisen e.a., *Het wetboek van strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbl.), en Schalken in zijn noot onder EHRM 24 oktober 2003, NJ 2005, 550. Zie ook de conclusie van A-G Vellinga voor de hier besproken uitspraak, onder 18.

12 Van der Kruijs 2004, p. 215, betoogt echter dat art. 67a Sv juist strengere eisen stelt dan art. 5 EVRM. Hij heeft daarbij het geval op het oog dat een strafbaar feit wel leidt tot een verstoring van de 'public order', maar dat de verdachte geen ernstig verwijt kan worden gemaakt. Deze redenering is niet onproblematisch. Het EVRM schrijft in een dergelijk geval geen toepassing van voorlopige hechtenis voor. Waar het om gaat, is dat art. 5 EVRM eraan in de weg staat dat een verdachte in voorlopige hechtenis wordt genomen terwijl van dreigende 'public disorder' geen sprake is, en andere gronden voor voorlopige hechtenis ontbreken.

13 Vgl. in die zin bijvoorbeeld Corstens 2005, p. 390.

strafbare feit kan geen ‘public disorder’ worden aangenomen. Enigszins verwarrend is dat de rechtbank vervolgens refereert aan de onder 2 geciteerde overweging uit de oudere rechtspraak, waarin de rechtsovertuiging en het oordeel van de samenleving tot uitgangspunt worden genomen. Dat zijn, zoals hiervoor toegelicht, de bouwstenen van een (relatief) abstract oordeel omtrent het bestaan van een ernstig geschokte rechtsorde. Het gaat in de Straatsburgse rechtspraak echter om de concreet te verwachten maatschappelijke onrust. Waar de rechtbank ingaat op de uitvoering van de noodmaatregel en de verlaging van de grens van die maatregel, hebben de overwegingen van de rechtbank wel specifiek betrekking op de (te verwachten) maatschappelijke onrust. Kort gezegd komen die overwegingen erop neer dat de samenleving zich niet al te druk lijkt te hebben gemaakt over het instellen van de noodmaatregel. Op een spoedige beëindiging van de noodmaatregel is dan ook niet aangedrongen. Daarom kan niet worden gezegd dat de heenzending van koeriers aantoonbaar tot ‘grote sociale onrust’ heeft geleid. Daarmee lijkt de rechtbank tevens te willen zeggen, maar het staat er niet letterlijk, dat niet valt te verwachten dat de vrijlating van de verdachte in deze zaak tot maatschappelijke onrust zal leiden.

Overziet men de stappen die de rechtbank zet en dan in het bijzonder de overwegingen specifiek met betrekking tot de noodmaatregel, dan lijkt de rechtbank al met al tamelijk nauw aansluiting te zoeken bij de rechtspraak van het EHRM. Opmerkelijk is echter dat de rechtbank concludeert dat er geen sprake is van een ernstig geschokte rechtsorde in de zin van artikel 67a lid 2 Sv, zodat niet meer hoeft te worden onderzocht of de vrijlating van de verdachte in deze zaak daadwerkelijk tot ‘public disorder’ zal leiden. Volgens de rechtbank is het, anders gezegd, niet nodig om het criterium van de ernstig geschokte rechtsorde verdragsconform uit te leggen, omdat uitgaande van de uitleg van dat criterium zoals die in de oudere rechtspraak is gegeven, er al geen grond voor voorlopige hechtenis kan worden aangenomen. Dat moge zo zijn, maar waarom stelt de rechtbank dan de rechtspraak van het EHRM voorop? Die vraag klemt te meer omdat de stappen die de rechtbank zet, ten dele duidelijk aansluiten bij – en in dat opzicht mede lijken te zijn ontleend aan – de Straatsburgse notie van ‘disturbance of public order’.

Voor de goede orde, de kritische noot die ik hier wil kraken, betreft niet de uitkomst van de procedure. Het gaat mij om de inconsistentie dat de rechtbank enerzijds suggereert dat het criterium van de ernstig geschokte rechtsorde verdragsconform moet worden uitgelegd en anderzijds een duidelijke scheiding lijkt te willen aanbrengen tussen de Nederlandse en de Straatsburgse invulling van ernstig geschokte rechtsorde respectievelijk ‘public disorder’. Een op zichzelf uiterst belangrijke vraag – behoeft in het licht van artikel 5 EVRM de wijze waarop invulling wordt gegeven aan het criterium van de ernstig geschokte rechtsorde, aanpassing? – wordt zo eigenlijk ontlopen. Het gerechtshof voorziet deze vraag eveneens niet van een helder antwoord. Duidelijk is slechts dat naar het oordeel van het hof er in deze zaak eveneens geen sprake is van een ernstig geschokte rechtsorde.

4 Hoe denkt de Hoge Raad erover? Afgezet tegen de importantie van de door de rechtbank en het gerechtshof ontlopen kwestie, is het oordeel van de Hoge Raad nogal summier te noemen. De Hoge Raad laat het bij de overweging dat het gerechtshof¹⁴ terecht tot uitgangspunt heeft genomen dat, gelet op de nevenschikking in artikel 67a lid 2, sub 1, Sv, voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van een ernstig geschokte rechtsorde, niet beslissend is de straf die op dat feit is gesteld. Anders gezegd: uitsluitend op grond van de strafmaat – in de zin van de maximumstraf die op het strafbare feit is gesteld – kan niet worden aangenomen dat van een ernstig geschokte rechtsorde sprake is. Voor die aanname is méér nodig, maar wat dat meerdere is of kan zijn, daarover zwijgt de Hoge Raad.

Met het oog op de duiding en de waardering van de uitspraak van de Hoge Raad plaats ik drie kanttekeningen bij diens beschikking.¹⁵ Allereerst is van belang om voor ogen te houden dat de aanpak van de rechtbank en het gerechtshof om de beslissing over de toelaatbaarheid van voorlopige hechtenis uitsluitend te gronden op het criterium van de ernstig geschokte rechtsorde, en niet (mede) op artikel 5 EVRM, de Hoge Raad er niet toe heeft genoopt om in te gaan om de betekenis van de rechtspraak van het EHRM voor de Nederlandse voorlopige hechtenis. De Hoge Raad heeft slechts hoeven oordelen of terecht is aangenomen dat de ernstig geschokte rechtsorde als

14 De Hoge Raad verwijst naar de beschikking van het gerechtshof, maar knoopt feitelijk aan bij één van de overwegingen van de rechtbank. Blijkens rov. 3.5 gaat de Hoge Raad ervan uit dat het gerechtshof de motivering van de rechtbank tot de zijne heeft willen maken. Zo ook A-G Vellinga in zijn conclusie voor de hier besproken uitspraak, onder 8.

15 Ik ga hierbij niet in op de vraag of de Hoge Raad volledig recht doet aan het door de advocaat-generaal bij het gerechtshof Amsterdam ingestelde middel, maar volsta met de opmerking dat A-G Vellinga dat middel ten dele gegrond acht. Vgl. over het (vermeende) motiveringsgebrek waarop dat deel van het middel ziet, de noot van Schalken onder de hier besproken uitspraak, *NJ* 2006, 246.

grond voor voorlopige hechtenis ontbrak. Bij dat oordeel, en dat betreft mijn tweede kanttekening, heeft de Hoge Raad een weliswaar nieuwe, maar tegelijkertijd weinig opzienbarende maatstaf geïntroduceerd. Nieuw, omdat in de rechtspraak van de Hoge Raad nog niet uitdrukkelijk was vastgesteld dat het strafmaximum niet uitsluitend bepalend mag zijn voor het aannemen van een ernstig geschokte rechtsorde.¹⁶ Dat op het misdrijf moord als maximumstraf levenslang is gesteld, zegt dus nog niet dat bij elke verdenking ter zake van moord een ernstig geschokte rechtsorde mag worden aangenomen. In de praktijk bestaat soms de indruk dat rechters bij het aannemen van een ernstig geschokte rechtsorde zich sterk laten leiden door het strafmaximum,¹⁷ maar duidelijk is nu dat dat in zoverre niet is toegestaan dat er naast het strafmaximum ook andere gezichtspunten een rol moeten spelen. De door de Hoge Raad aangereikte maatstaf is verder weinig opzienbarend. In de literatuur is, op de keper beschouwd, nimmer betoogd dat *uitsluitend* het strafmaximum bepalend is. Ook auteurs die het strafmaximum als een belangrijk aanknopingspunt beschouwen, wijzen erop dat de rechter de concrete omstandigheden van het geval – en daarmee de mogelijkheid van een (veel) lagere strafoplegging in dat geval – voor ogen moet houden.¹⁸ Ook in de wetgeschiedenis van artikel 67a Sv wordt met zoveel woorden duidelijk gemaakt dat het niet uitsluitend om het strafmaximum draait.¹⁹ In dat opzicht bevestigt de Hoge Raad hetgeen al *in confesso* was.

Mijn derde kanttekening betreft het feit dat de maatstaf die de Hoge Raad voor de invulling van de ernstig geschokte rechtsorde als grond

voor voorlopige hechtenis aanreikt, weinig richting geeft. Dat komt doordat de Hoge Raad niet aangeeft welke andere gezichtspunten, naast het strafmaximum, een rol kunnen, mogen of moeten spelen bij de beslissing omtrent het al dan niet bestaan van een ernstig geschokte rechtsorde.²⁰ De Hoge Raad is kennelijk van oordeel dat het al dan niet aannemen van een ernstig geschokte rechtsorde een feitelijke kwestie betreft. Ook het formuleren van een (specifieke) plicht voor de rechter om duidelijk te motiveren op welke factoren hij acht heeft geslagen, wordt achterwege gelaten.²¹ Daarmee laat de Hoge Raad alle ruimte om in een vergelijkbare zaak tot een ander resultaat te komen, mits de ernstig geschokte rechtsorde maar niet uitsluitend op grond van het strafmaximum wordt aangenomen. In dit opzicht kan ik mij niet vinden in het enthousiasme waarmee Schalken de uitspraak van de Hoge Raad ontvangt. Naar zijn mening neemt de Hoge Raad 'duidelijk stelling', omdat de Hoge Raad '(...) afstand [neemt] van de opvatting dat door de enkele invoer van cocaïne, ongeacht de hoeveelheid, de rechtsorde ernstig is geschokt (...)', hetgeen duidelijk zou maken dat '[de] Hoge Raad kiest voor de Haarlemse benadering waarin nadrukkelijk aansluiting wordt gezocht bij de onverbiddelijke en constante Straatsburgse leer (...)'.²² Naar mijn mening neemt de Hoge Raad feitelijk geen stelling in, laat staan dat de Hoge Raad afstand neemt van enige opvatting dan wel aansluiting zoekt bij de rechtspraak van het EHRM. Opmerkelijk in dit verband is dat, naar ik heb begrepen, sinds de afschaffing van de noodmaatregel per 1 januari 2006²³ vrijwel elke drugskoerier, ongeacht de meegevoerde hoeveel-

16 In de onder 2 genoemde oudere rechtspraak wordt wel al gesteld dat 'niet slechts de wettelijke kwalificatie van het feit' doorslaggevend is.

17 Vooral vanuit de zijde van de strafrechtsadvocatuur wordt dat naar voren gebracht. Vgl. bijvoorbeeld Van der Kruijs 2004, p. 214, en voorts S.L.J. Janssen & G.P. Hamer, 'Voorlopige hechtenis uit de bocht', *Advocatenblad* 2003, p. 933: 'Of de rechtsorde is geschokt wordt bij 12-jaarsfeiten standaard aangenomen; dit wettelijke vereiste is waarschijnlijk de grootste wassen neus van het Nederlandse strafprocesrecht.' Deze observatie wordt gerelativeerd door Reijntjes 2004, p. 221, die naar voren brengt dat het vooral gaat om een gebrek aan motivering door de rechter.

18 Zie Th.W. van Veen & J.P. Balkema, m.m.v. F.M. Noordam, *Voorarrest*, Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink 1982, p. 37. Vgl. ook Van Dijk 2002, p. 570-571.

19 Zie *Kamerstukken II* 1968/69, 9994, nr. 3, p. 7 (MvT), en *Kamerstukken II* 1972, 9994, nr. 8, p. 4 (MvA). Vgl. ook J. Uit Beijerse, *Op verdenking gevangengezet*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 87, en Van Dijk 2002, p. 557.

20 De Hoge Raad geeft weliswaar aan dat het oordeel van het gerechtshof niet van een onjuiste rechtsopvatting getuigt en ook, in het licht van de vastgestelde feiten en hetgeen bij de behandeling van de vordering gevangenhouding naar voren is gebracht, niet onbegrijpelijk is, maar daarmee is nog niet gezegd dat naar het oordeel van de Hoge Raad de vordering gevangenhouding alleen maar had kunnen worden afgewezen. Dit hangt

samen met de taak van de Hoge Raad als cassatierechter. De toetsing door de Hoge Raad beperkt zich tot het verzuim van vormen en schending van het recht (art. 79 lid 1 RO).

21 In de rechtspraak van het EHRM komt het belang van een goede motivering van de beslissing omtrent de voorlopige hechtenis duidelijk naar voren. Vgl. daarover Schalken 2004, p. 259, 263-266, en diens noot onder EHRM 24 juli 2003, *NJ* 2005, 550 (Smirnova). Voor wat betreft de 'public disorder' is, zo blijkt ook uit het citaat van de overwegingen van het EHRM onder 2, van belang dat de rechter die over de voorlopige hechtenis oordeelt, expliciteert welke omstandigheden hij van belang acht voor het aannemen van (dreigende) 'public disorder', en dat hij bij elke verlengingsbeslissing opnieuw toetst en motiveert in hoeverre deze grond voor voorlopige hechtenis nog bestaat. In het Nederlandse strafprocesrecht dienen beslissingen omtrent de voorlopige hechtenis te worden gemotiveerd op grond van art. 24 lid 1 Sv, maar veelal wordt verstaan met sjabloonachtige standaardmotiveringen.

22 Zie zijn annotatie onder de hier besproken uitspraak, *NJ* 2006, 246.

23 Schalken noteert in zijn noot onder EHRM 24 juli 2003, *NJ* 2005, 550, dat het gerechtshof Amsterdam ook al daarvoor, namelijk op 23 september 2005, in een soortgelijke zaak als de hier besproken zaak heeft aangenomen dat er sprake was van een ernstig geschokte rechtsorde.

heid drugs, in voorlopige hechtenis wordt genomen en dat, ook wanneer een andere grond voor voorlopige hechtenis ontbreekt, zowel de rechtbank Haarlem als het gerechtshof Amsterdam in deze zaken een ernstig geschokte rechtsorde aannemen. Met het afschaffen van de noodmaatregel bestaat kennelijk weer het gevaar voor maatschappelijke beroering indien drugskoeriers op vrije voeten worden gesteld. Schalken zal ongetwijfeld menen dat die ontwikkeling niet strookt met de uitspraak van de Hoge Raad. Voor zover het Schalken erom gaat dat de betrokken rechters zich niet alleen mogen laten leiden door het strafmaximum dat aan de invoer van verdovende middelen is verbonden, ben ik het graag met hem eens. Het verbaast mij evenwel niet dat het oordeel van de Hoge Raad niet als belemmering voor deze (her)nieuw(d)e praktijk wordt ervaren, juist omdat de Hoge Raad over de verdere invulling van de ernstig geschokte rechtsorde als grond voor voorlopige hechtenis zwijgt. Het is wel cru dat de betrokken verdachten niet kunnen verifiëren of de Hoge Raad inderdaad geen bezwaar heeft tegen deze praktijk, omdat voor deze verdachten – anders dan voor het Openbaar Ministerie – cassatieberoep tegen beslissingen omtrent de voorlopige hechtenis niet openstaat.²⁴

5 In het vorenstaande ligt reeds besloten dat er kritiek mogelijk is op de wijze waarop de rechtbank, het gerechtshof en de Hoge Raad zijn omgesprongen met wat ik zie als de hamvraag in de hier besproken zaak: de verhouding tussen enerzijds de ernstig geschokte rechtsorde als grond voor voorlopige hechtenis en anderzijds de ‘public disorder’ in de rechtspraak van het EHRM over artikel 5 EVRM. Alle betrokken rechters zijn die vraag feitelijk uit de weg gegaan. Hoe zou men dat kunnen verklaren? Laat ik vooropstellen dat er op zich voldoende aanleiding bestond – en nog steeds bestaat – voor uitvoerige beschouwingen omtrent de verhouding tussen artikel 67 lid 2, sub 1, Sv en artikel 5 EVRM. In de literatuur worden al geruime tijd naar aanleiding van de rechtspraak van het EHRM allerhande vraagtekens geplaatst bij de houdbaarheid van de Nederlandse praktijk van

voorlopige hechtenis, onder andere vanwege de relatief abstracte criteria waarmee pleegt te worden volstaan bij het aannemen van een ernstig geschokte rechtsorde.²⁵ Die twijfel laat de strafrechtsadvocatuur vanzelfsprekend ook doorklinken bij de behandeling van vorderingen tot toepassing van voorlopige hechtenis. De Hoge Raad zou de praktijk een dienst bewijzen door, ook los van de concrete casus, in te gaan op de betekenis van artikel 5 EVRM voor de Nederlandse rechtspraak.²⁶ Kennelijk weerhoudt iets de Hoge Raad ervan dat te doen. Vanzelfsprekend kan niet met zekerheid worden aangegeven wat dat iets is. Een mogelijke verklaring kan echter zijn dat de betekenis van artikel 5 EVRM voor de ernstig geschokte rechtsorde als grond voor voorlopige hechtenis, nog onvoldoende uitgekristalliseerd is om duidelijk aan te geven hoe een verdragsconforme uitleg van die grond voor voorlopige hechtenis eruit zou moeten zien. Ik licht dit toe aan de hand van twee opmerkingen over de rechtspraak van het EHRM.

Allereerst kan men de vraag opwerpen hoe duidelijk eigenlijk ‘the notion of disturbance of public order’ is als Straatsburgse grond voor voorlopige hechtenis. Hoe moet de rechter vaststellen dat ‘public disorder’ te verwachten valt indien de verdachte op vrije voeten komt? Op de keper beschouwd zegt het EHRM daar niet veel over. Duidelijk is dat niet uitsluitend de ernst van het strafbare feit bepalend mag zijn en ook dat er aanwijzingen van feitelijke aard moeten zijn voor de verstoring van de ‘public order’, maar dat laat nog de nodige ruimte aan de rechter die over de voorlopige hechtenis moet oordelen. Gaat men er daarbij van uit dat ‘public disorder’ het beste kan worden vertaald als maatschappelijke onrust – hetgeen een zekere vaagheid in zich draagt – en houdt men in het oog dat de rechter vooral een *inschatting* moet maken of die maatschappelijke onrust zal ontstaan bij het uitblijven of beëindigen van voorlopige hechtenis,²⁷ dan moet men accepteren dat er grenzen zijn in de mate waarin de rechter concreet kan vaststellen dat er sprake zal zijn van ‘public disorder’. Het risico dat ook ‘public disorder’ in enigerlei mate op abstracte wijze wordt vastgesteld, ligt op de loer. Vooralnog geeft de Straatsburgse rechtspraak niet

24 Vgl. art. 446 Sv tegenover art. 445 jo. 71 Sv.

25 Zie onder 2, en in het bijzonder de literatuur vermeld in noot 4. Vgl. voorts, voor wat betreft de EVRM-gerelateerde vragen ten aanzien van de aanpassing van de regeling van de voorlopige hechtenis in het kader van de opsporing en vervolging van terroristische misdrijven, T. Kooijmans & J.B.H.M. Simmelink, ‘Het recht op kennisneming van de processtukken in het Wetsvoorstel tot verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven’, *DD* 2006, p. 1107-1126.

26 Bijvoorbeeld door gebruik te maken van zogeheten aan het middel voorafgaande beschouwingen. Vgl. K. Rozemond, ‘Voorafgaande beschouwingen in de strafrechtspraak van de

Hoge Raad’, *NJB* 2000, p. 706-712, die er onder andere voor pleit dat de Hoge Raad ‘(...) zich in voorafgaande beschouwingen uitgebreider uitlaat over fundamentele rechtsnormen uit het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (...)’.

27 Dat het om een inschatting gaat, wordt ook naar voren gebracht door Van Dijk 2002, p. 572, en Schalken in diens noot onder HR 24 juli 2003, *NJ* 2005, 550. Reijntjes spreekt in dit verband van het ‘subjectieve oordeel’ van de rechter. Zie J.M. Reijntjes, aant. 10 op art. 67a (suppl 144, oktober 2004), in: A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a., *Het wetboek van strafvoordeel*, Deventer: Kluwer (losbl.).

aan hoe concreet de vaststelling van (dreigende) 'public disorder' moet zijn. Naar mijn mening is wel duidelijk dat, zoals onder 1 is geschetst, een (relatief) abstracte invulling van de ernstig geschokte rechtsorde zoals die in de oudere rechtspraak voorkomt, op gespannen voet staat met de benadering van het EHRM,²⁸ maar wat Straatsburg nu precies van de nationale rechter verwacht, valt niet eenvoudig te verwoorden.²⁹

Voorts is van belang dat het EHRM lijkt te aanvaarden dat de erkende gronden voor voorlopige hechtenis, waaronder het gevaar van 'public disorder', vooral van belang zijn nadat een eerste fase, direct nadat het strafbare feit is begaan, is verstreken. Gedurende die eerste fase zou alleen de verdenking ter zake van het strafbare feit de vrijheidsbeneming namelijk nog wel kunnen rechtvaardigen.³⁰ Hoewel de Straatsburgse rechtspraak op dit punt bepaald niet in helderheid uitblinkt, zou het kunnen betekenen dat een tamelijk abstracte, van de rechtspraak van het EHRM afwijkende invulling van de ernstig geschokte rechtsorde als grond voor voorlopige hechtenis tijdens die eerste fase niet problematisch hoeft te zijn.³¹ Pas na enig tijdsverloop wordt die invulling problematisch. De vraag is wel hoe lang die eerste fase duurt; daarover valt op grond van de Straatsburgse rechtspraak niet veel concreets te zeggen. Het antwoord op deze vraag is wel relevant voor de beoordeling van de Nederlandse praktijk. Tijdens de eerste zes dagen en vijftien uur na de aanhouding van de verdachte – de fase van het ophouden voor onderzoek en de inverzekeringstelling – speelt de ernstig geschokte rechtsorde nog geen

rol. De grond voor vrijheidsbeneming is dan uitsluitend het onderzoeksbelang.³² Ziet men uitsluitend deze fase als de eerste fase waarop het EHRM doelt, dan moet vanaf de bewaring de toepassing van de ernstig geschokte rechtsorde als grond voor voorlopige hechtenis in overeenstemming met 'the notion of disturbance of public order' zijn. Indien men echter aanneemt dat de Straatsburgse eerste fase langer duurt, is een afwijkende invulling van de ernstig geschokte rechtsorde gedurende die fase wellicht te billijken.³³

6 De hier besproken uitspraak over de ernstig geschokte rechtsorde is bepaald geen schokkende uitspraak, althans niet in de zin dat er een duidelijke, op het EVRM toegespitste invulling wordt gegeven aan de ernstig geschokte rechtsorde als grond voor voorlopige hechtenis. Met de uitspraak van de Hoge Raad in de hand kan de feitenrechter nog allerlei kanten uit. Dat de Hoge Raad niet heeft gekozen voor een richtinggevende uitspraak, is naar mijn mening te billijken. Daarvoor is de rechtspraak van het EHRM op dit moment zelf nog onvoldoende uitgekristalliseerd.³⁴ Maar de rechters die waren betrokken in de hier besproken zaak, hadden wellicht wel kunnen proberen om artikel 5 EVRM en de huidige Straatsburgse rechtspraak een duidelijker positie te geven bij de uitleg van artikel 67a lid 2, sub 1, Sv.³⁵ Op die manier was een verdragsconforme interpretatie van de ernstig geschokte rechtsorde als grond voor voorlopige hechtenis in elk geval een stap dichterbij gekomen.✻

28 J.M. Reijntjes, aant. 10 op art. 67a (suppl. 144, oktober 2004), in: A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a., *Het wetboek van strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbl.), lijkt daar anders over te denken, gelet op het feit dat hij de invulling van de ernstig geschokte rechtsorde zoals die in de oudere rechtspraak wordt gegeven (zie onder 2) als verdragsconform presenteert.

29 Vgl. ook Van Dijk 2002, p. 572.

30 Zie onder andere EHRM 26 juni 1991, *NJ* 1995, 575 (Letellier), § 35, EHRM 27 november 1991, *NJ* 1995, 576, m.nt. EAA (Kemmaché), § 45, en EHRM 27 augustus 1992, nr. 12850/87 (Tomasi), § 84. In latere rechtspraak wordt voor de eerste fase naast de redelijke verdenking ook 'the need to secure the proper conduct of proceedings' als rechtvaardiging voor de vrijheidsontneming genoemd. Zie onder andere EHRM 3 april 2003, nr. 31583/96 (Klamecki), § 122, en EHRM 28 juli 2005, *NJCM* 2005, p. 1148-1156, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen & F.G.H. Kristen (Czarnecki), § 41.

31 Vgl. ook A-G Vellinga in zijn conclusie voor de hier besproken uitspraak, onder 17.

32 Vgl. art. 57 lid 1 en 61 lid 3 Sv.

33 Concrete termijnen noemt het EHRM niet voor deze eerste fase, al heeft het EHRM vrijheidsontneming voor een periode van zes tot negen weken nog wel eens beoordeeld in het licht van deze eerste fase. Zie EHRM 27 november 1991, *NJ* 1995, 576, m.nt. EAA (Kemmaché), § 47, en EHRM 20 maart 2001, nr. 33591/96 (Bouchet), § 41. Met een dergelijke periode zit men in Nederland al ruimschoots in de fase van gevangenhouding. Niet uitgesloten lijkt mij echter dat het EHRM bij de beoordeling van een Nederlandse zaak aansluit bij het stramen van de Nederlandse wetgeving, waarin vanaf de bewaring het onderzoeksbelang niet meer volstaat voor vrijheidsbeneming.

34 Althans, voor zover het gaat om de betekenis van 'public disorder'. Op andere onderdelen, bijvoorbeeld de motiveringsplicht van de rechter (zie noot 21), is van onduidelijkheid geen sprake.

35 De rechtbank Haarlem heeft dat wel geprobeerd, maar maakt geen heldere keuze (zie onder 3) en laat de betekenis van art. 5 EVRM zodoende feitelijk in het midden.