



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Biser Kostov tegen Bulgarije

Voorde, J.M. ten

Citation

Voorde, J. M. ten. (2012). Biser Kostov tegen Bulgarije. *European Human Rights Cases*, 12, 678-688. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/19805>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/19805>

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

EHRC 2012/60

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

10 januari 2012, 32662/06.

(Garlicki (President)

Björgvinsson

Nicolaou

Bianku

Kalaydjieva

Vučinić

De Gaetano)

Biser Kostov

tegen

Bulgarije

Burgeraanhouding, Eigenrichting,
Onmenselijke of vernederende
behandeling, Opportuniteit

[EVRM - 3]

» **Samenvatting**

Biser Kostov wordt op 21 april 2004 aangehouden door medewerkers van een supermarkt op verdenking van diefstal van een flesje wodka. In afwachting van de komst van de politie, wordt Kostov naar een kamer in de supermarkt gebracht en volgens Kostov aldaar ernstig mishandeld door de manager en eigenaar van de winkel. Kostov wordt later die dag afgevoerd naar het ziekenhuis alwaar artsen ernstig in- en uitwendig letsel constateren. Naar aanleiding daarvan wordt door de politie onderzoek ingesteld naar de gebeurtenissen. Getuigen worden gehoord, medische rapporten opgevraagd en Kostov wijst tijdens een line-up de manager aan als degene die hem heeft mishandeld. De politie komt tot de conclusie dat er redenen bestaan de

manager te vervolgen. De openbaar aanklager beslist anders, zelfs na tot vier keer toe door de districtsrechtbank te zijn opgedragen het strafrechtelijk onderzoek voort te zetten. De zaak sleept uiteindelijk zo lang voort, dat die op grond van een bepaling in het voormalige Bulgaarse Wetboek van Strafvordering wordt beëindigd. Na uitputting van de nationale rechtsmiddelen, stapt Kostov naar het Hof te Straatsburg dat unaniem tot schending van art. 3 EVRM beslist. Uitgangspunt van het Hof is dat in zaken als de onderhavige, waar sprake is van gedragingen van de ene private persoon jegens de andere private persoon, allereerst moet worden vastgesteld of de verwondingen op zichzelf beschouwd verwijzen naar een onmenselijke of vernederende behandeling. Indien dat het geval is, levert dat een ‘arguable claim’ van onmenselijke of vernederende behandeling op. In dat geval hebben verdragsstaten een procedurele verplichting om een onafhankelijk en van overheidswege uitgevoerd onderzoek te doen, dat van zodanige kwaliteit is dat het kan leiden tot de identificatie van de verantwoordelijke(n). In dat onderzoek moeten alle redelijke stappen zijn genomen om bewijs over het incident te verzekeren. Het onderzoek moet met een zekere snelheid plaatsvinden, maar wel binnen de grenzen van wat redelijkerwijs mogelijk is. Dergelijk onderzoek is nodig om het vertrouwen in de rechtsstaat te behouden. Het Hof wijst er in casu op dat uit de medische dossiers kan worden afgeleid dat sprake is van zeer ernstig letsel, dat tot een ‘arguable claim’ leidt om nader onderzoek te verrichten. Het Hof stelt dat de politie en de rechtbank hebben bijgedragen aan het uitvoeren van onderzoek dat naar ‘s Hof's maatstaven redelijk was. Met name de handelwijze van de openbaar aanklager,

die tot vier keer toe weigerde vervolging in te stellen op grond van steeds dezelfde en telkens verworpen argumenten, als gevolg waarvan de zaak vanwege ernstige vertraging als geëindigd werd verklaard, acht het Hof echter dermate laakbaar dat Bulgarije zijn procedurele verplichtingen niet is nagekomen. Het Hof geeft daarbij impliciet inzicht in de aard van de procedurele verplichtingen. Het gaat niet alleen om heldere in de wet neergelegde procedures, maar ook om het daadwerkelijk effectief gebruikmaken van die procedures teneinde voldoende bewijs te vergaren om de verantwoordelijke(n) voor de gedragingen te kunnen vervolgen, berechten en eventueel te bestraffen. Van het Openbaar Ministerie wordt verwacht dat het prompt en ijverig handelt en zo mogelijk vervolging instelt. Het Hof laat in het midden of tot de procedurele verplichtingen ook wordt gerekend de verplichting van een effectief controlemechanisme op individuen binnen een orgaan van de strafrechtspleging, zoals leden van het Openbaar Ministerie. In een separate opinie van rechters Kalaydjieva en De Gaetano wordt voor dat laatste een lans gebroken.

[beslissing/besluit](#)

» Uitspraak

I. Alleged violation of Article 3 of the Convention

61. The applicant complained that the criminal investigation into the act of violence against him had been ineffective. He relied on Article 6 § 1 of the Convention.

62. The Court considers that this complaint falls to be examined under Article 3 of the Convention, which reads as follows:

“No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.”

A. The parties’ submissions

1. The Government

63. The Government submitted that the applicant had failed to exhaust domestic remedies as he did not bring an action against the investigative authorities under the State Responsibility Act or a civil claim against the alleged perpetrators.

64. In addition, the Government noted that the investigation into the alleged ill-treatment had started immediately and had been swift and comprehensive. The prosecutor had strictly followed the court instructions at remittal and had undertaken additional investigatory steps accordingly.

65. The authorities had made efforts to establish the facts and had gathered significant evidential material. Thus in the Government’s view it had been established that the applicant had consumed alcohol, had committed theft in the supermarket and instead of having sought assistance from the police officers had practically fled from the police station.

66. The Government further argued that the applicant’s account of the events had been contradictory and had not been corroborated by the witnesses’ statements or by the medical documents. The Government stated that the expert

report had not established with sufficient certainty that the applicant's injuries had been inflicted in the manner asserted by him and that the doctor's record of 4 June 2004 had noted "old injuries" on his ribs, thus casting doubt on the exact moment when these fractures had been inflicted.

2. The applicant

67. The applicant stated that the State Responsibility Act was not applicable in his case as he had been neither accused nor convicted.

68. The applicant further argued that he had never committed theft and even if he had done so, the latter could not have justified his ill-treatment. Furthermore, he had requested medical help on the day of the incident and several medical documents had recorded his injuries. In view of the Government's statement that the expert report had not been convincing enough, the applicant asserted that it clearly stated that the injuries could have been inflicted in the manner described by him.

69. The applicant further argued that the investigation could not be regarded as effective. He pointed out that the prosecutor had failed to conduct a proper investigation despite the court's numerous instructions in this regard. As a result of the protracted and belated investigation, the accused had obtained discontinuation of the proceedings under Article 239a of the Code of Criminal Procedure 1974.

B. The Court's assessment

1. Admissibility

70. The Government contended that the applicant had failed to exhaust domestic remedies as he could have lodged an action under the State Responsibility Act against the investigative authorities or a civil claim against the alleged perpetrators.

71. The Court notes that a potential claim against the investigative authorities does not appear to fall within the scope of the State Responsibility Act. Under the domestic case-law investigative and prosecuting authorities are not liable under section 1 of the State Responsibility Act. At the same time, while section 2 contains a list of specific circumstances under which the responsibility of the investigative authorities can be engaged, this list does not include a situation similar to that of the applicant (see paragraphs 59-60 above). In any event the Government failed to substantiate its assertion that the State Responsibility Act was applicable in the present case by providing relevant domestic case-law concerning awards of damages in similar situations.

72. In respect of a possible claim against the alleged perpetrators for the damage sustained, the Court considers that having exhausted the possibilities available to him within the criminal justice system, the applicant was not required to use the civil remedy invoked by the Government (see, *mutatis mutandis*, *Assenov and Others v. Bulgaria*, 28 October 1998, § 86, *Reports of Judgments and Decisions* 1998 VIII). Moreover, the civil remedy relied on by the Government cannot be regarded as sufficient for the fulfilment of a State's obligation under Article 3 in cases such as the present one, as it is aimed at awarding damages rather than identifying

and punishing those responsible (see *Beganović v. Croatia*, no. 46423/06, § 56, 25 June 2009).

73. It follows that the Government's objection of non-exhaustion of domestic remedies in respect of the applicant's complaint under Article 3 must be dismissed.

74. The Court further notes that the complaint is not manifestly ill founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention and not inadmissible on any other ground. It must therefore be declared admissible.

2. Merits

a) General principles

75. The Court reiterates that Article 3 enshrines one of the most fundamental values of a democratic society. It prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment.

76. Ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3 of the Convention. The assessment of this minimum is relative: it depends on all the circumstances of the case, such as the nature and context of the treatment, its duration, its physical and mental effects and, in some instances, the sex, age and state of health of the victim (see *A. v. the United Kingdom*, 23 September 1998, § 20, *Reports of Judgments and Decisions* 1998 VI).

77. The Court reiterates that the obligation of the High Contracting Parties under Article 1 of the Convention to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms

defined in the Convention, taken together with Article 3, requires States to take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to ill-treatment, including ill-treatment administered by private individuals (see, among other authorities, *Šečić v. Croatia*, no. 40116/02, § 52, 31 May 2007).

78. Where an individual raises an arguable claim of ill-treatment, including of ill-treatment administered by private individuals, Article 3 of the Convention gives rise to a procedural obligation to conduct an independent official investigation (see *Šečić*, cited above, § 53; *Nikolay Dimitrov v. Bulgaria*, no. 72663/01, § 67, 27 September 2007 and, *mutatis mutandis*, *Menson and Others v. the United Kingdom* (dec.), no. 47916/99, 6 May 2003). The investigation must be capable of leading to the identification of those responsible with a view to their punishment.

79. The scope of this obligation by the State is one of means, not of result; the authorities must have taken all reasonable steps available to them to secure the evidence concerning the incident (see *Nikolay Dimitrov*, cited above, § 69, and, *mutatis mutandis*, *Menson and Others*, cited above). A requirement of promptness and reasonable expedition is implicit in this context. Tolerance by the authorities towards such acts cannot but undermine public confidence in the principle of lawfulness and the State's maintenance of the rule of law (see, for example, *Members (97) of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses v. Georgia*, no. 71156/01, § 97, ECHR 2007 V, and *Milanović v. Serbia*, no. 44614/07, § 86, 14 December 2010).

b) Application of those principles to the present case

80. On the basis of the submitted medical evidence, which appears reliable and comprehensive and which established that the applicant had ten broken ribs, large bruises on the upper part of his body, suffered from emphysema and pneumothorax and was in need of major surgery, the Court considers that the treatment complained of was sufficiently serious to amount to ill-treatment within the meaning of Article 3 of the Convention.

81. Therefore the authorities had a procedural obligation to conduct an official investigation. The Court notes at the outset that the authorities took a number of investigatory steps. They instituted criminal proceedings shortly after the incident, questioned a number of witnesses, commissioned a medical report and conducted a line up. At the close of both the original and the renewed investigations the police investigator, having assessed the evidence, proposed to the prosecutor that S.F. be brought to trial. All of that shows that in the early stages of the investigation the authorities deployed reasonable efforts to gather the evidence and establish the facts.

82. Having said that, the Court further observes that the prosecutor decided to terminate the proceedings, concluding that no ill-treatment had taken place in the supermarket, on two main grounds: the fact that the applicant had not requested the police officers to provide him with medical help and the fact that despite his allegations that he had been punched in the head twice the witnesses had not reported any injuries on his

person and the doctors who had examined him had not recorded any such injuries. The Court notes that the applicant sought judicial review of the prosecutor's decrees, contesting on all occasions her reasoning, and when examining the applicant's appeals the domestic court acceded to his arguments and rejected the prosecutor's conclusions as ill-founded (see paragraphs 30 and 31 above). Nevertheless, despite the court's findings, which clearly disproved the two basic arguments for the discontinuation of the proceedings, the prosecutor terminated the proceedings three more times with identical reasoning, thus rendering the judicial review practically ineffective.

83. In the light of the aforementioned, while acknowledging the fact that the prosecutor has a certain discretion when assessing the evidence and deciding whether to bring an accused to trial, the Court considers that in the particular circumstances of the instant case, by discontinuing the criminal proceedings on four occasions with identical reasons despite court findings which disproved the prosecutor's position and even explicitly stated that there was sufficient evidence to bring the accused to trial, the prosecution authorities failed to act diligently and also unjustifiably delayed the proceedings.

84. Furthermore, following the District Court's decision of 24 November 2005, which gave a two-month deadline for submitting an indictment, the prosecution authorities were required to react promptly. Instead, they did not resume working on the case until 10 January 2006 and only commissioned a medical report on 17 January 2006. The report was presented to the authorities before 2

February 2006 but despite its findings the authorities failed to react immediately. Thus, as a result of the procrastination of the prosecutor, the proceedings were terminated under Article 239a of the Code of Criminal Procedure of 1974.

85. In respect of the procedure under Article 239a, the Court has already observed that it was the only remedy which could be considered effective (at least in some situations) in respect of complaints about the excessive length of criminal proceedings. However, as was pointed out by the Bulgarian Constitutional Court (see paragraph 58 above), that remedy used a formal criterion to measure “reasonable time”, which in some cases could, contrary to the public interest that offenders be brought to justice, result in the undue discontinuance of criminal prosecutions (see *Dimitrov and Homanov v. Bulgaria*, nos. 48059/06 and 2708/09, § 119, 10 May 2011). In the Court’s view, that is precisely what occurred in the instant case. The successful invocation by the accused of the Article 239a remedy brought to an abrupt end a deficient investigation marked by an obstinate refusal of the prosecutor to address the concerns repeatedly expressed by the courts. The result must be regarded as at variance with the requirements of the respondent State’s procedural obligation under Article 3 (see, in this connection, *Beganović*, cited above, §§ 85-87).

86. In the light of the foregoing the Court concludes that in the present case the authorities failed to conduct an effective investigation into the applicant’s allegations of ill-treatment which led to the expiration of the relevant deadline and the impossibility to prosecute any further. Accordingly, there has been a

violation of Article 3 of the Convention in its procedural limb.

II. The remainder of the applicant’s complaints

87. The applicant also complained, relying on Article 6 § 1, that the inactivity of the public prosecutor had precluded him from seeking damages from his attackers.

88. The Court has examined this complaint as submitted by the applicant. However, in the light of all the material in its possession, and in so far as the matters complained of are within its competence, the Court finds that they do not disclose any appearance of a violation of the rights and freedoms set out in the Convention or its Protocols.

89. It follows that this part of the application must be rejected as being manifestly ill-founded, pursuant to Article 35 §§ 3 (a) and 4 of the Convention.

III. Application of Article 41 of the Convention

90. Article 41 of the Convention provides:

“If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.”

A. Damage

91. The applicant claimed 15,000 euros (EUR) in respect of non pecuniary damage.

92. The Government contested this claim as unfounded and excessive.

93. The Court considers that the applicant must have suffered anxiety and frustration as a result of the violation found. Accordingly, deciding on an equitable basis, it awards him EUR 4,000.

B. Costs and expenses

94. The applicant also claimed EUR 1,500 for costs and expenses incurred for legal work carried out by his lawyer after the communication of the present application to the Court. In support of the claim he submitted a contract for legal representation, stipulating the said amount as remuneration for the legal services provided.

95. The Government contested this claim as unfounded and excessive.

96. According to the Court's case-law, an applicant is entitled to the reimbursement of costs and expenses only in so far as it has been shown that these have been actually and necessarily incurred and are reasonable as to quantum. In the present case, the Court, noting that the exact number of hours of legal work done was not indicated and that the applicant's lawyer did not represent him at the initial stage of the proceedings (see, for the same approach, *Bachvarovi v. Bulgaria*, no. 24186/04, § 40, 7 January 2010), considers it reasonable to award the sum of EUR 1,000 covering costs and expenses under all heads.

C. Default interest

97. The Court considers it appropriate that the default interest should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

For these reasons, the Court unanimously

1. *Declares* the complaint concerning the alleged ineffectiveness of the criminal investigation into the applicant's ill-treatment admissible and the remainder of the application inadmissible;

2. *Holds* that there has been a violation of Article 3 of the Convention under its procedural limb;

3. *Holds*

(a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the following amounts, to be converted into Bulgarian leva at the rate applicable at the date of settlement:

(i) EUR 4,000 (four thousand euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;

(ii) EUR 1,000 (one thousand euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of costs and expenses;

(b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;

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

Joint separate opinion of Judges Kalaydjieva and De Gaetano

1. We fully subscribe to the conclusion that the Bulgarian authorities failed to meet their obligations under the procedural limb of Article 3 of the Convention. However, quite apart from considerations relating to delay, we are of the view that the case raises serious questions concerning another aspect of the positive obligation to conduct "an independent official investigation...capable of leading to the identification of those responsible with a view to their punishment" (§ 78), which aspect has not been adequately addressed in the present judgment.

2. While we are prepared to accept that a prosecutor must be accorded a degree of discretion to decide whether the facts and the evidence justify a decision to bring an alleged offender before the courts in order to seek his punishment, we also believe that this power is based on the premise that the discretion is exercised in good faith; and, generally speaking, the exercise of this discretion will be compatible with the positive obligation under Article 3 only if accompanied by some system of appropriate checks and balances capable of preventing abuse. Where this discretion is capable of being exercised arbitrarily or in bad faith, as is suggested by the facts of the instant case, the very object of the procedural requirement of Article 3 is undermined, since the punishment component can never materialise notwithstanding that the investigation *was* capable of identifying the offender or offenders.

3. The applicant's appeals against the successive orders for the discontinuation of the investigation proceedings provided for a semblance of such checks at the national level and, indeed, resulted in four different independent judges expressing in clear terms their concern as to the good faith of the prosecution authorities when the latter repeatedly found the facts and evidence in the case insufficient for the purposes of indictment. Even assuming that the prosecutors in the present case acted in the sincere belief that these facts and evidence did not justify a decision to indict the suspect/s in question, we fail to see any justification for the absence of further diligent investigation of other avenues which the prosecution authorities might have seen as a more plausible explanation of the origin of the applicant's serious injuries. In the opinion of one of the judges in the appeal proceedings, "the prosecutor's conclusions suggested that ... the applicant had somehow injured himself or had been attacked by unknown individuals ... [H]aving regard to the time and location of the incident as suggested by the prosecutor, namely while the applicant was returning home, it was very unlikely that this would have gone unnoticed."

4. The questionable good faith with which the investigation proceedings were repeatedly discontinued also raised a sufficient degree of concern with the higher prosecution authorities which led them to consider the possibility of disciplinary measures against the responsible prosecutors. We see no reason not to share their concerns. However, such concerns were clearly insufficient to either bring the identified suspects before the courts, or to trigger

any further investigation to ascertain other circumstances or perpetrators.

5. In the instant case the situation amounted to *de facto* tolerance by the authorities towards violence causing suffering beyond the threshold of Article 3, which cannot but undermine public confidence in the principle of lawfulness and maintenance of the rule of law. We regret that the present judgment fails to examine the extent to which the demonstrated arbitrary exercise of prosecutorial discretion contributed to the respondent Government's failure to meet the obligations under Article 3. Unaccountable discretion renders meaningless the positive obligation to conduct an investigation capable of leading to punishment and, in practice, relegates the victim to the position obtaining before the development of the positive obligation doctrine in the context of Articles 2 and 3.

» Noot

1. Deze zaak gaat over een inadequate afwikkeling van een burgeraanhouding. Biser Kostov werd op 21 april 2004 door medewerkers van een supermarkt aangehouden omdat hij een flesje wodka zou hebben gestolen. Voordat hij aan de politie werd overgedragen, zou Kostov door de manager en de eigenaar van de supermarkt ernstig letsel zijn toegebracht. Uit medisch onderzoek kwam vast te staan dat Kostov door uitwendig mechanisch geweld tien gebroken ribben en blauwe plekken aan hoofd, borst en buik had opgelopen. Tevens was sprake van inwendig letsel aan longen, hart en nieren. De aard van het letsel bleek niet onmiddellijk duidelijk; de politieambtenaren die Kostov naar het politiebureau brachten, hielden vol geen

ernstig letsel te hebben waargenomen. Ook de politieambtenaren die later die dag een bezoek brachten aan Kostov, die het politiebureau was ontvlucht, thuis, bestreden dat sprake was van al te ernstig letsel bij klager. Kostov werd desondanks aan het eind van de middag in het ziekenhuis opgenomen alwaar het letsel vrij snel werd geconstateerd. Na verhoor van Kostov de volgende dag, werd besloten een opsporingsonderzoek in te stellen naar de gebeurtenissen in de supermarkt. Hoewel Kostov verklaarde te zijn mishandeld door de manager en de eigenaar van de winkel, richtte het opsporingsonderzoek zich slechts tot de manager (S.F.).

Uit het door de politie verrichte onderzoek rees voldoende verdenking tegen S.F. Deze ontkende Kostov te hebben mishandeld, het letsel was volgens hem veroorzaakt doordat Kostov tegen een deur was aangelopen en er wat geduwd was toen Kostov wilde ontsnappen. Ook de politieambtenaren die naar de supermarkt waren gegaan om Kostov naar het politiebureau over te brengen, stelden geen noemenswaardig letsel te hebben waargenomen en ontkenden te hebben gehoord dat Kostov om medische hulp had verzocht, iets wat hij naar eigen zeggen wel zou hebben gedaan. De openbaar aanklager zag in de verklaringen van S.F. en in de onduidelijkheid over de aard van het letsel op het moment dat Kostov naar het politiebureau werd geleid voldoende redenen om van vervolging af te zien. Daartegen maakte Kostov uiteindelijk vier keer bezwaar bij de districtsrechtbank, die op grond van het dossier nader onderzoek gelastte, hetwelk de aanklager vervolgens telkens – na enig nader onderzoek – terzijde legde. De zaak sleepte voort, totdat S.F.

bij de districtsrechtbank verzocht om de zaak voor beëindigd te verklaren. De districtsrechtbank gaf het Openbaar Ministerie nog twee maanden te besluiten al dan niet met de zaak door te gaan. Uit nieuw forensisch medisch onderzoek bleek intussen dat de opmerking van de politieambtenaren dat zij geen letsel bij Kostov hadden waargenomen kon worden verklaard doordat bepaald letsel pas na enige tijd zichtbaar wordt. Dit nieuwe gegeven mocht niet baten: de termijn die de districtsrechtbank op grond van de wet had gesteld (en die bedoeld is opsporingsonderzoeken binnen redelijke termijn te laten verlopen) was inmiddels verstreken; de zaak werd voor beëindigd verklaard. Kostov's beroep daartegen leidde tot niets.

2. Kostov stapte naar het Hof in Straatsburg en stelde dat sprake was van een schending van art. 6 EVRM. Het Hof verwierp die klacht (par. 89), maar ging wel ambtshalve in op de vraag of er sprake was van een schending van art. 3 EVRM. In dat geval moet komen vast te staan of in de onderhavige casus sprake was van foltering, onmenselijke of vernederende behandeling. Daarbij stelt het Hof zich de vraag of de gedragingen 'een minimale graad van ernst' bezitten, hetgeen afhankelijk is van de concrete omstandigheden van de zaak (par. 75). Aangenomen wordt dat zowel individuen die onder verantwoordelijkheid van een lidstaat handelen (bijvoorbeeld politieambtenaren) als private personen dergelijk gedrag kunnen begaan waarvoor de verdragsluitende staat, gelet op art. 1 EVRM in combinatie met art. 3 EVRM, verantwoordelijk kan worden gehouden (par. 77). De uitbreiding van art. 3 EVRM naar private personen is de laatste twintig jaar meer op de voorgrond

komen te staan en is inmiddels vaste rechtspraak (J. Vande Lanotte, Y. Haeck (red.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijs Commentaar, Volume I*, Antwerpen/Oxford: Intersertia 2004, p. 133-134). Het spreekt voor zich dat over de (aard van de) gedragingen tussen de klager en de verdragsluitende staat onenigheid kan bestaan. Ook in de onderhavige zaak was dat het geval. De openbaar aanklager weigerde S.F. te vervolgen omdat deze er niet helemaal van overtuigd was dat Kostov door S.F. was mishandeld, twijfel die door Bulgarije werd meegenomen in het verweer voor het Hof (par. 66). De politie en de rechtbank, die tot vier keer toe nader onderzoek beval, waren een andere mening toegedaan.

In gevallen waarin niet een private persoon maar een persoon die onder gezag van de overheid valt mogelijk het geweld heeft aangewend, hanteert het Hof als uitgangspunt dat 'beyond reasonable doubt' moet komen vast te staan dat klager het slachtoffer is geworden van geweld. Zulk bewijs kan zijn geleverd op basis van de "coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar un rebutted presumptions of fact" (zie o.a. *Avşar t. Turkije*, EHRM 10 juli 2001, nr. 25657/94, *Reports* 2001-VII, par. 282). Het is daarbij aan de overheid om bewijs aan te dragen dat de verwondingen niet door een overheidsambtenaar waren aangebracht (zie recentelijk nog *Karbowniczek t. Polen*, EHRM 27 september 2011, nr. 22339/08, par. 51).

In zaken waar twijfel bestaat of een private persoon de klager onmenselijk of vernederend heeft behandeld, lijkt deze standaard niet te gelden. Het Hof stelt enkel vast of de toegebrachte

verwondingen, die door uitwendig mechanisch geweld zijn toegebracht, op zichzelf als onmenselijke of vernederende behandeling kunnen worden aangemerkt, ofwel omdat dit door partijen niet wordt betwist (zie o.a. *Z. e.a. t. VK*, 10 mei 2001, nr. 29392/95, *Reports* 2001-V, par. 74), ofwel omdat dit uit de in het dossier aangeleverde bewijsmiddelen zou blijken (Zie ook *Šečić t. Kroatië*, EHRM 31 mei 2007, nr. 40116/02, «EHRC» 2007/92 m.nt. Henrard, par. 55; *Nikolay Dimitrov t. Bulgarije*, EHRM 27 september 2007, nr. 72663/01, par. 70). Dat laatste blijkt kennelijk ook uit de onderhavige zaak (par. 80). Volgens het Hof moet enkel worden vastgesteld (in de woorden van par. 80, ‘established’) dat ernstig uitwendig mechanisch geweld de oorzaak is van de bij de klager geconstateerde verwondingen. Daarbij kunnen eenduidige, betrouwbare medische rapportages van dienst zijn. Niet duidelijk is of de staat verantwoordelijkheid draagt voor het doen opstellen van dergelijke rapportages of dat het de burger is die zelf bewijs moet aandragen slachtoffer te zijn van geweld. Dat laatste kan, gelet op het vervolg van ’s Hof’s uitspraak, volgens mij maar in beperkte mate van de burger worden verlangd.

3. Wanneer kan worden aangenomen dat de gedragingen op zichzelf dermate ernstig zijn dat zij binnen het bereik van art. 3 EVRM vallen, levert dat een ‘arguable claim’ op van onmenselijke of vernederende behandeling (par. 78). Het gaat enkel om een claim; of de verwondingen van Kostov door S.F. zijn aangebracht en of S.F. daarvoor strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gehouden, is niet aan het Hof om vast te stellen. Het stelt enkel dat er een claim is,

waardoor lidstaten een *procedurele* verplichting hebben tot het doen van onderzoek.

Net als in andere zaken wordt die claim gebaseerd op art. 3 EVRM, in combinatie met art. 1 EVRM. Verschillende auteurs hebben hiertegen bezwaar gemaakt: waarom zouden staten zijn gehouden aan de naleving van art. 3 EVRM “in relaties waarvan de staat in geen enkel opzicht deel uit maakt” (P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 70)? Het Hof beantwoordt deze vraag door erop te wijzen dat bij het toelaten van dergelijke gedragingen het niet anders kan dan dat dit leidt tot verlies van vertrouwen van de bevolking in de rechtsstaat (par. 79). Burgers moeten in de overheid kunnen vertrouwen als het gaat om de aanpak van geweld. Rechtsfilosofisch gesteld: in het sociaal contract wordt aan de overheid het geweldsmonopolie in handen gegeven en daarmee ook de verplichting tegen geweld tussen burgers op te komen. Komt de overheid haar verplichtingen niet na, dan is eigenrichting in beginsel weer mogelijk. Om dat te voorkomen, eigenrichting wordt namelijk als ongewenst beschouwd want leidt ertoe dat geen enkel individu zijn natuurlijke rechten daadwerkelijk kan effectueren (vgl. J. Locke, *Two treatises of government*, London/Vermont: Dent/Tuttle 1993, p. 121), dient de overheid op te treden tegen geweld tussen burgers. En dus zou men kunnen stellen dat een burger op grond van art. 1 jo. art. 3 EVRM erop mag vertrouwen dat de overheid tegen geweld tussen burgers optreedt.

Het Hof stelt dat het behoud van het vertrouwen niet betekent dat elke

foltering, onmenselijke of vernederende behandeling altijd moet worden voorkomen of tot een bepaalde sanctie moet leiden, wel dat een rechtssysteem zo moet zijn ingericht dat een zo effectief mogelijke bescherming kan worden gegarandeerd (*Beganovic t. Kroatië*, EHRM 25 juni 2009, nr. 46423/06, par. 71). Uit deze verplichting volgt volgens het Hof dat het onderzoek onafhankelijk moet zijn en door overheidsorganen moet worden verricht. Het moet zo worden uitgevoerd dat het kan leiden tot identificatie van hen die verantwoordelijk zouden kunnen zijn voor de gedragingen, teneinde hen voor het plegen daarvan te vervolgen en te berechten en indien mogelijk te bestraffen (par. 78). Het gaat het Hof om het uitvoeren van onderzoek waarbinnen bewijs over het voorval kan worden vergaard. Dat vraagt om voortvarend onderzoek, binnen de grenzen van wat redelijkerwijs haalbaar is (par. 79). Niet alleen eist het Hof een wettelijke regeling dat dergelijk onderzoek mogelijk maakt. Het verlangt ook dat strafrechtelijk onderzoek naar geweldpleging tussen burgers in de praktijk voortvarend verloopt. Van het Openbaar Ministerie wordt in dit verband verlangd dat het prompt (althans niet onnodig vertragend) en ijverig ('diligently') handelt (lees: vervolging instelt) wanneer voldoende bewijs voorhanden lijkt te zijn voor een veroordeling (par. 83 en 84).

4. Aan die procedurele verplichtingen, die in het kader van de opsporing en de berechting reeds bekend waren (zie o.a. *Šečić t. Kroatië*, EHRM 31 mei 2007, «EHRC» 2007/92; *Milanovic t. Servië*, EHRM 14 december 2010, nr. 44614/07, «EHRC» 2011/39 m.nt. Henrard; *Nikolay Dimitrov t. Bulgarije*, EHRM 27 september 2007, nr. 72663/01), en vanaf

heden dus ook van toepassing zijn op de vervolgingsbeslissing, heeft Bulgarije volgens het Hof in deze zaak niet voldaan. Allereerst wijst het Hof erop dat na het incident de politie enkele onderzoekshandelingen heeft verricht, zoals het ondervragen van getuigen, het opvragen van het medisch dossier en het uitvoeren van een line-up. Dit waren volgens het Hof "reasonable efforts to gather the evidence and establish the facts" (par. 81). Vervolgens stelt het Hof dat de openbaar aanklager de zaak beëindigde op twee gronden (onduidelijkheid of Kostov aan de politie om medische hulp had gevraagd en onduidelijkheid over de aard van het letsel dat was aangebracht). Beide gronden werden door de districtsrechtbank, waartoe Kostov zich had gewend met een klacht over de weigering om te vervolgen, afgewezen. Desondanks weigerde de aanklager, wier optreden het Hof kwalificeerde als koppig of halsstarrig ('obstinate') (par. 85), tot vier keer toe op dezelfde gronden te vervolgen. Dat betekende volgens het Hof dat de rechterlijke controle op de beslissing van de aanklager praktisch ineffectief was geworden (par. 82). Tevens wijst het Hof op een in een eerdere uitspraak gewraakte wettelijke bepaling in het Bulgaarse Wetboek van Strafvordering (zie daarover *Dimitrov en Hamanov t. Bulgarije*, EHRM 10 mei 2011, nrs. 48059/06 en 2708/09, «EHRC» 2011/105 par. 119), waarin (onder verwijzing naar een arrest van de Bulgaarse constitutionele rechter) werd bepaald dat een te strikte (formele) termijn werd gebruikt voor de bepaling van de maximale duur van een opsporingsonderzoek. Gecombineerd met een talmende openbaar aanklager, leidt het voorgaande tot de conclusie dat het Openbaar Ministerie erin faalde om

voortvarend en zonder onnodige vertraging tot vervolging van S.F. over te gaan, terwijl daartoe voldoende aanleiding bestond (par. 83). Dit alles levert volgens een unaniem Hof een schending op van art. 3 EVRM.

5. De vraag is of de verplichtingen zich ook mogen uitstrekken tot een “system of appropriate checks and balances capable of preventing abuse” van de door het Hof erkende discretionaire ruimte van openbaar aanklagers. Die vraag wordt door de rechters Kalaydjieva en De Gaetano in een separate opinie opgeworpen. Het Hof is bijzonder kritisch op het functioneren van het Openbaar Ministerie in deze zaak maar lijkt de vraag van Kalaydjieva en De Gaetano slechts impliciet te hebben beantwoord door een praktisch effectieve rechterlijke controle op de vervolgingsbeslissing te verlangen. Door aan te geven dat in de onderhavige zaak een praktisch ineffectieve rechterlijke controle plaatsvond, maakt het Hof duidelijk dat rechterlijke controle meer handen en voeten zou moeten krijgen teneinde de openbaar aanklager te kunnen dwingen vervolging in te stellen. Kalaydjieva en De Gaetano zoeken de oplossing elders. Zou de controle op aanklagers binnen het Openbaar Ministerie niet beter kunnen en valt ook het opstellen van regels van controle op het navolgen van beslissingen van een gerecht dat een aanklager opdraagt te vervolgen niet onder de procedurele verplichting van art. 3 EVRM? Dit is niet alleen een vraag betreffende de organisatie van de strafrechtspleging, hoe moet de controle op een gerechtelijk bevel tot vervolging effectief worden geregeld, maar ook betreffende de organisatie van een orgaan binnen de strafrechtspleging. Welke ruimte zou er

mogen bestaan om openbaar aanklagers, die een zekere discretionaire ruimte hebben al dan niet te vervolgen, intern te controleren op de beslissingen die zij ten aanzien van het al of niet vervolgen nemen?

Wanneer (rechterlijke) controle op de handelwijze van bijvoorbeeld een openbaar aanklager praktisch ineffectief blijft, is wellicht iets te zeggen voor een systeem van interne controle op het handelen van aanklagers. Het Hof heeft bijvoorbeeld in *Ramsahai t. Nederland*, EHRM 15 mei 2007, nr. 52391/99, «EHRC» 2007/83 m.nt. De Jonge, gewezen op enkele zwakheden binnen de politieorganisatie ten aanzien van de afwikkeling van het aanwenden van vuurwapens door politieambtenaren en mede op grond daarvan tot een schending van art. 2 EVRM geoordeeld. In het geval de organisatie van een orgaan van de strafrechtspleging in de weg staat aan een effectieve naleving van het verdrag, lijken Kalaydjieva en De Gaetano te stellen dat de procedurele verplichtingen zich ook mogen uitstrekken tot de organisatie van interne controle op aanklagers, door in rang hogere aanklagers binnen het Openbaar Ministerie. Het Hof zou hier dus wat hebben laten liggen, terwijl het wel de oorzaak van alle problemen, een weigerachtige maar kennelijk niet te controleren openbaar aanklager, onderkende. Anderzijds beperkt al te veel interne controle op openbaar aanklagers hun discretionaire ruimte al dan niet te vervolgen. Daarbij is niet gezegd dat meer interne controle tot een andere uitkomst had geleid. Wellicht dat het Hof impliciet in overweging heeft genomen dat – nu in verschillende lidstaten burgers die eigen goed verdedigen op een voetstuk worden geplaatst, en op het

Openbaar Ministerie druk wordt uitgeoefend deze ‘goede burgers’ niet te vervolgen (zie bijv. de Aanwijzing handelwijze bij noodweer van 13 december 2010, *Stcrt.* 2010, 20474 die in opdracht van het huidige kabinet tot stand is gekomen) – niet valt te verwachten dat een aanklager die weigert te vervolgen zal worden teruggefloten door de eigen organisatie. Dan valt van een effectieve, onafhankelijke rechterlijke controle wellicht meer te verwachten.

6. Het Hof waarschuwt voor al te veel tolerantie van de zijde van de overheid ten aanzien van door burgers tegen andere burgers aangewend geweld (par. 79). We zagen dat die waarschuwing verband zou kunnen houden met de (contractuele) verplichting van de overheid om het geweldsmonopolie te bewaren en met behulp van de sterke arm op te treden tegen vormen van eigenrichting. Daaruit moet niet worden afgeleid dat gewelddadige handelingen van burgers jegens andere burgers altijd ontoelaatbaar zijn. Het Hof verlangt dat lidstaten onderzoek doen teneinde de waarheid vast te stellen, zij die verantwoordelijk zijn voor het geweld te identificeren “with a view to their punishment” (par. 78). Het Hof zegt hiermee dat in zijn algemeenheid geweldpleging tot bestraffing moet kunnen leiden, niet dat dit altijd het geval hoeft te zijn. Dat zou in strijd zijn met de juridische tradities van – naar we kunnen aannemen – de meeste lidstaten van de Raad van Europa waarin tot op zekere hoogte gerechtvaardigde aanwending van geweld door burgers wordt aanvaard. Voor Nederland geldt dat ten aanzien van de bevoegdheid gepast geweld toe te passen bij de aanhouding op heterdaad van verdachten (art. 53 lid 1 Sv), maar

ook in het kader van de gerechtvaardigde verdediging van lijf, eerbaarheid of goed tegen een ogenblikkelijke wederrechtelijke aanranding, noodweer dus (art. 41 lid 1 Sr). Wat het Hof ook ten aanzien van casus als deze lijkt te zeggen is dat ook dan een verplichting bestaat onderzoek te doen naar de gedragingen teneinde vast te stellen wie daarvoor verantwoordelijk zou kunnen worden gesteld.

De term verantwoordelijk is misleidend maar zegt niets over strafrechtelijke aansprakelijkheid (vgl. *E. e.a. t. VK*, EHRM 26 november 2002, nr. 33218/96, par. 91); het gaat enkel om het vaststellen wie de gedraging heeft begaan. Dat die vaststelling met het oog op bestraffing tot stand komt, zegt enkel iets over de kwaliteit van het onderzoek (dat moet zodanig zijn dat de strafrechter in staat wordt gesteld een oordeel over daad en verdachte te kunnen vellen), niet over de inhoud daarvan of de gevolgtrekking die daaruit moet worden genomen (vervolgen en opleggen van een strafrechtelijke sanctie). Overheden moeten wel oppassen: al te voortvarend burgers oproepen geweld aan te wenden bij aanhouding of ter verdediging, wat bijvoorbeeld de Nederlandse overheid de laatste tijd lijkt te doen, ontslaat hen er niet van om dat vervolgens grondig te onderzoeken. Het laten versloffen van onderzoek en/of de vervolgingsbeslissing in mogelijke gevallen van eigenrichting levert een schending op van art. 3 EVRM. Ook de vermeend ‘slechte burger’ die ervan wordt verdacht uit een supermarkt te hebben gestolen, verdient bescherming (vgl. J.M. ten Voorde, 'Kwetsbaarheid aan het woord bij de herijking van noodweer?', in: *Liber amicorum René Foqué*, Gent: Larcier/Boom Juridische

uitgevers 2012, p. 261-277). Dat mag in deze tijd ook wel eens worden gezegd.

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