

Universiteit
Leiden
The Netherlands

Schadevergoeding bij schending van mensenrechten. De rechtspraktijk onder het EVRM, vergeleken met die in Nederland

Emmerik, M.L. van

Citation
Emmerik, M. L. van. (1997, June 5). *Schadevergoeding bij schending van mensenrechten. De rechtspraktijk onder het EVRM, vergeleken met die in Nederland*. *Stichting NJCM-Boekerij*. Stichting NJCM-Boekerij, Leiden. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/46933

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/1887/46933

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

Schadevergoeding bij schending van mensenrechten

De rechtspraktijk onder het EVRM vergeleken met die in Nederland



Michiel L. van Emmerik

Schadevergoeding bij schending van mensenrechten

De rechtspraktijk onder het EVRM, vergeleken met die in Nederland

Schadevergoeding bij schending van mensenrechten

De rechtspraktijk onder het EVRM, vergeleken met die in Nederland

Michiel L. van Emmerik

Stichting NJCM-Boekerij 29

LEIDEN
1997

Dit boek werd als proefschrift verdedigd aan de Rijksuniversiteit Leiden op 5 juni 1997.
Promotoren: Prof. mr. E.A. Alkema
Prof. mr. Jac. Hijma

Layout: J.P. Loof

© 1997, Michiel L. van Emmerik, Amsterdam
Eerste druk, tweede licht gewijzigde oplage

ISBN 90-6750-030-5

Trefw.: schadevergoeding / rechten van de mens / EVRM / Nederland

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, of op enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteur.

'De liefde vergaat nimmer'

Ter nagedachtenis aan

mr. Cornelis Maria van Emmerik

Voor mijn ouders

VOORWOORD

Dit boek heb ik met plezier geschreven. De gebruikelijke 'proefschriftdip' is uitgebleven, alhoewel er natuurlijk wel eens wat moeilijke momenten waren.

Als 'Amsterdammer' kwam ik naar Leiden met enige vooroordelen. Het was dan ook een opluchting in de vakgroep Staatsrechtelijke vakken terecht te komen, waar het motto lijkt te gelden 'Doe maar gewoon, dan doe je al gek genoeg'. Ik dank mijn collega's voor de prettige werksfeer, in het bijzonder Jan-Peter Loof, die voor een belangrijk deel verantwoordelijk is voor de vormgeving van dit boek en bovendien reeds zes jaar de werkkamer met mij deelt en dit nog steeds volhoudt. Daarnaast Tom Barkhuysen voor het kritisch lezen van het manuscript en voor de langdurige discussies waarmee we vaak weer bij het eenvoudige beginpunt uitkwamen. Ook contacten met andere vakgroepen heb ik zeer op prijs gesteld, in het bijzonder natuurlijk de vakgroep Civielrechtelijke Vakken.

Voor het stuk over schadevergoeding in het volkenrecht ben ik veel dank verschuldigd aan Prof. mr. E.W. Vierdag (Universiteit van Amsterdam), die dit onderdeel van kritisch commentaar voorzag.

Gelukkig heb ik het schrijven van dit boek kunnen afwisselen met andere activiteiten, zoals het geven van onderwijs. Dit onderwijs, in het bijzonder het seminar over het onderwerp van dit boek, werkte zeer bevruchtend voor het onderzoek. Daarnaast ben ik blij dat ik de ruimte heb gekregen om me bezig te blijven houden met het jeugdrecht, in het bijzonder in de Kinderrechtswinkel Amsterdam. Het in praktijk brengen van mijn maatschappelijke betrokkenheid bij kinderen was voor mij zeer belangrijk en onmisbaar naast het wetenschappelijke werk van het schrijven van een proefschrift. Bovenal hebben we natuurlijk veel met elkaar gelachen in de Kinderrechtswinkel. Veel dank aan de medewerkers, in het bijzonder de leden van BOTS!

Deze maatschappelijke betrokkenheid is gestimuleerd door Prof. mr. M. de Langen, emeritus-hoogleraar jeugdrecht aan de UvA en oprichtster van de Kinderrechtswinkel Amsterdam. Gecombineerd met de evenwichtige Gronings-Leidse inbreng van Prof. mr. E.A. Alkema, als hoogleraar mensenrechten aan de UvA, werd ik tijdens mijn studie gevormd tot de jurist die ik nu ben.

Ten slotte ben ik natuurlijk in vele opzichten dank verschuldigd aan mijn familie, al was het maar door onze hechte band. Richard en Virginia hebben ervoor gezorgd dat de Engelse samenvatting er goed uitziet. Mijn moeder heeft haar geheel eigen inbreng gehad en natuurlijk mijn vader die de openbare verdediging van dit boek helaas niet meer heeft mogen meemaken. Tot het einde toe heeft hij alle stukken gelezen en van kritisch commentaar voorzien. Ik denk dat hij wel trots zou zijn op het eindresultaat, dat ik heb geschreven ter nagedachtenis aan hem. Ik draag dit boek op aan mijn ouders.

Amsterdam/Leiden, 1 april 1997

INHOUDSOPGAVE

Schadevergoeding bij schending van mensenrechten
De rechtspraktijk onder het EVRM, vergeleken met die in Nederland

VOORWOORD

LIJST VAN AFKORTINGEN

HOOFDSTUK 1
INLEIDING 1

1.1 Probleemstelling, onderzoeksvragen en opzet 1

Algemeen deel — Schadevergoeding volgens Nederlands recht, in het internationale recht en op grond van het EVRM

HOOFDSTUK 2
SCHADEVERGOEDING VOLGENS NEDERLANDS RECHT 7

2.1 Schadebegrip 7

2.2 Definitie schadevergoeding, uitgangspunten en doeleinden van het schadevergoedingsrecht 9
2.2.1 Definitie schadevergoeding 9
2.2.2 Doelstellingen schadevergoedingsrecht 10
2.2.3 Uitgangspunten schadevergoedingsrecht 11

2.3 Enkele grondslagen voor toekenning van schadevergoeding volgens Nederlands recht 13
2.3.1 Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, in het bijzonder uit onrechtmatige overheidsdaad (art. 6:162 BW) 13

2.3.1.1 Algemeen 13
2.3.1.2 Onrechtmatig bestuur 16
2.3.1.3 Onrechtmatige wetgeving 19
2.3.1.4 Onrechtmatige rechtspraak 21
2.3.2 Bijzondere grondslagen voor (on)rechtmatig overheidsoptreden. Rechterlijke bevoegdheid tot toekenning van schadevergoeding 23
2.3.2.1 Ten onrechte ondergane voorlopige hechtenis (art. 89 Sv) . . 23
2.3.2.2 Ten onrechte ondergane straf (art. 481) Sv 27
2.3.2.3 Ten onrechte ondergane vreemdelingenbewaring (art. 34j Vreemdelingenwet) 28
2.3.2.4 Onrechtmatige vrijheidsbeneming psychiatrische patiënten (art. 35 BOPZ) 30
2.3.3 Schadevergoeding en de Algemene wet bestuursrecht 33
2.3.4 Wet persoonsregistraties 33

2.4 Vormen van compensatie, remedies volgens Nederlands recht 34
2.4.1 Vergoeding van de schade in geld 34
2.4.2 Vergoeding van de schade in andere vorm 34
2.4.3 Verklaring dat de gepleegde daad onrechtmatig is 35
2.4.4 Openbaarmaking van een rectificatie van onjuiste of misleidende mededelingen 35
2.4.5 Gericht op de toekomst: een verbods- of gebodsactie 36

2.5 Welke schade en kosten komen voor vergoeding in aanmerking? 37
2.5.1 Materiële schade 37
2.5.2 Immateriële schade 37
2.5.3. Verlies van een kans 40
2.5.4 Kosten 42
2.5.5 Abstracte of concrete schadeberekening? 42

2.6 Mitigerende factoren in verband met de schadevergoedingsplicht 44
2.6.1 Ontbreken van voldoende causaal verband tussen onrechtmatige daad en schade (art. 6:98 BW) 44
2.6.2 Verrekening van voordeel (art. 6:100 BW) 45
2.6.3 Eigen schuld aan de schade; schadebeperkingsplicht (art. 6:101 BW) 46
2.6.4 Rechterlijk matigingsrecht (art. 6:109 BW) 46

2.7 Aan wie komt de schadevergoeding toe? 47
2.7.1 Het slachtoffer 47

2.7.2 Nabestaanden 47
2.7.2.1 Schadevergoedingsclaim na overlijden slachtoffer 47
2.7.2.2 Slachtoffer overlijdt na kenbaar maken aanspraak op schadevergoeding 49
2.7.3 Schuldeisers 49
2.7.4. Rechtspersonen 50

2.8 Conclusie 50

HOOFDSTUK 3
SCHADEVERGOEDING IN HET INTERNATIONALE RECHT EN OP GROND VAN HET EVRM 53

3.1 Schadevergoeding in het volkenrecht 53
3.1.1 Inleiding 53
3.1.2 Vormen van herstel in het internationale recht 54
3.1.3 De internationale praktijk 56
3.1.4 De doctrine 56
3.1.5 Vormen van restitutie 58
3.1.6 Onmogelijkheid van restitutio in integrum 58
3.1.7 Conclusie 59
3.1.8 Positie van het individu in het internationale recht 60

3.2 De procedure voor de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens in hoofdlijnen 62

3.3 Minnelijke schikkingen na bemiddeling van de Commissie op grond van art. 28 EVRM 64
3.3.1 Algemeen 64
3.3.2 De inhoud van de schikkingen 66
3.3.3 Financiële compensatie 67
3.3.4 Compensatie in andere vorm 70
3.3.5 Het algemeen belang van de schikkingen 72
3.3.6 Conclusie 73

3.4 Afdoening door het Comité van Ministers 74

3.5 De procedure voor het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in hoofdlijnen 79

3.6 Art. 5 lid 5 EVRM: Schadevergoeding bij onrechtmatige vrijheidsberoving 80
3.6.1 Algemeen 80
3.6.2 De Travaux Préparatoires en de doctrine 81
3.6.3 De verhouding tot art. 9 lid 5 IVBPR 81

3.7 Art. 50 EVRM 82
3.7.1 Algemeen 82
3.7.2 Wanneer heeft het Hof de bevoegdheid een billijke genoegdoening toe te kennen? 83
3.7.3 De verhouding tussen art. 50 en art. 5 lid 5 87
3.7.4 Aan wie kent het Hof de billijke genoegdoening toe? 88
3.7.5 Wat kan deze billijke genoegdoening inhouden? 89
3.7.6 Protocol No. 11 90

3.8 Art. 3 van Protocol No. 7: Schadevergoeding bij gerechtelijke dwaling . . 91

3.9 Schadevergoeding bij schending van andere mensenrechtenverdragen 93
3.9.1 IVBPR 93
3.9.2 Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van elke vorm van rassendiscriminatie 94
3.9.3 Amerikaanse Conventie voor de Rechten van de Mens 95

3.10 Conclusie 95

Bijzonder deel Inventarisatie en analyse van de Straatsburgse jurisprudentie met betrekking tot artikel 50 EVRM

HOOFDSTUK 4
PROCEDURELE KWESTIES IN VERBAND MET ARTIKEL 50 99

4.1 Positie van de individuele klager in de procedure voor het Hof 99

4.2 Rol van de Commissie in de procedure voor het Hof 99

4.3 Schikkingen over schadevergoeding voor het Hof 104

4.4 Wanneer heeft het Hof de bevoegdheid een billijke genoegdoening toe te kennen? 107
4.4.1 Algemeen 107
4.4.2 Constatering door het Hof van een verdragsschending 108
4.4.3 Voorwaarde van slechts gedeeltelijk rechtsherstel in het nationale recht 108
4.4.4 Discretionaire bevoegdheid van het Hof bij de toekenning van een billijke genoegdoening 116
4.4.5 Tijdstip indienen claim 117

4.5 Stelplicht en bewijslast van de klager 117

4.6 Aan wie kent het Hof de billijke genoegdoening toe? 120
4.6.1 Het slachtoffer 120
4.6.2 Nabestaanden 121
4.6.2.1 Schadevergoedingsclaim in verband met overlijden slachtoffer 121
4.6.2.2 Schadevergoedingsclaim houdt geen verband met overlijden slachtoffer 122
4.6.3 Schuldeisers: de staat en/of derden 125
4.6.4 Rechtspersonen 133

4.7 Conclusie 137

HOOFDSTUK 5
MATERIËLE KWESTIES IN VERBAND MET ARTIKEL 50 139

5.1 Wat kan de billijke genoegdoening inhouden? 139
5.1.1 Schadevergoeding in geld 139
5.1.2 Declaratoire uitspraak 139
5.1.3 Restitutio in integrum 148
5.1.4 Symbolische compensatie 151
5.1.5 Grenzen aan de bevoegdheden van het Hof 152

5.2 Welke schade en kosten komen voor vergoeding in aanmerking? 163
5.2.1 Materiële schade 163
5.2.1.1 Geleden verlies 163
5.2.1.2 Gederfde winst 163
5.2.2 Immateriële schade 164
5.2.3 'Loss of opportunities' 167

5.2.4 Kosten 173

5.3 Factoren die de omvang van de schadevergoedingsverplichting beïnvloeden 175
5.3.1 Ontbreken van voldoende causaal verband tussen verdragsschending en schade 171
5.3.2 Verrekening van voordeel 179
5.3.3 Eigen schuld aan de schade; schadebeperkingsplicht 180
5.3.4 Rechterlijk matigingsrecht 182

5.4 Hoe bepaalt het Hof de hoogte van de schadevergoeding? 182
5.4.1 Schatting of precieze schadeberekening? 182
5.4.2 Abstracte of concrete schadeberekening? 184
5.4.3 Schadevergoeding op nationaal niveau 185
5.4.4 Voor schadeberekening relevante tijdstip 185

5.5 Kent het Hof rente toe? 186
5.5.1 Rente en materiële schade 186
5.5.2 Rente op door het Hof toegekende bedrag 189
5.5.3 Wijze van uitbetaling; valuta 190

5.6 Conclusie 191

HOOFDSTUK 6
COMPENSATIE NAAR GESCHONDEN ARTIKEL 193

6.1 Algemeen 193

6.2 Art. 5: recht op persoonlijke vrijheid en veiligheid 195
6.2.1 Art. 5 lid 1 195
6.2.2 Art. 5 leden 2 en 3 198
6.2.3 Art. 5 lid 4 202
6.2.4 Art. 5 lid 5 204
6.2.5 Doctrine 206
6.2.6 Eigen standpunt 207

6.3 Art. 6: recht op een eerlijk proces 208
6.3.1 Art. 6 lid 1: redelijke termijn 208
6.3.2 Art. 6 lid 1: toegang tot de rechter 215
6.3.3 Art. 6 lid 1: onafhankelijke en onpartijdige rechter 216

6.3.4 Art. 6 lid 1: openbare behandeling 218
6.3.5 Art. 6 leden 1, 2 en 3: 'fair hearing' 219
6.3.6 Eigen standpunt 231

6.4 Art. 8: recht op privéleven en familie- en gezinsleven 233
6.4.1 Recht op eerbiediging privéleven, woning en correspondentie 233
6.4.2 Recht op eerbiediging familie- en gezinsleven 237

6.5 Art. 10: vrijheid van meningsuiting 242

6.6 Overige artikelen 244

6.7 Conclusie 255

Slotdeel Schadevergoeding op grond van het EVRM en volgens Nederlands recht met elkaar vergeleken

HOOFDSTUK 7
VERGELIJKING VAN DE STRAATSBURGSE PRAKTIJK EN HET NEDERLANDSE AANSPRAKELIJKHEIDS- EN SCHADEVERGOEDINGSRECHT 261

7.1 Doorwerking van internationaal recht in de Nederlandse rechtsorde 261
7.1.1 Inleiding 261
7.1.2 Artikelen 93 en 94 Grondwet 262
7.1.3 Besluiten van volkenrechtelijke organisaties 269
7.1.4 Ongeschreven volkenrecht 271
7.1.5 Conclusie/eigen standpunt 271

7.2 Vergelijking van vormen van compensatie, remedies volgens Nederlands recht en ingevolge het EVRM 273
7.2.1 Schadevergoeding in geld 273
7.2.2 Declaratoire uitspraak 273
7.2.3 Restitutio in integrum 273
7.2.4 Verbods- of gebodsactie 274

7.3 Vergelijking van schade en kosten die volgens Nederlands recht en ingevolge het EVRM voor vergoeding in aanmerking komen 274

7.3.1 Materiële schade 274
7.3.2 Immateriële schade 274
7.3.3 'Loss of opportunities' 275

7.4 Aan wie komt de schadevergoeding toe? 276
7.4.1 Het slachtoffer 276
7.4.2 Nabestaanden 276
7.4.2.1 Schadevergoedingsclaim in verband met overlijden slachtoffer 276
7.4.2.2 Schadevergoedingsclaim houdt geen verband met overlijden slachtoffer 278
7.4.3 Schuldeisers 279
7.4.4 Rechtspersonen 281

7.5 Schadevergoeding bij schending van het recht op persoonlijke vrijheid en veiligheid (art. 5 EVRM en art. 3 Protocol 7) 282
7.5.1 Strafrechtelijke detentie 282
7.5.2 Ten onrechte ondergane straf 285
7.5.3 Vreemdelingenbewaring 287
7.5.4 Gedwongen opname psychiatrische patiënten 289
7.5.5 Vrijheidsberoving van minderjarigen in het kader van een maatregel van kinderbescherming 291
7.5.6 Conclusie 292

7.6 Schadevergoeding bij schending van de vereisten van een eerlijk proces (art. 6 EVRM) 294
7.6.1. Redelijke termijn 294
7.6.1.1 Strafzaken 294
7.6.1.2 Civiele zaken 296
7.6.2 Recht op openbare behandeling door onafhankelijke en onpartijdige rechter 299
7.6.3 'Fair hearing' 300
7.6.3.1 Strafzaken 300
7.6.3.2 Civiele zaken 301
7.6.4 Onschuldpresumptie 302
7.6.5 Schadevergoeding in geval van onrechtmatige rechtspraak . 312

7.7 Schadevergoeding bij schending van het privéleven en familie- en gezinsleven (art. 8 EVRM) 318
7.7.1 Privéleven 318
7.7.2 Familie- en gezinsleven 320

7.7.3 Wetgeving in strijd met art. 8 EVRM 321

7.8 Schadevergoeding bij schending van de vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM) 322

7.9 Overig onrechtmatig overheidsoptreden 323

7.10 Conclusie 323

HOOFDSTUK 8
HERSTELMOGELIJKHEDEN NAAR NEDERLANDS RECHT NAAR AANLEIDING VAN ARREST EHRM 327

8.1 Inleiding 327

8.2 Actie uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) 327
8.2.1 EHRM heeft schadeclaim op grond van art. 50 afgewezen . . 327
8.2.2 EHRM heeft declaratoire uitspraak gedaan op grond van art. 50 332
8.2.3 EHRM heeft schadevergoeding op grond van art. 50 toegekend 333
8.2.4 Personen in een vergelijkbare positie als de in Straatsburg in het gelijk gestelde klager 334

8.3 Herziening 336
8.3.1 Herzieningsmogelijkheden naar Nederlands recht 336
8.3.1.1 Strafzaken 336
8.3.1.2 Civiele zaken 337
8.3.1.3 Bestuursrechtelijke zaken 338
8.3.2 Herzieningsmogelijkheden in andere lidstaten van de Raad van Europa 340
8.3.3 Uitbreiding herzieningsmogelijkheden volgens Nederlands recht naar aanleiding van arrest EHRM? 341
8.3.3.1 Strafzaken 341
8.3.3.2 Civiele en bestuursrechtelijke zaken 344
8.3.4 Positie van derden, dat wil zeggen de 'niet-begunstigden' van het arrest van het EHRM 346
8.3.5 Voorstel 348

8.4 Conclusie 350

HOOFDSTUK 9
SAMENVATTING EN AANBEVELINGEN 351

SUMMARY 373

LITERATUURLIJST 389

RECHTSPRAAKREGISTER 413

TREFWOORDENREGISTER 435

CURRICULUM VITAE 443

AFKORTINGEN

A-	Publications European Court of Human Rights, Series A Vol. (gevolgd door nummer van de uitspraak; tot 1996)
AAe	Ars Aequi
AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
Awb	Algemene wet bestuursrecht
B-	Publications European Court of Human Rights, Series B Vol. (gevolgd door nummer)
BW	Burgerlijk Wetboek
C.E.D.H.	Cour Européenne des Droits de l'Homme
C.P.J.I.	Cour Permanente de Justice International
C.I.J.	Cour Internationale de Justice
D & R	Decisions and Reports (European Commission of Human Rights)
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele vrijheden
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
HRLJ	Human Rights Law Journal
HvJEG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
ICJ	International Court of Justice
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten
Jurispr.	Jurisprudentie Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM	Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (-Bulletin/Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten)
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
P.C.I.J.	Permanent Court of International Justice
RJD	Reports of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights (vanaf 1996)
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
RV	Rechtspraak Vreemdelingenrecht
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
SIM	Studie- en Informatiecentrum Mensenrechten
Sv	Wetboek van Strafvordering
Trema	Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht
W.	Weekblad van het Recht

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1.1 Probleemstelling, onderzoeksvragen en opzet

> 'Met de opvatting van den oppermachtigen staat is zijn vermogensrechtelijke aansprakelijkheid niet wel vereenigbaar. Dat is gemakkelijk aan te tonen; zij, die in den staat niets zien dan een machts-instituut, die den staat enkel beschouwen als geconcentreerde macht zonder meer en in het recht een door die macht zich verwezenlijkend wilsbesluit, kunnen logisch eigenlijk tot die staats-aansprakelijkheid niet komen.'[1]

Aldus verwoordt KRANENBURG in 1926 de klassieke opvatting van tegenstanders van aansprakelijkheid voor onrechtmatige overheidsdaden. De rechtspraak van het eerste kwart van deze eeuw overziend, constateert hij dat het beginsel van de vermogensrechtelijke aansprakelijkheid voor onrechtmatige overheidsdaden voortdurend veld heeft gewonnen.[2] Sindsdien heeft deze aansprakelijkheid een stormachtige ontwikkeling doorgemaakt op alle terreinen van het overheidshandelen. Ook op internationaal niveau hebben zich belangrijke ontwikkelingen inzake staatsaansprakelijkheid voorgedaan. De totstandkoming van diverse mensenrechtenverdragen naar aanleiding van de verschrikkingen van de Tweede Wereldoorlog heeft het klassieke volkenrechtelijke leerstuk van de staatsaansprakelijkheid een nieuwe dimensie gegeven. Een staat kan op grond van deze verdragen immers door een individu voor een internationaal forum ter verantwoording worden geroepen in verband met vermeende schending van mensenrechten.

Mensenrechten worden dagelijks overal ter wereld op grote schaal geschonden. Ook binnen de zich nog steeds uitbreidende Raad van Europa worden fundamentele rechten van burgers vaak met voeten getreden.

De Nederlandse overheid kan door haar handelen inbreuk maken op de rechten van burgers, zoals vastgelegd in de Grondwet en internationale mensenrechtenverdragen. Op het terrein van het strafrecht kunnen de autoriteiten door de toepassing van

1 R. Kranenburg, *Studiën over recht en staat*, tweede, vermeerderde druk, Haarlem, 1926, p. 246.
2 Kranenburg 1926, p. 261.

allerlei dwangmiddelen de fundamentele rechten van burgers schenden. Aan de ene kant zullen deze inbreuken vaak kunnen worden gerechtvaardigd op grond van de verdenking van een strafbaar feit. Aan de andere kant dreigt het gevaar dat de overheid op onrechtmatige wijze van deze dwangmiddelen gebruik maakt. De persoon die ten onrechte in voorlopige hechtenis heeft gezeten of in wiens woning ten onrechte huiszoeking is gedaan, kan hierdoor schade hebben geleden. Het slachtoffer zal in dat geval zijn schade, zowel materieel als immaterieel van aard, graag vergoed zien.

Ook buiten het terrein van het strafrecht kan de overheid in strijd met de Grondwet en de vereisten van mensenrechtenverdragen gebruik maken van dwangmiddelen, zoals bij de inbewaringstelling van vreemdelingen en de gedwongen opname van psychiatrische patiënten. Naast deze vrijheidsbeperkende maatregelen kan de overheid ook op andere wijze inbreuk op het privéleven van de burgers maken, bijvoorbeeld door het verzamelen en opslaan van persoonlijke gegevens. Bovendien kunnen grondrechten als de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van meningsuiting in het gedrang komen door overheidsoptreden.

De staat kan tevens procedurele garanties niet in acht nemen, bijvoorbeeld het vereiste dat zowel strafzaken als civiele procedures binnen redelijke termijn worden behandeld en het recht op bijstand van een advocaat.

Het slachtoffer van dergelijke schendingen van fundamentele rechten door de overheid zal de geleden schade op de staat willen verhalen. In het Nederlandse recht valt hierbij te denken aan de algemene rechtsgrond aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (art. 6:162 Burgerlijk Wetboek). Daarnaast biedt het recht bijzondere grondslagen voor schadevergoeding, waarbij de rechter een bevoegdheid tot toekenning van schadevergoeding wordt gegeven. Als voorbeeld valt te noemen art. 89 Wetboek van Strafvordering (Sv), dat de rechter een dergelijke bevoegdheid toekent in geval van ten onrechte ondergane voorlopige hechtenis. Bij deze laatste grondslag gaat het in het algemeen om schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad, aangezien er ten tijde van het in voorlopige hechtenis nemen een gerechtvaardigde verdenking van een strafbaar feit bestond.

Een andere grondslag voor de toekenning van schadevergoeding betreft het door verdragsbepalingen gegarandeerde subjectieve recht op schadevergoeding. Zo bieden art. 5 lid 5 Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) en art. 9 lid 5 Internationaal Verdrag voor Burgerlijke en Politieke Rechten (IVBPR) een recht op schadeloosstelling voor een ieder die het slachtoffer is geweest van een arrestatie of gevangenhouding in strijd met deze verdragsbepalingen.

Binnen het kader van het EVRM hebben individuele burgers de mogelijkheid verdragsstaten aan te klagen voor de Europese Commissie en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) wegens schending van het EVRM. Als zij uiteindelijk

door dit Hof in het gelijk worden gesteld, heeft dit hoogste Europese mensenrechtencollege de bevoegdheid om op grond van art. 50 EVRM het slachtoffer een 'billijke genoegdoening' ten laste van de veroordeelde staat toe te kennen. Inmiddels is een rijke hoeveelheid jurisprudentie gevormd op basis van art. 50 EVRM.

In Nederland is deze rechtspraak vooralsnog niet systematisch in kaart gebracht. Het lijkt voor de rechtspraktijk van groot belang hier meer duidelijkheid over te krijgen. Zo zullen burgers in het bijzonder willen weten in welke gevallen en onder welke voorwaarden zij de staat kunnen aanspreken voor schade veroorzaakt door schending van hun fundamentele rechten. In het onderhavige onderzoek wordt de jurisprudentie van het Hof op grond van art. 50 EVRM geïnventariseerd en geanalyseerd en zullen vragen aan de orde komen als:

- in welke gevallen kent het Hof een billijke genoegdoening toe?
- wat voor soorten genoegdoening kent het Hof toe?
- hoe bepaalt het Hof de hoogte van deze genoegdoening?

Met de aldus verkregen resultaten zal een vergelijking worden gemaakt tussen het 'Straatsburgse' en Nederlandse schadevergoedingsrecht. Vervolgens worden enige conclusies getrokken voor de Nederlandse rechtspraktijk, waarbij een antwoord wordt gezocht op de vraag in hoeverre het EVRM en de rechtspraak van het EHRM op grond van artikel 50 EVRM aanleiding geven tot aanpassing van de Nederlandse rechtspraktijk betreffende schadevergoeding in geval van schending van mensenrechten door de overheid.

In het bijzonder zal hier de vraag aan de orde komen of de zinsnede 'of op andere wijze in zijn persoon is aangetast' uit artikel 6:106 BW ruimer moet worden uitgelegd, in die zin dat een recht op vergoeding van immateriële schade ook bestaat bij schendingen van andere mensenrechten dan die welke de menselijke persoon betreffen. Hierbij moet bijvoorbeeld worden gedacht worden inbreuk op procedurele rechten als het vereiste van een rechterlijke behandeling binnen een redelijke termijn (art. 6 EVRM).

Het uitgangspunt van dit onderzoek is schadevergoeding bij schending van het EVRM. Voor het EHRM staat de vraag centraal of inbreuk is gemaakt op de vereisten van het EVRM en het is daarbij niet gebonden aan het onderscheid tussen rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad volgens het nationale recht.

Het boek bestaat uit drie delen: een algemeen, een bijzonder en een slotdeel.

In het algemene deel wordt ingegaan op schadevergoeding volgens Nederlands recht (hoofdstuk 2) en schadevergoeding in het internationale recht en op grond van het EVRM (hoofdstuk 3).

In het bijzondere deel staan de inventarisatie en analyse van de Straatsburgse jurisprudentie op grond van artikel 50 EVRM centraal. Achtereenvolgens komen aan

de orde: procedurele kwesties in verband met artikel 50 (hoofdstuk 4), materiële kwesties in verband met artikel 50 (hoofdstuk 5) en compensatie naar geschonden artikel (hoofdstuk 6).

In het slotdeel wordt een vergelijking gemaakt tussen schadevergoeding op grond van het EVRM en volgens Nederlands recht (hoofdstuk 7). Hierbij zal de nadruk liggen op de vergoeding van immateriële schade. In hoofdstuk 8 worden de herstelmogelijkheden volgens Nederlands recht onderzocht, nadat het EHRM een verdragsschending heeft geconstateerd. Besproken worden de actie uit onrechtmatige daad en de mogelijkheid van heropening van de nationale procedure, waarin niet alle vereisten van het EVRM in acht waren genomen.

Ten slotte volgen de samenvatting van dit onderzoek en enige aanbevelingen tot aanpassing van de Nederlandse rechtspraktijk terzake van schadevergoeding bij schending van mensenrechten. Tevens worden enkele voorstellen gedaan tot verbetering van de praktijk van het EHRM op grond van art. 50 EVRM (hoofdstuk 9).

De tekst van dit onderzoek is wat betreft de verwerking van jurisprudentie, literatuur en wetgeving afgesloten op 1 januari 1997.

ALGEMEEN DEEL

Schadevergoeding volgens Nederlands recht, in het internationale recht en op grond van het EVRM

Hoofdstuk 2

Schadevergoeding volgens Nederlands recht

2.1 Schadebegrip

BLOEMBERGEN begint zijn proefschrift uit 1965 met te onderzoeken wat het begrip schade inhoudt. De term schade is gangbaar in het dagelijkse spraakgebruik, maar dat betekent nog niet dat het gaat om een vastomlijnd begrip.[1]

Het begrip schade is element van een samengesteld rechtsfeit, de term komt immers als eis voor in art. 6:162 BW. Tevens is het een juridisch begrip, zoals iedere term die in de wet voorkomt.[2] Volgens BLOEMBERGEN bestaat er geen bezwaar tegen om schade een normatief begrip te noemen, als men daarmee bedoelt dat de inhoud van dit begrip mede de inhoud van de norm van art. 6:162 BW bepaalt en dat het een vraag van normatieve aard is, wat de inhoud van het begrip schade is.[3]

BLOEMBERGEN citeert de omschrijving die MOMMSEN in 1855 aan schade gaf. In deze definitie wordt schade beschouwd als het verschil tussen de waarde van het vermogen op een gegeven moment en de waarde die dit vermogen zou hebben gehad zonder tussenkomst van een bepaalde schadetoebrengende gebeurtenis op het desbetreffende tijdstip.[4] In de omschrijving komt duidelijk het element van vermindering door een bepaalde gebeurtenis naar voren. Schade wordt ook in latere definities omschreven als vermindering in iets (vermogen, belang, behoeftebevrediging) of als nadeel in iets.[5] Daarnaast is schade een causaal begrip, aangezien zij altijd het gevolg is van een bepaalde gebeurtenis.[6]

Het schadebegrip is derhalve gegrond op een vergelijking tussen de toestand na het plaatsvinden van een schadeveroorzakende gebeurtenis (bijvoorbeeld een onrechtmatige daad) en de toestand zoals die zou zijn geweest bij het uitblijven van deze gebeurtenis.[7] In deze vergelijking zit een hypothetisch element, aangezien niet moet worden vergeleken met de toestand zoals die was zonder het plaatsvinden van de

1 A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, dissertatie Utrecht, 1965, nr. 8.
2 Bloembergen 1965, nr. 9; Bloembergen spreekt nog van artikel 1401 BW, dat per 1 januari 1992 vervangen is door artikel 6:162 BW.
3 Bloembergen 1965, nr. 9.
4 F. Mommsen, zoals geciteerd bij Bloembergen 1965, nr. 11.
5 Bloembergen 1965, nr. 11.
6 Bloembergen 1965, nr. 12.
7 Bloembergen 1965, nr. 13.

onrechtmatige daad, maar met de toestand zoals die zonder onrechtmatige daad zou zijn geworden.[8]

Bij de onrechtmatige daad wordt schade in het algemeen niet omschreven als vermogensvermindering, aangezien er daarnaast ook sprake kan zijn van ideële schade die zich juist daardoor kenmerkt dat er geen sprake is van vermogensverlies.[9] Deze schade kenmerkt zich door 'vermindering van lustgevoelens.'[10]

HARTKAMP veronderstelt de term schade bekend, maar besteedt er toch enige aandacht aan, aangezien diverse schrijvers aan dit woord een speciale betekenis hebben gegeven.[11] Zo heeft POLAK in zijn proefschrift schade omschreven als 'vermindering in de door aanspraken gedekte rechtsbelangen van de gelaedeerde.'[12] Deze opvatting heeft echter nauwelijks navolging gekregen.

Volgens HARTKAMP dient waar de term schade in de wet voorkomt daaraan de gewone betekenis te worden toegekend die dit woord in het spraakgebruik heeft, namelijk het feitelijke nadeel dat voor iemand uit een gebeurtenis voortvloeit.[13] Dit betekent echter niet dat het begrip schade geen uitleg zou behoeven en dat altijd duidelijk is wat in een bepaald geval onder schade dient te worden verstaan. In dit verband spelen ook rechtsvragen, zoals de vaststelling van een causaal verband, een rol. In zoverre kan men schade een 'normatief begrip' noemen, maar daarin verschilt het niet van andere in de juridische wetenschap gehanteerde begrippen.[14]

BARENDRECHT E.A. geven de voorkeur aan schade als een feitelijk begrip, aangezien dit het proces van koppeling van een bepaald vergoedingsbedrag aan een feitencomplex het meest inzichtelijk maakt.[15]

In het Burgerlijk Wetboek wordt de inhoud van het begrip schade niet nader gedefinieerd.[16] Wel omschrijft art. 6:95 BW wat wordt verstaan onder vergoedbare schade:

> 'De schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed, bestaat in vermogensschade en ander nadeel, dit laatste voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft.'

8 Bloembergen 1965, nr. 14.
9 Bloembergen 1965, nr. 18.
10 Zie in dit verband onder meer Bloembergen 1965, nr. 18 en A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1*, Monografieën NBW B-Serie nr. 34, 1982, p. 51-57.
11 Asser-Hartkamp I 1996, nr. 409.
12 R.J. Polak, *Aanspraak en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, dissertatie Amsterdam, 1949, p. 17.
13 Asser-Hartkamp I 1996, nr. 409; zie in dit verband bijv. ook J.M.M. Maeijer, *Matiging van schadevergoeding*, dissertatie Nijmegen, 1962, p. 60.
14 Asser-Hartkamp I 1996, nr. 409.
15 J.M. Barendrecht, H.M. Storm e.a., *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle, 1995, p. 15.
16 Ook in de parlementaire stukken is hier niets over te vinden, zie in dit verband Bloembergen 1982, p. 52-53.

In art. 6:96 BW wordt de vermogensschade nader omschreven, art. 6:105 BW ziet op toekomstige schade, terwijl art. 6:106 BW nader ingaat op ander nadeel dan vermogensschade zonder overigens precies te definiëren wat deze schade inhoudt.

2.2 Definitie schadevergoeding, uitgangspunten en doeleinden schadevergoedingsrecht

2.2.1 Definitie schadevergoeding

BLOEMBERGEN definieert schadevergoeding als het zoveel mogelijk goedmaken van de schade door het verrichten van een aan die schade gelijkwaardige prestatie ten behoeve van de benadeelde. Een andere omschrijving – die vooral in het buitenland gangbaar is – luidt: het brengen van de benadeelde in de toestand die zou hebben bestaan, als de gebeurtenis die tot het geven van schadevergoeding verplichtte, niet zou hebben plaatsgevonden.[17]

MAEIJER meent dat de rechter zich niet slechts moet richten op de *status quo ante*, hét verleden, maar ook op de situatie thans, nadat de schadetoebrengende gebeurtenis zich heeft voorgedaan. Het gaat niet om de vraag naar de mogelijkheid van herstel van de oude toestand; deze toestand kan toch niet meer worden hersteld. Compensatie (= goedmaken) staat voorop en niet herstel in de oude toestand.[18]

Volgens BLOEMBERGEN is de centrale doelstelling van het schadevergoedingsrecht het goedmaken (de compensatie) van de schade. Deze doelstelling wordt het beste verwezenlijkt als de schade volledig wordt vergoed. Dit is naar zijn mening dan ook het centrale beginsel van het schadevergoedingsrecht.[19] Uit dit beginsel volgt dat de schade maatgevend is, niet de verdere situatie van benadeelde en aansprakelijke persoon en dat er in principe geen onderscheid is tussen de verschillende vormen van schade. Dit laatste neemt niet weg dat (volledige) vergoeding van de ene soort essentiëler is dan die van de andere soort; anders gezegd, dat er hier niet alleen door de wetgever maar ook door de rechter (bijvoorbeeld art. 6:109 BW: algemeen rechterlijk matigingsrecht) prioriteiten kunnen worden gesteld.[20]

Tegen deze achtergrond is het volgens BLOEMBERGEN ook verklaarbaar dat het beginsel van volledige vergoeding niet wordt doorgetrokken naar de niet-vermogensschade:

17 Bloembergen 1965, nr. 82.

18 Maeijer 1962, p. 77 e.v.; Bloembergen 1965, nr. 83, erkent dat de *status quo ante* (de toestand vóór het plegen van de onrechtmatige daad) nooit volledig kan worden hersteld en zit hiermee op dezelfde lijn als Maeijer.

19 Bloembergen 1982, p. 2.

20 Zie hierover G.H.A. Schut, De aard van de aansprakelijkheid en van de schade, *RM Themis* 1978, p. 400 en A.R. Bloembergen, Naar een nieuw verkeersongevallenrecht (I), *NJB* 1973, p. 963.

'Vergoeding daarvan is, zeker buiten de gevallen van persoonsaantasting, minder dringend. De maatschappelijke opvattingen (het wordt in ons land als onsmakelijk gevoeld verdriet over het verlies van echtgenoot of kind in geld te vertalen) en de eisen van het rechtsverkeer (niet-vermogensschade is moeilijk vast te stellen) wijzen ook in die richting.'[21]

2.2.2 Doelstellingen van het schadevergoedingsrecht

De centrale doelstelling van het schadevergoedingsrecht is het goedmaken van de schade.[22] Bij immateriële schade speelt ook de genoegdoening voor de benadeelde een rol. Op grond van art. 6:106 BW is de vergoeding van deze schade vast te stellen 'naar billijkheid'. De vergoeding van 'ideëel nadeel' heeft een dubbele functie: 'enerzijds dient zij, zij het ook op onvolmaakte wijze, het door de getroffene ondergane leed goed te maken, anderzijds kan het geschokte rechtsgevoel van de getroffene worden bevredigd doordat van de wederpartij een opoffering wordt verlangd.'[23] Uit het tijdens de parlementaire behandeling naar voren gebrachte[24] valt af te leiden, dat bij de vermogensschade geen plaats is voor deze genoegdoeningsfunctie.[25]

In de literatuur worden nog enkele andere doeleinden van het schadevergoedingsrecht genoemd die in het algemeen slechts zijdelings een rol spelen.[26] Zo vallen te onderscheiden ongedaanmaking van een verrijking van de aansprakelijke persoon, herstel van de oude toestand, de rechtshandhavingsfunctie,[27] straf voor de (schuldige) aansprakelijke persoon en de preventie van de schade.

BARENDRECHT E.A. menen dat de belangrijkste doelstelling van het schadevergoedingsrecht zou moeten zijn dat de benadeelde in staat wordt gesteld zoveel mogelijk in de feitelijke situatie te komen, die zou hebben bestaan zonder het schadetoebrengende feit. Herstel van de oude toestand, *restitutio in integrum* staat derhalve voorop. Wel moet worden erkend dat dit herstel lang niet altijd volledig mogelijk is, bijvoorbeeld door de wettelijke beperkingen betreffende de toekenning van schadevergoeding voor ander nadeel dan vermogensschade.[28]

De meeste moderne rechtsstelsels, waaronder het Nederlandse, kennen geen poenale functie van schadevergoeding. Schadevergoeding dient om de schade van de benadeelde op te vangen, niet om bij wege van private straf of de 'punitive damages'

21 Bloembergen 1982, p. 9.
22 Bloembergen 1965, nr. 82 en Bloembergen 1982, p. 2 e.v.
23 Zie Toelichting Meijers in: *Parlementaire Geschiedenis NBW*, Boek 6, p. 377.
24 Parlementaire Geschiedenis NBW, Boek 6, met name p. 377 en 388.
25 Bloembergen 1982, p. 5.
26 Bloembergen 1982, p. 4-7 en Barendrecht e.a. 1995, p. 18-19.
27 Zie hierover G.R.J. de Groot, Grenzen aan de mogelijkheden van een abstracte schadeberekening? in: *Verkeersrecht* 1980, p. 49-58 (op p. 52-53).
28 Barendrecht e.a. 1995, p. 16-17 en p. 28-31.

van de 'common law', de schuldige te straffen.[29] In de literatuur wordt wel eens verdedigd dat bij de toekenning van vergoedingen voor immateriële schade vergoedings- en strafelementen door elkaar heen lopen.[30] De heersende opvatting is echter dat 'punitive damages' en smartengeld twee verschillende zaken zijn.[31]

2.2.3 Uitgangspunten van het schadevergoedingsrecht

Een van de uitgangspunten van het schadevergoedingsrecht houdt in, dat ieder zijn eigen schade moet dragen. Er dient een bijzondere reden te zijn om schade op een ander af te wentelen.

In 1980 stond in een artikelenreeks in het *Nederlands Juristenblad* de vraag centraal of dit beginsel toen nog wel gold. Acht schrijvers bogen zich over deze vraag, maar kwamen niet tot een eenstemmig en eenduidig antwoord.[32]

HARTKAMP gaat ervan uit dat dit beginsel nog steeds geldt.[33] Volgens VAN DEN BERK is dit de heersende leer in ons recht.[34] DE HAAN, DRUPSTEEN en FERNHOUT menen dat bovenstaand beginsel geldt, zowel in het civiele als het administratieve schadevergoedingsrecht. Het beginsel wordt doorbroken indien de schade onrechtmatig wordt toegebracht. Degene die dergelijke schade heeft veroorzaakt - dit kan ook de overheid zijn -, is op grond van de regeling van de onrechtmatige daad gehouden deze schade te vergoeden. Bij schade die wordt veroorzaakt door rechtmatig handelen hoeft het uitgangspunt van het zelf dragen van eigen schade niet te worden doorbroken. De te vergoeden schade kan variëren van nul tot volledig, terwijl in geval van onrechtmatig handelen de schade in beginsel volledig moet worden vergoed.[35] Ook MOLTMAKER gaat ervan uit dat schade wegens onrechtmatige daad moet worden vergoed en schade wegens rechtmatige daad alleen indien een uitdrukkelijke regeling daarin voorziet.[36] BARENDRECHT E.A. menen dat de praktische waarde van het beginsel niet erg groot is. Op het beginsel bestaat een groot aantal uitzonderingen en bovendien ziet het

29 Bloembergen 1982, p. 6.

30 Zie bijv. M. Elsen, Compensatie of preventie? Punitive damages, *Rechtshulp* 1995, nr. 5, p. 7-12.

31 Zie S. Lindenbergh, Smartegeld, geen straf, *Nemesis* 1995, nr. 5, p. 126-130 en de aldaar aangehaalde literatuur.

32 Zelf dragen van geleden schade: regel of uitzondering?, *NJB* 1980, p. 173 (M.J.P. Verburgh), p. 174 (A.R. Bloembergen), p. 269 (G.J. de Groot), p. 397 (L.J.M. de Leede), p. 493 (J.A.J. Peeters), p. 653 (A.Q.C. Tak), p. 707 (P.A. Stein), p. 813 (E. Mackaaij) en p. 977 (A.J. Hoekema).

33 Asser-Hartkamp III 1994, no. 12.

34 J.A.M. van den Berk, *Schadevergoeding voor rechtmatig toegebrachte schade door de overheid*, dissertatie Utrecht, 1991, p. 25; anders C. Drion, Grondslagen van de onrechtmatige overheidsdaad, *Recht en kritiek* 1988, p. 362, die meent dat als uitgangspunt geldt dat veroorzaakte schade moet worden vergoed.

35 P. de Haan, Th.G. Drupsteen, R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, Deel 2 Bestuurshandelingen en waarborgen*, Deventer, 1986, p. 371-372.

36 J.K. Moltmaker, Schadeveroorzakend overheidshandelen, *Bouwrecht* 1991, p. 817-822 (op p. 817).

slechts op de vestiging van de aansprakelijkheid en heeft het geen betekenis voor de vaststelling van de omvang van de aansprakelijkheid.[37]

Het beginsel van volledige schadevergoeding is in de doctrine algemeen aanvaard.[38] Er bestaan echter ook uitzonderingen op dit beginsel. De volgende beperkingen laten zich onderscheiden:

- vereiste van voldoende causaal verband tussen daad en schade (art. 6:98 BW);
- verrekening van voordeel (art. 6:100 BW);
- eigen schuld (art. 6:101 BW);
- algemene rechterlijke matigingsbevoegdheid (art. 6:109 BW);
- niet-rechtmatige schade komt niet voor vergoeding in aanmerking;
- beperking aansprakelijkheid tot bepaald maximum, bijvoorbeeld art. 185 lid 3 Wegenverkeerswet;
- schadevergoeding wordt op bepaald bedrag gefixeerd, bijvoorbeeld art. 6:119 en 6:120 BW; en
- bepaling dat alleen bepaalde soort schade voor vergoeding in aanmerking komt, bijvoorbeeld art. 6:108 BW (alleen vergoeding van schade door het derven van levensonderhoud).[39]

Heeft het beginsel van volledige schadevergoeding met zoveel uitzonderingen nog wel iets te betekenen? BLOEMBERGEN en SCHUT beantwoorden deze vraag volmondig bevestigend.

BLOEMBERGEN gaat in op de betekenis van het beginsel van volledige schadevergoeding en werkt dit als volgt uit:

- de schade is in beginsel de enige maatstaf bij de bepaling van de vergoeding;
- de rechter is niet bevoegd de schadevergoeding te matigen;
- de benadeelde krijgt niet meer dan zijn schade vergoed; en
- de schade moet volledig worden vergoed aan degene die de schade leed.[40]

De vermogenstoestand van partijen, de zwaarte van de schuld en de verzekering speelden tot 1 januari 1992 nauwelijks een rol bij de vaststelling van de vergoeding. Inmiddels kan de rechter echter via zijn algemene matigingsbevoegdheid op grond van art. 6:109 BW rekening met deze omstandigheden houden.

37 Barendrecht e.a. 1995, p. 21-22.
38 Bloembergen 1965, nr. 84; Bloembergen 1982, p. 2; Schut 1978, p. 401 en Barendrecht e.a. 1995, p. 19-20.
39 Zie Bloembergen 1965, nr. 85-86; Schut 1978, p. 400 en Barendrecht e.a. 1995, p. 19-20.
40 Bloembergen 1965, nr. 87.

Volgens SCHUT gaat ons recht ervan uit dat in beginsel alle geleden en nog te lijden schade moet worden vergoed; een differentiatie naar de verschillende soorten van schade vindt niet plaats.[41] De aard van de schade kan wel een rol spelen bij de toerekening van de schade (art. 6:98 BW, zie hieronder § 2.6.1) alsmede bij de rechterlijke matigingsbevoegdheid (art. 6:109 BW, zie hieronder § 2.6.4).

Het beginsel van volledige schadevergoeding is sterk gerelativeerd, maar SCHUT meent dat toch aan dit beginsel moet worden vastgehouden: alle schade wordt vergoed, doch alleen voorzover die schade in redelijkheid kan worden toegerekend.[42]

2.3 Enkele grondslagen voor toekenning van schadevergoeding volgens Nederlands recht

2.3.1 Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, in het bijzonder uit onrechtmatige overheidsdaad (art. 6:162 BW)

2.3.1.1 Algemeen

In het beroemde arrest *Lindenbaum/Cohen* uit 1919 overweegt de Hoge Raad dat onrechtmatig is in de zin van art. 1401 BW:

> 'een handelen of nalaten, dat òf inbreuk maakt op een anders recht, òf in strijd is met des daders rechtsplicht, òf indruist tegen de goede zeden, hetzij tegen de zorgvuldigheid welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed.'[43]

Het derde onrechtmatigheidscriterium, namelijk strijd met de goede zeden, is nooit echt tot ontwikkeling gekomen en blijft dan ook buiten beschouwing. In het thans geldende BW zijn de overige drie criteria in iets andere bewoordingen overgenomen. Art. 6:162 lid 2 BW bepaalt:

> 'Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.'

Bij *inbreuk op een recht* gaat het om een inbreuk op eens anders subjectief recht. De belangrijkste in de rechtspraak erkende subjectieve rechten zijn vermogensrechten en

41 Schut 1978, p. 400.
42 Schut 1978, p. 401.
43 Hoge Raad 31 januari 1919, *NJ* 1919, 161.

persoonlijkheidsrechten. Bij vermogensrechten valt bijvoorbeeld te denken aan het eigendomsrecht. Onder de persoonlijkheidsrechten kunnen worden gerekend het recht op persoonlijke vrijheid, het recht op lichamelijke integriteit, het recht op privacy, de vrijheid van meningsuiting, het recht op eigen cultuur en eigen godsdienst, de vrijheid van vereniging en vergadering, de vrijheid van onderwijs, rechten in verband met huwelijk en gezinsleven, recht op een leefbaar milieu, recht op rechtsbijstand en het recht om gevrijwaard te blijven van discriminatie. De genoemde rechten hebben aanleiding gegeven tot een omvangrijke jurisprudentie, waarin in het bijzonder de vraag centraal staat of de gestelde inbreuk op deze (mensen)rechten een onrechtmatige daad oplevert.[44]

Het tweede onrechtmatigheidscriterium uit art. 6:162 lid 2 BW is *een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht*. Het gaat hier om handelingen in strijd met een gebod of verbod, zoals vastgelegd in een algemeen verbindend voorschrift. In dit verband kan het bijvoorbeeld gaan om wetten in formele zin, algemene maatregelen van bestuur, verordeningen van lagere overheden en de voorwaarden waaronder een vergunning is verleend. Tevens kan aan dit onrechtmatigheidscriterium voldaan zijn, indien sprake is van strijd met een een ieder verbindende verdragsbepaling in de zin van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet.[45]

Het derde, door de Hoge Raad in 1919 geïntroduceerde onrechtmatigheidscriterium betreft *een gedraging in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt*. Dit zogenaamde zorgvuldigheidscriterium wordt in de rechtspraak zeer vaak toegepast. Het is ondoenlijk een volledige opsomming te geven van deze normen van ongeschreven recht. Wel kunnen in dit verband enkele min of meer algemene normen worden onderscheiden waarop de rechter zijn oordeel baseert. Het gaat hier om verkeers- of veiligheidsnormen, normen ter bescherming tegen zuivere vermogensschade en normen ter bescherming tegen immateriële schade.[46]

44 Zie Onrechtmatige daad I oud, nr 58; vgl. Asser-Hartkamp III 1994, nr. 35.
45 Zie Asser-Hartkamp III 1994, nr. 34.
46 Asser-Hartkamp III 1994, nr. 44-51e.

Bijzondere positie van de overheid

In het kader van dit onderzoek is het interessant om de gevallen onder ogen te zien waarin de overheid de schadeveroorzakende partij is. De drie bovengenoemde onrechtmatigheidscriteria gelden ook voor de overheid.[47]

Op diverse terreinen kan de overheid inbreuk maken op subjectieve rechten van haar onderdanen. Naast vermogensrechten valt hierbij te denken aan grond- en mensenrechten, zoals vastgelegd in de Grondwet en internationale verdragen. In dit verband kan enige overlap bestaan met het tweede onrechtmatigheidscriterium uit art. 6:162 BW. Immers, strijd met een wettelijke plicht kan worden veroorzaakt door een inbreuk op de in de Grondwet neergelegde grondrechten of de schending van een ieder verbindende bepalingen uit internationale mensenrechtenverdragen, zoals het EVRM en het IVBPR.

Bij het derde onrechtmatigheidscriterium, strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid, gelden voor de overheid in het bijzonder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

De overheid neemt een bijzondere plaats in, aangezien zij optreedt als hoedster van het algemeen belang. Deze unieke positie brengt bijzondere rechten en plichten met zich mee. In dit kader merkt SPIER het volgende op: 'De grens waar onfatsoenlijkheid of onbehoorlijkheid voor de overheid overgaat in onrechtmatigheid is soms dichterbij dan bij andere rechtssubjecten.'[48]

Het algemeen belang kan meebrengen dat een particulier een bepaalde door de overheid veroorzaakte schade heeft te dulden. De overheid moet dan wel schadevergoeding betalen, maar het schadetoebrengende handelen van de overheid kan niet worden verboden. Voor stankoverlast was dit bijvoorbeeld aan de orde in het *Voorste Stroom-arrest VII*.[49] In dit arrest is naar men aanneemt de bekende leer van BREGSTEIN aanvaard: het handelen in het algemeen belang is het begin van een rechtvaardigingsgrond, een rechtvaardigingsgrond in wording. Deze rechtvaardigingsgrond wordt volledig indien de dader zich de belangen van het slachtoffer aantrekt, in de regel door het betalen, respectievelijk aanbieden van schadevergoeding.[50] Deze leer maakt het mogelijk verbodsactie en schadevergoedingsactie te ontkoppelen. Deze ontkoppeling

47 Zie voor de ontwikkeling van de rechtspraak van de Hoge Raad in deze: Asser-Hartkamp III 1994, nr. 286 en J. Spier, *Onrechtmatige overheidsdaad*, Studiepockets privaatrecht nr. 28, Zwolle, 1987, p. 88. Zie voor enige recente ontwikkelingen op het terrein van de onrechtmatige overheidsdaad het preadvies van J. Spier (samen met A.T. Bolt) voor de Nederlandse Juristen-Vereniging 1996, De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, in: *Handelingen NJV* 1996-1, p. 266-303.

48 Spier 1987, p. 2.

49 Hoge Raad 19 december 1952, *NJ* 1953, 642 met noot Ph.A.N. Houwing.

50 M.H. Bregstein, De arresten van de Hoge Raad van 19 maart 1943 en 18 februari 1944 en het leerstuk van de onrechtmatige daad, *RM Themis* 1951, p. 273-305.

is terug te vinden in art. 6:168 BW, dat spreekt over zwaarwegende maatschappelijke belangen en niet alleen betrekking heeft op overheidshandelen. De leer van BREGSTEIN is in art. 6:168 BW verlaten in die zin dat de daad, waarvoor men onder omstandigheden geen rechterlijk verbod kan verkrijgen maar wel een schadevergoeding, onrechtmatig blijft ondanks het betalen van die schadevergoeding. De Hoge Raad heeft de constructie van art. 6:168 BW reeds vóór het in werking treden van het huidige BW, op 1 januari 1992, anticiperend toegepast.[51]

De onrechtmatige overheidsdaad valt te onderscheiden in: onrechtmatig bestuur (§ 2.3.1.2), onrechtmatige wetgeving (§ 2.3.1.3) en onrechtmatige rechtspraak (§ 2.3.1.4).

2.3.1.2 Onrechtmatig bestuur

Onrechtmatige bestuursdaden van de overheid kunnen leiden tot een schadevergoedingsplicht van de overheid. Het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad heeft zich aanvankelijk toegespitst op handelingen van het bestuur, de uitvoerende macht.[52] Deze handelingen kunnen worden onderscheiden in rechtshandelingen of feitelijke handelingen. Onder de rechtshandelingen nemen de beschikkingen een belangrijke plaats in. In art. 1:3 lid 2 van de op 1 januari 1994 in werking getreden Algemene Wet Bestuursrecht (AWB) wordt een beschikking omschreven als een besluit dat niet van algemene strekking is, met inbegrip van de afwijzing van een aanvraag daarvan. Bij feitelijke handelingen van de overheid valt onder meer te denken aan het optreden van de politie.

De laatste decennia is de administratieve rechtsbescherming sterk verbeterd, met name met de totstandkoming van de Wet Administratieve Rechtspraak Overheidsbeschikkingen in 1976, inmiddels per 1 januari 1994 vervangen door de Algemene wet bestuursrecht. Op grond van art. 8:1 lid 1 AWB kan een belanghebbende tegen een besluit in de zin van de AWB beroep instellen bij (de sector bestuursrecht van) de rechtbank. In art. 8:2 e.v. wordt een aantal besluiten genoemd dat niet 'appellabel' is in de zin van de AWB, zoals algemene verbindende voorschriften en beleidsregels.[53] Ook tegen feitelijke handelingen van de overheid staat geen AWB-beroep

51 Hoge Raad 3 april 1987, *NJ* 1987, 703 inzake Gastel/Van den Heuvel met noot W.C.L. van der Grinten. Zie hierover verder W.G. Huijgen, *Aansprakelijkheid van de overheid*, dissertatie Leiden, 1991, p. 138 e.v.

52 Asser/Hartkamp III 1994, nr. 266.

53 Vanaf 1999 zal wel Awb-beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels openstaan.

open.[54] De burgerlijke rechter kan in dit verband aanvullende rechtsbescherming bieden. Op deze plaats zij verwezen naar de omvangrijke literatuur terzake.[55]

Vermeldenswaard is dat de Hoge Raad na het bekende *Benthem*-arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens[56] heeft uitgemaakt, dat een belanghebbende in geval van de vaststelling van burgerlijke rechten in de zin van art. 6 lid 1 EVRM, zich tot de burgerlijke rechter kan wenden, nadat hij zonder succes administratief beroep bij de Kroon heeft ingesteld.[57]

Indien de burger wil ageren tegen feitelijke handelingen van de overheid, zal hij in het algemeen een actie uit onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW instellen bij de burgerlijke rechter. Dit speelt bijvoorbeeld bij vermeend onrechtmatig politieoptreden, zoals centraal staat in twee arresten van de Hoge Raad uit 1990.[58]

In het arrest *de Staat/B* is de casus als volgt. De politie dringt met geweld de woning van B binnen die er onder meer van wordt verdacht een of meer voortvluchtige daders van de ontvoering van mevrouw Van der Valk en een deel van het losgeld te verbergen. Bij deze inval richt de politie grote schade aan. B. blijkt echter met de zaak niets te maken hebben en wendt zich tot de rechtbank teneinde deze schade door de staat vergoed te krijgen. Zowel de rechtbank als het hof acht de vordering van B. in beginsel voor toewijzing vatbaar. Volgens de Hoge Raad is het hof bij zijn oordeel er kennelijk van uitgegaan dat de staat rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond voor het politieoptreden (namelijk het bestaan van een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit als bedoeld in art. 27 SV) achteraf ongefundeerd zou blijken. De Hoge Raad overweegt vervolgens:

> 'Aldus verstaan komt 's hofs oordeel er op neer dat het achteraf ongefundeerd blijken van de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond voor het politieoptreden dat optreden voorzover het schade toebracht onrechtmatig doet zijn, met het gevolg dat de Staat

54 Artikel 1:3 lid 1 Awb definieert een besluit immers als een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling; een uitzondering vormen feitelijke handelingen ten aanzien van ambtenaren, zie art. 8 lid 2 Awb.

55 Zie bijv. Van Wijk/Konijnenbelt, *Hoofdstukken van administratief recht*, Utrecht, 1994, p. 597 e.v. en Asser/Hartkamp III 1994, nr. 268 e.v.

56 EHRM 23 oktober 1985, *NJ* 1986, 102 met noot E.A. Alkema en *AB* 1986, 1 met noot E.M.H. Hirsch Ballin (Kroonberoep voldoet niet aan de vereisten van art. 6 EVRM).

57 Hoge Raad 12 december 1986, *NJ* 1987, 381 met noot M. Scheltema en *AB* 1987, 151 met noot F.H. van der Burg. In het arrest *Oerlemans* tegen Nederland heeft het EHRM geoordeeld dat deze mogelijkheid van beroep op de burgerlijke rechter een procedure oplevert die voldoet aan de vereisten van art. 6 lid 1 EVRM; arrest *Oerlemans* tegen Nederland van 27 november 1991, *NJ* 1992, 666 met noot E.J. Dommering en *NJCM-Bulletin* 17-4 (1992), p. 377 met noot J. van der Velde.

58 Hoge Raad 26 januari 1990, *NJ* 1990, 794 met noot C.J.H. Brunner; *AB* 1990, 251 met noot F.H. van der Burg; *Verkeersrecht* 1991, p. 197 met noot A.J.O. van Wassenaer van Catwijck (De Staat/B.) en Hoge Raad 23 november 1990, *NJ* 1991, 92 en *AAe* 1991, p. 328 e.v. met noot Th. G. Drupsteen (Joemman/De Staat). Zie – onder meer – over deze arresten E.J. Daalder, Vergoeding van schade ten gevolge van justitieel optreden, *Trema* 1993, p. 167-172.

> verplicht is de door dat optreden veroorzaakte schade - die als door zijn schuld veroorzaakt moet worden aangemerkt omdat de Staat met de mogelijkheid van het achteraf ongefundeerd blijken van de rechtvaardigingsgrond rekening had te houden - te vergoeden. Dit oordeel is juist, wat er zij van de overigens door het hof daarvoor gegeven motivering.'

Waarnemend Advocaat-Generaal BLOEMBERGEN is van mening dat het in casu gaat om een op algemene rechtsbeginselen berustende verbintenis tot schadevergoeding uit rechtmatige overheidsdaad.[59] De Hoge Raad verwerpt deze constructie volgens annotator BRUNNER terecht, aangezien een dergelijke verbintenis (nog) niet bestaat in het bestuursrecht.

In het arrest *Joemman tegen de Staat* gaat het om de volgende feiten. De minderjarige zoon van Joemman veroorzaakt met de auto van zijn vader een dodelijk ongeluk, waarna hij doorrijdt. De auto wordt later leeg aangetroffen. De politie gaat naar het huis van Joemman als houder van het autokenteken. Er wordt niet opengedaan en de agenten gaan de woning binnen voorzien van een schriftelijke last als bedoeld in art. 120 Sv. Bij de binnentreding wordt schade veroorzaakt aan de buitendeur en aan afgesloten verbindingsdeuren binnenshuis. Joemman vordert vergoeding van deze schade van de staat. De kantonrechter verklaart hem niet ontvankelijk in zijn vordering en de rechtbank wijst haar af, aangezien het binnentreden rechtmatig is geschied. De Hoge Raad vernietigt echter de uitspraak van de rechtbank met bijna identieke overwegingen als in het arrest de Staat/B. Het achteraf alsnog onrechtmatig te achten politieoptreden heeft tot gevolg dat de Staat verplicht is de door dat optreden veroorzaakte schade te vergoeden, behoudens vermindering op grond van aan Joemman toe te rekenen omstandigheden. De Hoge Raad verwijst de zaak naar het Hof 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing.

DRUPSTEEN begrijpt het dilemma waar de Hoge Raad voor staat, nu ons burgerlijk recht geen aansprakelijkheid kent voor schade veroorzaakt door rechtmatige daden. Hij vindt de door de Hoge Raad gehanteerde constructie echter niet overtuigend. Het oordeel van de Hoge Raad komt er op neer, dat het achteraf ongefundeerd blijken van de rechtvaardigingsgrond (namelijk een redelijk vermoeden van schuld ex art. 27 Sv) het politieoptreden (het binnentreden van de woning) voor zover het schade toebracht onrechtmatig doet zijn, met het gevolg dat de staat die schade – aan te merken als door zijn schuld veroorzaakt, omdat hij met het achteraf ongefundeerd blijken van de rechtvaardigingsgrond rekening had te houden – dient te vergoeden. Volgens DRUPSTEEN heeft dit geval niets met schuld en schuldaansprakelijkheid te maken. Hij wijst voor de grondslag van de schadevergoeding voor een overheidsoptreden als bedoeld

59 Zie in dit verband ook A.R. Bloembergen, Centauren in 6.3? Iets over rechtmatige en onrechtmatige daden, in: *Als een goed huisvader*. Opstellen aangeboden aan J.H. Nieuwenhuis, Deventer, 1992, p. 121-132.

op art. 6:162 lid 3 BW, waarin naast schuld als vereiste voor toerekening van een onrechtmatige daad wordt genoemd een oorzaak welke krachtens de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de dader (in casu de overheid) komt. Anticipatie op het NBW (inmiddels op 1 januari 1992 in werking getreden) is volgens DRUPSTEEN overtuigender, al is art. 6:162 volgens hem niet voor deze gevallen geschreven.[60] VAN WASSENAER VAN CATWIJCK gaat in zijn genoemde noot onder Hoge Raad 26 januari 1990 mee met het betoog van DRUPSTEEN. Hij is het echter oneens met DRUPSTEEN dat art. 162 lid 3 niet is geschreven voor gevallen als hier aan de orde (namelijk het binnentreden van woningen). VAN WASSENAER VAN CATWIJCK is ervan overtuigd dat de Hoge Raad in feite de toerekening naar verkeersopvattingen al toepaste, maar er kennelijk goede redenen voor meende te hebben om ditmaal niet uitdrukkelijk de wetswoorden in zijn anticipatie te betrekken. Volgens BROUNS past deze beslissing van de Hoge Raad heel goed in het stelsel van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, dat het recht op schadevergoeding van de benadeelde in beginsel baseert op de onrechtmatige daad.[61]

Na verwijzing heeft de Hoge Raad andermaal uitspraak gedaan in de zaak Joemman. Het Hof 's-Gravenhage heeft geoordeeld dat Joemman in ernstige mate te kort is geschoten in het treffen van afdoende maatregelen die hadden moeten voorkomen dat zijn zoon met zijn auto zou gaan rijden (onder meer gaf Joemman de autosleutels geregeld aan zijn zoon). Het hof concludeert dat de billijkheid in casu wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten meebrengt dat de op de staat rustende schadevergoedingsplicht geheel komt te vervallen. De Hoge Raad sluit zich aan bij dit op art. 6:101 BW gebaseerde oordeel. De omstandigheid dat het in casu gaat om de aansprakelijkheid van de staat tegenover een individuele burger staat hier volgens de Hoge Raad niet aan in de weg.[62]

2.3.1.3 Onrechtmatige wetgeving[63]

Ook wetgeving kan een onrechtmatige daad opleveren in de zin van art. 6:162 BW. Het zal hier met name gaan om wetgeving in materiële zin afkomstig van lagere regelgevers. Art. 120 Grondwet verbiedt de rechter immers wetten in formele zin aan de Grondwet te toetsen. Deze toetsing op grondwettigheid is aan de wetgever in formele zin zelf voorbehouden.

Bij onrechtmatige wetgeving valt naar uit de rechtspraak blijkt in het bijzonder te denken aan een algemene maatregel van bestuur of gemeentelijke verordening die

60 Zie Th.G. Drupsteen, Schadevergoeding na het binnentreden van woningen, *AAe* 1991, p. 328-334. Drupsteen besteedt in zijn noot ook aandacht aan de uitspraak van de Nationale Ombudsman in een vergelijkbare zaak van 23 januari 1990 (zie ook *AB* 1990, 269 met noot P.C.E. van Wijmen).

61 P.J.H.M. Brouns, Dwangmiddelen en schadevergoeding, *NJB* 1991, p. 1372-1377 (op p. 1375).

62 Hoge Raad 1 oktober 1993, *NJ* 1993, 761 en *AB* 1994, 39 met noot F.H. van der Burg.

63 Asser/Hartkamp III 1994, nr. 290g-i en Van Wijk/Konijnenbelt 1994, p. 632-636.

in strijd is met een hogere regel.[64] In deze rechtspraak werd de staat tot schadevergoeding veroordeeld. Daarnaast kan de rechter ook een verbodsactie tegen de staat toewijzen. Zo overweegt de Hoge Raad in een arrest inzake een onrechtmatige prijzenbeschikking, dat de staat zich heeft te onthouden van gedragingen die zijn gebaseerd op de werking van de beschikking. Een dergelijk verbod kan onder de volgende voorwaarden ook in kort geding worden gevorderd: de regeling in kwestie is onmiskenbaar onverbindend en geen andere rechtsgang staat open om zich met de vereiste spoed een voorziening te verschaffen.[65]

Wetgeving in materiële zin kan ook in strijd zijn met ongeschreven rechtsbeginselen, zoals het verbod van willekeur.[66]

De wetgever kan door het uitvaardigen van een regel die later onverbindend wordt verklaard schade veroorzaken. De vraag is echter of deze onrechtmatige daad aan de staat kan worden toegerekend (in de zin van art. 6:162 lid 3 BW; voor art. 1401 BW (oud) werd de term schuld gebruikt). In het arrest *Hoffmann-La Roche* overweegt de Hoge Raad:

> 'In geval een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt door een beschikking te nemen en te handhaven die naderhand door de rechter wordt vernietigd wegens strijd met de wet, is daarmee de schuld van het overheidslichaam in beginsel gegeven.'[67]

Tevens is het voorstelbaar dat wetgeving (inclusief wetten in formele zin) onrechtmatig is wegens strijd met een ieder verbindende bepalingen uit verdragen, zoals het EVRM.[68] In hoofdstuk 7 zal worden teruggekomen op de kwestie van wetgeving die in strijd is met het EVRM.[69]

Op deze plaats kan verder worden volstaan met een verwijzing naar relevante rechtspraak en literatuur over onrechtmatige wetgeving.[70]

64 Zie bijv. Hoge Raad 24 januari 1969, *NJ* 1969, 316 met noot H. Drion en Hoge Raad 9 mei 1986, *NJ* 1987, 252 met noot M. Scheltema.

65 Hoge Raad 1 juli 1983, *NJ* 1984, 360 met noot M. Scheltema (prijzenbeschikkingen medische specialisten).

66 Zie Hoge Raad 16 mei 1986, *NJ* 1987, 251 met noot M. Scheltema.

67 Hoge Raad 26 september 1986, *NJ* 1987, 253 met noot M. Scheltema en *AB* 1987, 70 met noot F.H. van der Burg.

68 In dit verband zijn van belang de artikelen 93 en 94 Grondwet; zie over deze artikelen en over de doorwerking van internationaal recht in de Nederlandse rechtsorde hoofdstuk 7 § 7.1.

69 Zie hoofdstuk 7 § 7.7.3 (wetgeving in strijd met art. 8 EVRM).

70 Zie met name Onrechtmatige Daad VII B (Damen) nr. 98 e.v. en H.L.E. van Dijck, *De aansprakelijkheid van de overheid voor vernietigde beschikkingen*, dissertatie Tilburg, 1990.

2.3.1.4 Onrechtmatige rechtspraak[71]

In 1971 wijst de Hoge Raad een belangrijk arrest, waarin de vraag centraal staat of de bij een beslissing van de civiele rechter in het ongelijk gestelde partij op grond van onzorgvuldigheid van die rechter een vordering uit onrechtmatige daad tegen de staat kan instellen.[72] De Hoge Raad beantwoordt deze vraag ontkennend, omdat anders het uitputtend geregelde wettelijke systeem van rechtsmiddelen zou worden doorkruist. De Hoge Raad overweegt vervolgens:

> 'dat slechts, indien bij de voorbereiding van een rechterlijke beslissing zo fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, en tegen die beslissing geen rechtsmiddel openstaat en heeft opengestaan, de Staat terzake van de schending van het in art. 6 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden gewaarborgde recht voor de daaruit voortvloeiende schade aansprakelijk zou kunnen worden gesteld, doch dat - daargelaten of de Nederlandse wetgeving aanknopingspunten bevat die mogelijk maken dat de nationale rechter daarover oordeelt –, over zodanige schending in het middel niet wordt geklaagd.'

De advocaat van de klager heeft erop gewezen, dat de staat aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden van de rechterlijke macht heeft erkend door de ondertekening van het EVRM. Art. 50 van dit verdrag regelt immers de aansprakelijkheid van de staat voor onder meer beslissingen die door een rechterlijke instantie zijn genomen en welke het Hof verklaart geheel of gedeeltelijk in strijd te zijn met de verplichtingen die uit het verdrag voortvloeien. Advocaat-Generaal BERGER gelooft echter niet, dat aan art. 50 van het verdrag enige conclusie kan worden verbonden met betrekking tot de aansprakelijkheid van de staat voor beslissingen van rechtsprekende instanties volgens zijn nationale recht. Annotator SCHOLTEN stelt de vraag welke functie de Hoge Raad nu aan art. 6 EVRM biedt en wijst op de intrigerende opmerking 'daargelaten of de Nederlandse wetgever aanknopingspunten bevat die mogelijk maken dat de nationale rechter daarover oordeelt.' SCHOLTEN wil deze zin zo begrijpen dat van schadevergoeding (volgens Nederlands recht, *MLvE*) geen sprake kan zijn als de rechterlijke beslissing of handeling voorgeschreven is door het Nederlandse recht. Dat is volgens hem ook niet in strijd met het verdrag, aangezien art. 50 juist rekening houdt met dergelijke situaties. BLOMKWIST meent daarentegen dat in geval van schending van art. 6 EVRM zonder twijfel een taak is weggelegd voor de Nederlandse rechter.[73]

71 Zie o.a. Van Wijk/Konijnenbelt 1994, p. 636-637.

72 Hoge Raad 3 december 1971, *NJ* 1972, 137 met noot G.J. Scholten en *AAe* 1973, p. 156 met noot P.A. Stein; zie voor een soortgelijke beslissing Hoge Raad 17 maart 1978, *NJ* 1979, 204 met noot M. Scheltema.

73 J.H.W. Blomkwist, Over onrechtmatige rechtspraak, *AAe* 1972, p. 288.

In een recentere uitspraak is de Hoge Raad van oordeel, dat het onverenigbaar is met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in strafzaken dat een veroordeelde de gelegenheid zou hebben langs de weg van een vordering tegen de staat op grond van art. 1401 BW de juistheid van de beslissing van de strafrechter of de aanvaardbaarheid van de procesgang die tot de beslissing heeft geleid, tot onderwerp van een nieuw geding te maken en door de burgerlijke rechter te doen toetsen. Op deze regel kan volgens de Hoge Raad een uitzondering worden aanvaard 'ingeval een uitspraak van het Europese Hof, waarmee de strafrechter bij zijn beslissing geen rekening heeft kunnen houden, noopt tot de slotsom dat die beslissing is tot stand gekomen op zodanige wijze dat niet meer kan worden gesproken van een eerlijke behandeling van de zaak in de zin van art. 6 lid 1 eerste zin EVRM.' In een dergelijk geval kan de veroordeelde in kort geding de verdere tenuitvoerlegging van de straf doen stoppen. De president dient deze vordering slechts toe te wijzen, indien het niet voor redelijke twijfel vatbaar is dat de uitspraak van het Europese Hof tot de conclusie dwingt, dat verdere tenuitvoerlegging van het vonnis onrechtmatig is.[74]

Onlangs nog heeft de Hoge Raad zijn uitspraken inzake de onrechtmatige rechtspraak uit de jaren zeventig bevestigd.[75] Wel constateert annotator SNIJDERS enige openingen in de 'deur-dicht'-jurisprudentie uit de jaren zeventig. Het valt hem onder meer op dat de Hoge Raad de toetsing aan zeer fundamentele rechtsbeginselen niet meer zo nadrukkelijk als het enige criterium voor onrechtmatige rechtspraak presenteert.[76]

Ook in verdere doctrine is de laatste tijd aandacht besteed aan de kwestie van overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak. KORTMANN heeft nogal wat bezwaren tegen de bestaande rechtspraak van de Hoge Raad. De hoofdregel van niet-aansprakelijkheid baseert de Hoge Raad op het gesloten stelsel van de in de wet geregelde rechtsmiddelen. Het erkennen van een onrechtmatige daads-actie (art. 6:162 BW) tegen de staat wegens een rechterlijke fout doet volgens hem echter niet af aan het gezag van gewijsde van de rechterlijke uitspraak.[77] Bovendien staat deze rechtspraak van de Hoge Raad volgens KORTMANN in schril contrast met de voortschrijdende overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever of het bestuur.[78] Hij concludeert dan ook dat de staat de door rechterlijke fouten veroorzaakte schade dient te vergoeden, indien deze onder de gegeven omstandigheden niet voor rekening van de burger mag blijven.[79] Ook in een latere publicatie verdedigt KORTMANN het stand-

74 Hoge Raad 1 februari 1991, *NJ* 1991, 413 met noot Th. W. van Veen; *NJCM-Bulletin* 16-4 (1991), p. 325 e.v. met noten J. van der Velde en J. de Hullu.

75 Hoge Raad 8 januari 1993, *NJ* 1993, 558.

76 Zie H.J. Snijders in zijn noot onder *NJ* 1993, 558. Spier bestempelt dit betoog van Snijders als speculatief en berustend op 'wishful thinking', zie Spier 1996, p. 278, noot 492.

77 S.C.J.J. Kortmann, Onrechtmatige civiele rechtspraak, in: *Met hoofd en hart.* Opstellen aangeboden aan prof. mr J.C.M. Leijten, Zwolle, 1991, p. 269-285 (op p. 278).

78 Kortmann 1991, p. 281.

79 Kortmann 1991, p. 285.

punt dat de staat aansprakelijk is voor de schade die een burger lijdt ten gevolge van rechterlijke fouten.[80]

HARTKAMP verwacht weinig heil van een beroep op art. 6:162 BW in geval van onrechtmatige rechtspraak.[81] CORSTENS is voorstander van een beperkte schadeplichtigheid van de overheid voor rechterlijke fouten.[82]

Opmerking verdient in dit verband, dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens de mogelijkheid heeft om, na te hebben vastgesteld dat art. 6 EVRM is geschonden, het slachtoffer op grond van art. 50 van het verdrag 'een billijke genoegdoening' ten laste van de staat opleggen. In hoofdstuk 7 zal de vraag aan de orde komen in hoeverre de Nederlandse jurisprudentie betreffende beperkte schadeplichtigheid voor onrechtmatige rechtspraak aanpassing behoeft naar aanleiding van de Straatsburgse jurisprudentie terzake. In de literatuur is reeds de verwachting uitgesproken dat, gezien deze Straatsburgse rechtspraak alsmede het feit dat in de ons omringende landen vaak reeds aansprakelijkheid van de staat voor rechterlijke fouten op enigerlei wijze is aanvaard, de Nederlandse jurisprudentie zich ook in deze richting zal gaan ontwikkelen.[83]

2.3.2 Bijzondere grondslagen voor schadevergoeding bij (on)rechtmatig overheidsoptreden. Rechterlijke bevoegdheid tot toekenning van schadevergoeding

2.3.2.1 Ten onrechte ondergane voorlopige hechtenis (art. 89 Sv)

Art. 89 Sv betreft schadevergoeding voor achteraf ten onrechte ondergane voorlopige hechtenis.[84] De rechter kan een vergoeding opleggen ten laste van de staat. Dit artikel ziet ook op nadeel dat niet in vermogensschade bestaat. Volgens art. 90 Sv vindt toekenning van schadevergoeding plaats indien er naar het oordeel van de rechter, alle omstandigheden in aanmerking genomen, gronden van billijkheid aanwezig zijn.

80 S.C.J.J. Kortmann, Wie betaalt de rekening?, *NJB* 1993, p. 921-926. Kortmann zoekt in dit artikel aansluiting bij een arrest van het Belgische Hof van Cassatie van 19 december 1991 (Anca); zie over dit arrest M. Storme, De rechterlijke macht, *NJB* 1993, 917-920. Zie voor een uitgebreide studie (in twee delen) van het Belgische recht in dit verband: A. van Oevelen, *De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht*, Antwerpen, 1987.

81 Asser-Hartkamp III 1994, nr. 290j.

82 G.J.M. Corstens, Onrechtmatige strafrechtspraak, in: *Met hoofd en hart.* Opstellen aangeboden aan prof. mr J.C.M. Leijten, Zwolle, 1991, p. 205-212.

83 Ch.H. van Dijk en R.J.M. Smit, Aansprakelijkheid voor door de rechter gemaakte fouten, in: *Met recht naar 2000*, H. de Doelder e.a. (red.), Lelystad, 1990, p. 91-99, in het bijzonder p. 97-98.

84 Zie hierover uitgebreid, J.P.M. Borsboom, *Schadevergoeding voor voorlopige hechtenis*, Kluwer Post Scriptum Reeks, 1983.

Het gaat hier derhalve niet om een *recht* op schadevergoeding van de gewezen verdachte.[85]

De verhouding van art. 89 Sv tot art. 6:162 BW is zowel in de doctrine als de rechtspraak ter sprake gekomen. De schadevergoeding krachtens de artikelen 89 e.v. Sv is er in het algemeen een terzake van rechtmatige overheidsdaad.[86] LANGEMEIJER betoogde reeds in 1931 dat men deze vergoedingsplicht dient te zien als 'eene wegens *rechtmatige* overheidsdaad, gegrond op de overweging, dat de gemeenschap in wier belang deze soms geweldig groote materieele en moreele schade wordt toegebracht, haar ook behoort te vergoeden.'[87]

De vraag rijst of naast de weg van art. 89 Sv ook een actie op grond van art. 6:162 BW voor de burgerlijke rechter kan worden ingesteld. Volgens MELAI is dit onwaarschijnlijk, nu de kans groot is dat de burgerlijke rechter de betrokkene niet-ontvankelijk zal verklaren met de overweging dat de artikelen 89 e.v. Sv een met voldoende waarborgen omklede bijzondere rechtsgang open stellen.[88]

In een arrest van de Hoge Raad staat de verhouding centraal tussen de artikelen 89 Sv en 1401 BW.[89] De Staat stelt in cassatie dat de persoon in kwestie de weg van art. 89 Sv had moeten volgen en dat naast deze met voldoende waarborgen omklede beroepsgang geen plaats is voor een zelfstandige vordering op grond van art. 1401 BW. Advocaat-Generaal BIEGMAN-HARTOGH verwerpt in haar conclusie dit argument van de Staat. Naar haar mening zal een samenloop tussen de acties gegrond op 89 Sv en 1401 BW zich in de praktijk zelden voordoen. Volgens haar is het in ieder geval in strijd met art. 5 lid 5 EVRM om bij genoemde samenloop slechts art. 89 Sv van toepassing te achten, indien dat in de weg zou staan aan toekenning van het in art. 1401 BW neergelegde *recht op volledige* schadevergoeding. Zij sluit zich aan bij de mening van de meerderheid van de schrijvers, dat het in art. 89 Sv bepaalde niet aan toepasselijkheid van art. 1401 BW in de weg staat.[90] De Hoge Raad is evenals de Advocaat-Generaal van mening dat het middel niet tot cassatie kan leiden en overweegt:

> 'Zowel uit de tekst van de art. 89 en 90 Sv,....., als uit de geschiedenis van hun totstandkoming -....- blijkt dat daarmede niet meer is beoogd dan de rechter de mogelijkheid te geven naar billijkheid een vergoeding toe te kennen terzake van *rechtmati-*

85 Melai, *Wetboek van Strafvordering*, artikelen 89-93, aant. 2 en A.L. Melai, Schadevergoeding voor voorlopige hechtenis, *Delikt en Delinkwent* 1988, p. 803-808 (805).

86 Melai, *Wetboek van Strafvordering*, artikelen 89-93, aant. 2 en 4. Zie ook F.B. Bakels, Iets over de art. 89 en 90 Sv, *NJB* 1991, p. 287-294.

87 G.E. Langemeijer, Preventieve hechtenis en schadevergoeding, *NJB* 1931, p. 158-159 (op p. 158).

88 Melai, *Wetboek van Strafvordering*, artikelen 89-93, aant. 4. Zie in dit verband ook Hoge Raad 22 februari 1957, *NJ* 1957, 310.

89 Hoge Raad 7 april 1989, *NJ* 1989, 532.

90 In paragraaf 4.6 van haar conclusie.

> *ge*, doch achteraf niettemin onjuist gebleken vrijheidsbeneming. Zoals bij die totstandkoming ook tot uitdrukking is gebracht, staan deze bepalingen daarom, daargelaten in hoeverre zij toepassing kunnen vinden in geval van *onrechtmatige* vrijheidsbeneming, in elk geval niet eraan in de weg dat wie meent dáárvan het slachtoffer te zijn, ter zake op de voet van art. 1401 BW een voorziening vordert bij de burgerlijke rechter. Daarbij kan hij, in overeenstemming met het bepaalde in art. 5 lid 5 EVRM, voor zover hij ten gevolge van de onrechtmatige vrijheidsbeneming schade heeft geleden, aanspraak maken op volledige vergoeding daarvan.'

De Hoge Raad laat uitdrukkelijk in het midden in hoeverre de artikelen 89 e.v. Sv van toepassing zijn in geval van onrechtmatige vrijheidsbeneming. In een latere uitspraak heeft de Hoge Raad echter duidelijk gemaakt dat art. 89 Sv ook geldt in geval van onrechtmatige vrijheidsbeneming.[91]

Duidelijk is dat de weg van art. 6:162 BW slechts open staat bij onrechtmatige vrijheidsbeneming.[92] Onlangs heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat bij een aanvankelijk gerechtvaardigde voorlopige hechtenis slechts de weg van art. 89 Sv openstaat.[93] In geval van onrechtmatige voorlopige hechtenis staat ook de weg van art. 6:162 BW open. De Hoge Raad overweegt in dit verband:

> 'Voorlopige hechtenis is onrechtmatig indien zij is ondergaan ingevolge een bevel dat is verleend in strijd met de wet (...) dan wel met veronachtzaming van fundamentele vereisten, zoals het horen van de verdachte waar dat is voorgeschreven (...). Buiten deze gevallen is voorlopige hechtenis in beginsel rechtmatig, omdat zij wordt gerechtvaardigd door het bestaan van verdenking, dat wil zeggen dat uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan enig feit voortvloeit. Zulks is slechts anders indien achteraf uit het strafdossier – uit de einduitspraak of anderszins – blijkt dat de verdenking ten onrechte heeft bestaan (...).'[94]

In de doctrine gaan stemmen op om de regeling van de artikelen 89 e.v. Sv aan te passen of zelfs te schrappen en te volstaan met de actie uit onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW.[95]

91 Hoge Raad 2 februari 1993, *NJ* 1993, 552 met noot Th.W. van Veen. In casu heeft de procureur-generaal cassatie in het belang der wet ingesteld tegen een beschikking van het Hof 's-Hertogenbosch; dit hof was van oordeel dat art. 89 Sv slechts betrekking had op rechtmatige vrijheidsbeneming.

92 Zie bijv. J.H.F.J. Cremers, Schadevergoeding na voorlopige hechtenis, *NJB* 1989, p. 705-708 (op p. 706).

93 Hoge Raad 29 april 1994, *NJ* 1995, 727 met noten C.J.H. Brunner en E.A. Alkema; zo ook Hoge Raad 23 december 1994, *NJ* 1995, 512 met noot G.J. Corstens en *AB* 1995, 495 met noot Th.G. Drupsteen en Hoge Raad 22 december 1995, *NJ* 1996, 301.

94 Rechtsoverweging 3.5.1; zie over dit arrest ook de noot van L.J.A. Damen, Een deal over bajesdagen of liever cash?, *AAe* 1994, p. 675-681.

95 Zie H.G.F.M. de Kok: Haalt art. 89 SV '99?, *RM Themis* 1993, p. 435-452.

Van het wetgevingsfront valt te melden dat de Eerste Kamer onlangs een wetsvoorstel heeft aanvaard tot wijziging van de schadevergoedingsregeling van art. 89 Sv.[96] In de praktijk is immers als knelpunt naar voren gekomen, dat gezien de letter van de wet op grond van art. 89 Sv slechts een vergoeding in financiële vorm mogelijk is.[97] Indien de verzoeker echter uit andere hoofde vast zit, is hij er meer bij gebaat dat de dagen die hij ten onrechte in voorlopige hechtenis heeft doorgebracht in mindering worden gebracht op de vrijheidsstraf die hij nog moet ondergaan.[98]

De wet geeft de rechter de bevoegdheid om te bepalen dat de tijd die de gewezen verdachte in voorlopige hechtenis heeft doorgebracht, in mindering wordt gebracht op de vrijheidsstraf die nog geheel of gedeeltelijk ten uitvoer moet worden gelegd. Tevens krijgt de rechter de bevoegdheid het toegekende bedrag van de schadevergoeding aanstonds te verrekenen met nog openstaande aan de staat verschuldigde geldbedragen, waartoe de verzoeker om schadevergoeding reeds bij onherroepelijk geworden vonnis of arrest is veroordeeld. Volgens de Memorie van Toelichting valt hierbij te denken aan de schadevergoedingsmaatregel, een geldboete, wederrechtelijk verkregen voordeel en storting in het Waarborgfonds Motorverkeer. Een dergelijk rechterlijk bevel zal de inning van deze geldbedragen aanzienlijk vergemakkelijken.[99]

De verhouding van art. 89 Sv tot art. 5 lid 5 EVRM is pas de laatste jaren in de doctrine aan de orde gekomen. Alleen TAK betoogde reeds in 1970, dat de inhoud van de artikelen 89 e.v. Sv enger is dan die van art. 5 lid 5 EVRM en dat daarmee de regeling van het Wetboek van Strafvordering wegens strijd met art. 5 lid 5 EVRM buiten toepassing dient te blijven.[100] VAN VEEN is het hier echter niet mee eens en is van mening dat met de regeling van artikelen 89 e.v. Sv juist wel recht wordt gedaan aan de uitgangspunten van art. 5 lid 5 EVRM.[101]

96 Wijziging van het Wetboek van Strafvordering en de Gratiewet (herziene gratieregeling en regeling inzake schadevergoeding voor voorlopige hechtenis), Tweede Kamer, vergaderjaar 1994-1995, 23 960, nrs 1-2, ingediend op 31 oktober 1994; aanvaard door Eerste Kamer op 16 januari 1996, in werking getreden op 1 mei 1996.

97 Zie bijv. Rechtbank Zutphen, 18 december 1987, *NJ* 1988, 436.

98 Volgens Hof 's-Gravenhage, 17 februari 1993, *NJ* 1993, 294, verzet het systeem van de wet zich er niet tegen dat schadevergoeding op grond van art. 89 Sv wordt gegeven in de vorm van verrekening bij de tenuitvoerlegging van een vrijheidsbenemende straf, die de verzoeker moet ondergaan op grond van een onherroepelijke veroordeling in een andere zaak. Volgens annotator *Van Veen* getuigt de beschikking van inventiviteit en is voor een dergelijke beslissing in sommige gevallen veel te zeggen. Hij betwijfelt echter of een dergelijke beschikking past in het huidige wettelijke systeem.

99 Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, 23 960, nr. 3, p. 5. In hoofdstuk 7 § 7.4.3 zal nader worden ingegaan op de wenselijkheid van de in de wet opgenomen mogelijkheid om op grond van art. 89 Sv toegekende bedragen te verrekenen met door de betrokkene aan de staat verschuldigde bedragen.

100 P.J.P. Tak, Schadevergoeding voor ondergane voorlopige hechtenis en straf, *Tijdschrift voor Strafrecht* 1970, p. 1-27 (26).

101 Th.W. van Veen, Schadevergoeding voorlopige hechtenis, *Delikt en Delinkwent* 1976, p. 71-81 (op p. 75).

DOORENBOS maakt in dit verband onderscheid tussen de civiele rechter en de strafrechter. De civiele rechter beoordeelt het overheidsoptreden volgens hem ex post en zal relatief snel concluderen dat het aanwenden van een strafvorderlijk dwangmiddel achteraf bezien onrechtmatig is en dat daarmee art. 5 lid 5 EVRM van toepassing is. De strafrechter daarentegen zal volgens hem art. 5 lid 5 EVRM uiterst zelden toepasselijk achten, nu deze de rechtmatigheid van het overheidsoptreden beoordeelt op het moment van de arrestatie of gevangenhouding. Dit doet volgens Doorenbos recht aan art. 5 EVRM en hij acht het dan ook onjuist dat de civiele rechter het recht op volledige schadevergoeding mede baseert op art. 5 lid 5 EVRM.[102]

CREMERS is van mening, dat de persoon tegen wie ondanks zijn vrijspraak ernstige verdenking is blijven bestaan, op gronden van billijkheid geen schadevergoeding dient te krijgen. Dit komt volgens hem niet in strijd met de praesumptio innocentiae van art. 6 lid 2 EVRM.[103] Volgens PRAKKEN doet deze opvatting van CREMERS geen recht aan de onschuldspresumptie van art. 6 lid 2 EVRM.[104] Zij verwijst hierbij met name naar de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, in het bijzonder het arrest *Minelli* tegen Zwitserland.[105]

In hoofdstuk 7 zal, in het bijzonder in het licht van de jurisprudentie van het EHRM, uitgebreider worden ingegaan op de verhouding van de onschuldspresumptie en de mogelijkheid van schadevergoeding in geval van ten onrechte toegepaste dwangmiddelen.

2.3.2.2 Ten onrechte ondergane straf (art. 481 Sv)

Art. 481 Sv heeft betrekking op schadevergoeding voor ten onrechte ondergane straf of maatregel. Op verzoek van de ten onrechte veroordeelde wordt een schadevergoeding toegekend. De toekenning heeft plaats voor zover daartoe, naar het oordeel van de rechter, gronden van billijkheid aanwezig zijn en overigens op de voet van de artikelen 89-93 Sv. In hoofdstuk 7 zal nader worden ingegaan op de verhouding van art. 481 Sv met art. 3 van het Zevende Protocol bij het EVRM en art. 14 lid 6 IVBPR.

102 D.R. Doorenbos, Schadevergoeding na strafvorderlijk overheidsoptreden, *Delikt en Delinkwent* 1991, p. 453-464.

103 Cremers 1989, p. 705-708.

104 Ties Prakken, Schadevergoeding na voorlopige hechtenis, *NJB* 1989, p. 1575-1577 (op p. 1576) en *NJB* 1990, p. 350.

105 EHRM 25 maart 1983, *NJ* 1986, 698 met noot E.A. Alkema.

2.3.2.3 Ten onrechte ondergane vreemdelingenbewaring (art. 34j Vreemdelingenwet)

Op grond van art. 34j Vreemdelingenwet (Vw) kan de rechtbank na opheffing van een maatregel strekkende tot vrijheidsontneming aan de vreemdeling een vergoeding ten laste van de staat toekennen. Onder de schade die voor vergoeding in aanmerking komt is mede begrepen het nadeel dat niet in vermogensschade bestaat. De artikelen 90, 91 en 93 Sv zijn van overeenkomstige toepassing. De toekenning van schadevergoeding vindt derhalve plaats als er daartoe naar het oordeel van de rechter gronden van billijkheid aanwezig zijn.

In het kader van de vreemdelingenbewaring heeft de Hoge Raad een vergelijkbare beslissing genomen als bij de voorlopige hechtenis.[106] Naast de weg van art. 34j Vw bestaat de mogelijkheid voor de vreemdeling om op grond van art. 6:162 BW bij de burgerlijke rechter volledige vergoeding van de schade te vragen. De Hoge Raad verwijst hierbij naar de artikelen 5 lid 5 EVRM en 9 lid 5 IVBPR. Annotator SWART benadrukt dat het bij art. 89 Sv vooral om schadevergoeding ter zake van rechtmatige maar achteraf niettemin onjuist gebleken vrijheidsbenemingen gaat, terwijl het in art. 42 lid 2 (oud) Vw[107] nu juist om onrechtmatige vrijheidsbenemingen gaat (namelijk in strijd met de wet of die bij afweging van alle daarbij betrokken belangen in redelijkheid niet gerechtvaardigd zijn te achten).

BAUDOIN meent dat de regeling van art. 34j Vw in strijd komt met art. 5 lid 5 EVRM, dat een ieder die slachtoffer is geworden van een vrijheidsontneming in strijd met dit artikel recht geeft op schadeloosstelling. Bij art. 34j Vw wordt de toekenning van schadevergoeding afhankelijk gesteld van een rechterlijk oordeel op gronden van billijkheid. Volgens BAUDOIN is de weg van art. 6:162 BW dan ook nog steeds begaanbaar.[108]

Over de cumulatie van procedures tot schadevergoeding in geval van onrechtmatige vreemdelingenbewaring heeft de zogenaamde rechtseenheidskamer van de rechtbank te Den Haag zich eind 1994 uitgelaten.[109] De rechtbank heeft de vreemdelingenbewaring van de verzoeker, een 30-jarige Algerijn, reeds onrechtmatig bevonden vanwege overschrijding van de termijn van verhoor en de kwestie van de toe te kennen

106 Hoge Raad 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 793 en *RV* 1989, 67 met noten A.H.J. Swart en *NJCM-Bulletin* 15-4 (1990), p. 461-466 met noot H.K. Fernandes Mendes.

107 Artikel 42 lid 2 (oud) van de Vreemdelingenwet is per 1 maart 1994 vervangen door het reeds genoemde artikel 34j.

108 P. Baudoin, Vrijheidsbeneming en vrijheidsbeperking van vreemdelingen, *Migrantenrecht* 1994, nr. 3/4, p. 56-61, op p. 58.

109 Rechtbank 's-Gravenhage (rechtseenheidskamer vreemdelingenzaken) 29 december 1994, *RV* 1994, 75 met noot B.P. Vermeulen; *Rechtspraak Migrantenrecht* 1995, 53 met commentaar B. Hendriksen en *Nieuwsbrief Asiel- en Vluchtelingenrecht*, nr. 3, maart 1995, p. 201-206 met commentaar P. Baudouin.

schadevergoeding voorgelegd aan de rechtseenheidskamer.[110] De advocaat van de klager, BAUDOIN, heeft namens zijn cliënt aangevoerd dat het onbevredigend en inefficiënt is om een schadevergoeding – of een aanvulling daarop – te moeten claimen bij een andere rechter dan de *habeas corpus*-rechter. Hij pleit er dan ook voor dat art. 34j Vw zo wordt uitgelegd dat recht wordt gedaan aan het recht op volledige schadevergoeding ex art. 5 lid 5 EVRM.

De rechtbank meent dat de eiser op grond van art. 5 lid 5 EVRM en art. 9 lid 5 IVBPR aanspraak heeft op volledige vergoeding van de door de onrechtmatige vrijheidsbeneming geleden schade. Dit uitgangspunt geldt ook in gevallen waarin de bewaring (hoewel materieel mogelijk gerechtvaardigd) wegens schending van vormvoorschriften onrechtmatig wordt bevonden. Een en ander sluit volgens de rechtbank niet uit dat de rechter op grond van art. 6:22 Awb ondanks schending van bepaalde vormvoorschriften het beroep ongegrond en de bewaring rechtmatig kan verklaren.

De rechtbank volgt het pleidooi van de advocaat en is – mede op grond van overwegingen van proceseconomie – van oordeel dat de beperkingen die op grond van art. 34j Vw en art. 90 Sv op een aanspraak op volledige schadeloosstelling kunnen worden aangebracht, buiten toepassing dienen te worden gelaten. De rechtbank verwerpt het standpunt van de verweerder dat geen (immateriële) schade zou zijn geleden omdat er materiële gronden voor de bewaring aanwezig waren en de bewaring onrechtmatig is geoordeeld wegens strijd met vormvoorschriften. Wel had de eiser de schade kunnen beperken door het sneller aanwenden van rechtsmiddelen, zodat de bewaring eerder onrechtmatig zou zijn beoordeeld en opgeheven zou zijn. Voor de tijd die de eiser in dat geval in bewaring zou hebben gezeten kent de rechtbank in totaal *f*2450 toe: *f*150 per dag doorgebracht op het politiebureau en *f*100 voor iedere in het Huis van Bewaring gespendeerde dag.

Opgemerkt dient te worden dat de uitsluiting van het rechtsmiddel van hoger beroep in de Vreemdelingenwet geen betrekking heeft op de op grond van art. 34j Vw genomen schadevergoedingsbeslissing, aangezien hierin de artikelen 90, 91 en 93 Sv van overeenkomstige toepassing worden verklaard. Op grond van art. 91 Sv kan tegen deze beslissing hoger beroep worden ingesteld bij het gerechtshof. Via deze omweg kan toch de rechtmatigheid van de vreemdelingenbewaring worden getoetst.[111]

110 De eiser is in strijd met art. 19 lid 2 Vw langer dan zes uur voor verhoor opgehouden; deze termijn werd te laat – immers pas na zeven uur - verlengd.

111 Zie K.E. Hendriksen, In vernieuwde Vreemdelingenwet wel hoger beroep mogelijk, *Migrantenrecht* 1994, nr. 7, p. 138.

2.3.2.4 Onrechtmatige vrijheidsbeneming psychiatrische patiënten (art. 28 en 35 BOPZ)

De wet Bijzondere Opnemingen Psychiatrische Patiënten (de BOPZ) biedt enige schadevergoedingsmogelijkheden in geval van onrechtmatige vrijheidsberoving.[112]

Art. 28 van deze wet voorziet in de mogelijkheid om schadevergoeding te verzoeken in geval de door de burgemeester gegeven last tot inbewaringstelling onrechtmatig was. Het betreft een verzoekschriftprocedure, die binnen zes weken na het geven van de last in gang moet worden gezet. De tekst van dit artikel laat zich echter niet uit over gedragingen van de burgemeester na het geven van een (op zich rechtmatige) last. Het kan dan gaan om niet onbelangrijke verzuimen als het niet terstond toevoegen van een raadsman of het informeren van de officier van justitie. DIJKERS stelt voor art. 28 in de rechtspraak uit te leggen in het licht van de uitdrukkelijke vaststelling door de wetgever dat de artikelen 28 en 35 (zie hieronder) niet principieel van elkaar verschillen. Als grond voor schadevergoeding op grond van art. 28 kan dan gelden het niet in acht nemen van een wettelijke bepaling door de burgemeester, waardoor nadeel is geleden.[113]

De rechtbank te Dordrecht heeft art. 28 BOPZ inmiddels ruim uitgelegd. De burgemeester had in strijd met art. 22 BOPZ verzuimd om voor toevoeging van een raadsman zorg te dragen ten tijde van het nemen van de beslissing tot inbewaringstelling. Dit verzuim maakt de beslissing tot inbewaringstelling echter niet onrechtmatig. Uit de parlementaire geschiedenis van de artikelen 28 en 35 BOPZ leidt de rechtbank af, dat de wetgever niet bedoeld kan hebben de door de burgemeester na het geven van zijn beschikking na te leven bepalingen uit de BOPZ uit te sluiten van de procedure van art. 28. Het verzuim in casu kan derhalve grond voor schadevergoeding zijn op grond van art. 28 BOPZ. Deze schade is immaterieel van aard en veroorzaakt door de ongerustheid over het uitblijven van de bijstand door een raadsman gedurende ruim 24 uur na de last tot de inbewaringstelling door de burgemeester. Bovendien had de burgemeester verzuimd er onverwijld zorg voor te dragen dat de officier van justitie van de beschikking tot inbewaringstelling op de hoogte werd gebracht. De rechtbank kent in totaal *f*250 toe.[114]

112 Wet van 29 oktober 1992, *Staatsblad* 669, in werking getreden op 15 januari 1994; de wet vervangt de Krankzinnigenwet uit 1884.

113 Zie W. Dijkers, Handleiding Schadevergoedingsprocedure BOPZ, *Trema* 1994, p. 281-286 (op p. 283).

114 Rechtbank Dordrecht 22 juni 1994, *NJ* 1994, 663; zie voor een vergelijkbare zaak Rechtbank 's-Gravenhage 22 maart 1994, *NJ* 1995, 218: de rechtbank kent een bedrag van *f*500 toe, dat wil zeggen *f*100 per dag waarop de betrokkene was verstoken van de bijstand van een advocaat. In rechtbank Assen 10 mei 1994, ongepubliceerd, bedraagt de toekenning voor de schade geleden door het ontbreken van de bijstand van een advocaat *f*50 per dag.

De rechtbank te Amsterdam heeft een vrijheidsbeneming op grond van de BOPZ onrechtmatig bevonden, aangezien de geneeskundige verklaring op basis waarvan de burgemeester de inbewaringstelling heeft bevolen onjuistheden bleek te bevatten. De rechtbank kent op grond van art. 28 BOPZ *f*1000 toe voor de vijf dagen dat de betrokkene van zijn vrijheid is beroofd. Bij dit tarief van *f*200 per dag heeft de rechtbank rekening gehouden met de omstandigheid dat op het slachtoffer dwangmedicatie is toegepast.[115]

Art. 35 BOPZ biedt de mogelijkheid van de toekenning van een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding ten laste van de staat aan degene die nadeel heeft geleden doordat de rechter of de officier van justitie een van de wettelijke voorschriften niet in acht heeft genomen, bijvoorbeeld het in art. 8 lid 3 BOPZ besloten liggende recht op bijstand van een advocaat.

De rechtbank te Roermond heeft schadevergoeding toegekend aan een psychiatrische patiënt (W.) die geruime tijd in onzekerheid heeft geleefd over de juistheid van de beslissing van de rechtbank, waarbij zijn gedwongen opname werd verlengd.

W. zoekt met zijn schadeclaim aansluiting bij de regeling van art. 89 Sv. Volgens de rechtbank zijn beide regelingen wel vergelijkbaar maar dit betekent niet automatisch dat dezelfde vergoedingsmaatstaven moeten worden gehanteerd. De rechtbank overweegt:

> 'De rechtbank stelt voorop, dat het nadeel als bedoeld in art. 35 Wet BOPZ, gelet op het specifieke karakter van de in dit artikel neergelegde vergoedingsregeling, niet perse hoeft te worden ingepast in de omlijningen van het nadeelsbegrip van artikel 6:106 BW.'

Het nadeel in casu, de onzekerheid waarin betrokkene heeft verkeerd, kan niet op één lijn worden gesteld met de schade geleden door achteraf gebleken, ten onrechte ondergane voorlopige hechtenis (art. 89 Sv). De rechtbank houdt rekening met het feit dat de gedwongen opname op zichzelf niet ongerechtvaardigd was en kent *f*750 toe voor de geleden immateriële schade.[116] Onlangs heeft de Hoge Raad de hier vermelde overwegingen van de rechtbank onderschreven naar aanleiding van een uitspraak van de rechtbank Roermond in een vergelijkbaar geval.[117]

De rechtbank te Rotterdam heeft geoordeeld dat betrokkene gedurende zeven dagen ten onrechte van zijn vrijheid is beroofd, aangezien de officier van justitie bij

115 Rechtbank Amsterdam 30 september 1994, *NJ* 1995, 106.

116 Rechtbank Roermond 9 december 1994, *NJ* 1995, 525. In casu heeft de rechtbank in zijn beslissing van 25 februari 1994 volgens de Hoge Raad in strijd gehandeld met art. 16 lid 1 BOPZ: bij het verzoek tot een machtiging tot voortgezet verblijf is geen verklaring van de geneesheer-directeur van het psychiatrisch ziekenhuis waar de betrokkene is opgenomen, overgelegd.

117 Hoge Raad 13 december 1996, *RvdW* 1997, 1; zie nader over deze uitspraak § 2.5.5 en hoofdstuk 7 § 7.2.2 en § 7.5.4.

het indienen van het verzoek tot voortzetting van de inbewaringstelling de door art. 27 lid 1 BOPZ gestelde termijn niet in acht heeft genomen. De rechtbank kent haar ten laste van de staat een bedrag toe van *f*700, dat wil zeggen *f*100 per dag.[118]

Een interessante uitspraak is die van de Hoge Raad van 12 februari 1993.[119] In casu betreft het de gedwongen opname van een psychiatrische patiënt op grond van de toen geldende Krankzinnigenwet. In strijd met de in de jurisprudentie ontwikkelde regel heeft hij geen bijstand van een advocaat gehad in de procedure waarin zijn gedwongen opname werd gevorderd. De Hoge Raad heeft reeds eerder uitgesproken dat, gelet op de veelal hulpeloze toestand van iemand wiens gedwongen plaatsing in een psychiatrische inrichting wordt verzocht, de bijstand van een advocaat van zo fundamentele aard is, dat bij het ontbreken van die bijstand geen sprake is van een eerlijke behandeling van de zaak.[120]

In het eerstgenoemde arrest heeft de Hoge Raad de uitspraak van het hof gecasseerd, aangezien dit als strenge maatstaf voor schadeplichtigheid van de staat de genoemde jurisprudentie inzake onrechtmatige rechtspraak had genomen.[121] Uitgangspunt dient echter volgens de Hoge Raad te zijn, dat de vrijheidsbeneming van de eiser onrechtmatig is geweest en dat de staat ingevolge art. 5 lid 5 EVRM in verbinding met art. 6:162 BW verplicht is de schade te vergoeden die de eiser mogelijk heeft geleden als gevolg van die onrechtmatige vrijheidsbeneming.[122]

RAS besteedt in zijn noot onder dit arrest onder meer aandacht aan art. 35 BOPZ. Hij vraagt zich af of het in deze verzoekschriftprocedure gaat om een volledige schadevergoeding, waar de betrokkene krachtens art. 5 lid 5 EVRM recht op heeft. Als dit niet het geval is, kan het slachtoffer daarnaast een dagvaardingsprocedure op grond van art. 6:162 BW tegen de staat in gang zetten.[123] Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de artikelen 28 en 35 blijkt dat niet is bedoeld om de weg van een vordering op grond van art. 6:162 BW uit te sluiten. Bovendien zijn de verzoeken om schadevergoeding op grond van deze artikelen gebonden aan korte termijnen, bij overschrijding van welke het volgens RAS in de rede ligt de gewone procedure uit onrechtmatige daad niet uit te sluiten.[124]

Uit het arrest van de Hoge Raad volgt dat niet iedere schending van een procedureel voorschrift zonder meer leidt tot een recht op schadevergoeding: het slachtoffer

118 Rechtbank Rotterdam 6 maart 1995, ongepubliceerd.

119 Hoge Raad 12 februari 1993, *NJ* 1993, 524 met noot H.E. Ras.

120 Hoge Raad 19 januari 1990, *NJ* 1990, 442.

121 Zie hiervoor § 2.3.1.4.

122 Hoge Raad 12 februari 1993, *NJ* 1993, 524, rechtsoverweging 3.5; de Hoge Raad verwijst de zaak naar het Hof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing.

123 Zie ook de reeds genoemde arresten Hoge Raad 7 april 1989, *NJ* 1989, 532 en Hoge Raad 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 793.

124 H.E. Ras in § 6 van zijn noot onder *NJ* 1993, 524.

van een dergelijk verzuim (in casu het ontbreken van de bijstand van een advocaat) zal moeten aantonen dat hij schade heeft geleden door de onrechtmatige vrijheidsbeneming. In hoofdstuk 7 zal worden onderzocht in hoeverre deze opvatting spoort met de Straatsburgse jurisprudentie terzake.

2.3.3 Schadevergoeding en de Algemene wet bestuursrecht

In art. 8:73 AWB is een schadevergoedingsmogelijkheid opgenomen in geval dat de rechtbank het beroep tegen een besluit in de zin van de AWB gegrond heeft verklaard. De rechtbank kan dan, indien daarvoor gronden zijn, op verzoek van een partij de door haar aangewezen rechtspersoon veroordelen tot vergoeding van de schade die die partij lijdt.

De wetgever heeft met deze bepaling vooralsnog geen exclusieve bevoegdheid aan de administratieve rechter willen toekennen. De regering heeft de mogelijkheid van een schadevergoedingsactie bij de civiele rechter op grond van art. 6:162 BW niet willen uitsluiten in verband met diens bijzondere expertise op dit gebied.[125]

In dit verband dient er op te worden gewezen dat in het bestuursrecht vele bijzondere mogelijkheden tot schadevergoeding bestaan. Het betreft in het algemeen schadeloosstelling na rechtmatige bestuursdaden (wel aangeduid als 'bestuurscompensatie'). Zo geeft art. 40 Onteigeningswet de onteigende recht op volledige vergoeding van alle schade die hij rechtstreeks en noodzakelijk door het verlies van zijn goed lijdt. Op grond van art. 49 Wet op de Ruimtelijke Ordening kan de gemeenteraad op verzoek van de belanghebbende een naar billijkheid te bepalen schadevergoeding toekennen voor schade die redelijkerwijs niet of niet geheel ten laste van de belanghebbende behoort te blijven.

2.3.4 Wet persoonsregistraties

Art. 9 van de Wet Persoonsregistraties[126] betreft de mogelijkheid van schadevergoeding voor iemand die schade lijdt doordat ten opzichte van hem in strijd wordt gehandeld met de bij of krachtens deze wet gegeven voorschriften ter bescherming van de belangen van geregistreerde of te registreren personen. Op grond van lid 2 van dit artikel heeft de benadeelde voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding. Art. 9 lid 3 stelt de houder van een persoonsregistratie aansprakelijk voor de schade ten gevolge van het niet naleven van de voorschriften ten aanzien van een persoonsregistratie. Bij deze risicoaansprakelijkheid is irrelevant of de schade is ontstaan door handelen van de

125 Zie hierover onder meer R.M. van Male en B.P.M. Ravels, Tot schade van allen. De onvolkomen schadevergoedingsregeling van de Awb, *Bouwrecht* 1993, p. 669-685 (op p. 677).

126 Wet van 28 december 1988, *Staatsblad* 665.

houder of van de bewerker. Art. 9 lid 3 stelt de bewerker aansprakelijk voor schade ontstaan door zijn werkzaamheid.

Art. 9 lid 2 is te beschouwen als een toepassing van art. 6:106 lid 1 aanhef en sub b BW, namelijk het recht op vergoeding van immateriële schade terzake van 'andere aantasting in de persoon'.[127]

Art. 9 Wet Persoonsregistraties versterkt de positie van geregistreerde door het invoeren van een risicoaansprakelijkheid van de houder en de bewerker van een persoonsregistratie voor schade veroorzaakt door het niet naleven van de voorschriften van de wet. Ook de overheid kan te maken krijgen met deze aansprakelijkheid, aangezien zij houder is van vele persoonsregistraties, zoals de Gemeentelijke Basisadministratie.

2.4 Vormen van compensatie: remedies volgens Nederlands recht

2.4.1 Vergoeding van de schade in geld

Schadevergoeding wordt in beginsel voldaan in geld, zo bepaalt art. 6:103 BW.

2.4.2 Vergoeding van de schade in andere vorm[128]

De rechter kan op vordering van de benadeelde ook een schadevergoeding in andere vorm dan betaling van een geldsom toekennen volgens art. 6:103 BW. Voor het oude recht had de rechtspraak dit reeds ten aanzien van art. 1401 BW uitgemaakt. Deze vorm van schadevergoeding wordt ook wel aangeduid als herstel in natura of als herstel in de toestand die er zou zijn geweest, indien geen onrechtmatige daad was gepleegd. Volgens BLOEMBERGEN verdient het gebruik van het woord herstel geen aanbeveling, nu deze term niet doet uitkomen dat het ook hier om het vergoeden van schade gaat.[129] Vaak kan deze vorm van schadevergoeding – beter dan de toekenning van een geldsom – bereiken, dat de schade volledig wordt vergoed. In welke gedaante kan deze vorm van schadevergoeding zich voordoen?

Ten eerste kan het gaan om het verrichten van feitelijke handelingen, bijvoorbeeld ontruiming van een huis, afgifte van een zaak, herstel van een beschadigde zaak of openbaarmaking van een rechterlijke uitspraak waarin wordt vastgesteld dat eiser in zijn eer of goede naam is aangetast. Ten tweede kan het betreffen het verrichten van

127 Zie *Schuurman & Jordens*, nr. 199, tweede druk, 1993, p. 124, waar wordt verwezen naar de parlementaire totstandkomingsgeschiedenis van deze wet.

128 Zie Bloembergen 1965, nr. 88-90; Asser-Hartkamp I, 1996, nr. 410-411 en III, 1994, nr. 116.

129 Bloembergen 1965, nr. 88.

een rechtshandeling, bijvoorbeeld afstand van een beperkt recht[130] of overdracht van een goed[131].

Art. 6:103 bepaalt tevens dat de benadeelde zijn bevoegdheid om schadevergoeding in geld te ontvangen herkrijgt, indien niet binnen redelijke termijn aan de rechterlijke uitspraak waarbij op zijn verzoek een andere vorm van schadevergoeding is opgelegd, wordt voldaan. Dit onderstreept des te meer dat vergoeding van de schade in geld de hoofdregel blijft.

2.4.3 Verklaring dat de gepleegde daad onrechtmatig is[132]

De eiser vordert een verklaring voor recht dat de handeling in kwestie onrechtmatig is. Niet is vereist dat de onrechtmatige daad reeds is gepleegd, voldoende is een reële dreiging dat een onrechtmatige daad zal worden gepleegd. Voor toewijzing van deze vordering is geen schuld of schade vereist. Het betreft een zuiver declaratoir vonnis, waarvoor wel als voorwaarde geldt dat de eiser hierbij belang heeft (*point d'intérêt point d'action*, zie art. 3:303 BW). Deze vordering is gebaseerd op art. 3:302 BW. In het oude recht was deze vordering niet op de wet gegrond, maar volgde zij uit de rechtspraak.[133]

2.4.4 Openbaarmaking van een rectificatie van onjuiste of misleidende mededelingen

Art. 6:167 lid 1 BW regelt het recht op rectificatie van een onjuiste of door onvolledigheid misleidende publicatie van gegevens van feitelijke aard. Een dergelijke vordering kan worden ingesteld tegen degene die uit onrechtmatige daad aansprakelijk is. Op grond van art. 6:167 lid 2 BW kan deze vordering zelfs worden ingesteld tegen de persoon die niet aansprakelijk is, omdat de publicatie hem wegens diens onbekendheid met de onjuistheid of onvolledigheid niet als een onrechtmatige daad is toe te rekenen. Art. 167 BW vormt een species van de mogelijkheid om van de rechter een bevel te vorderen tot publicatie van een vonnis.[134]

In Boek 6, afdeling 3, titel 4 BW is voor mededelingen in de zin van art. 194 (misleidende reclame) een verbodsactie, c.q. rectificatiemogelijkheid voorzien, namelijk in art. 196.[135] Dit artikel is een toepassing van art. 167. Het belang van art. 196 BW

130 Hoge Raad 11 maart 1960, *NJ* 1960, 261.

131 Hoge Raad 17 november 1967, *NJ* 1968, 42 met noot G.J. Scholten en *AAe* 1968, p. 22-26 met noot W.C.L. van der Grinten (Pos/v/d Bosch).

132 Zie G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad volgens BW en NBW*, Studiepockets privaatrecht nr. 21, 1990, p. 170; Asser-Hartkamp III 1994, nr. 117.

133 Hoge Raad 30 maart 1951, *NJ* 1952, 29 met noot Ph.A.N. Houwing.

134 Asser-Hartkamp III 1994, nr. 242.

135 Asser-Hartkamp III 1994, nr. 253

is gelegen in lid 2 van dit artikel, dat de daar genoemde rechtspersonen mede bevoegd acht de in lid 2 genoemde vorderingen in te stellen.

2.4.5 Gericht op de toekomst: verbods- of gebodsactie of het rechterlijk verbod/bevel tot het verrichten van een zekere handeling[136]

Het rechterlijk verbod en gebod dan wel bevel verschillen niet wezenlijk van elkaar. Een onrechtmatige daad kan bestaan in een doen of nalaten. Bij nalaten neemt het verbod de gedaante aan van een gebod of bevel om de onrechtmatig nagelaten handeling alsnog te verrichten.

De benadeelde kan een verbod vragen indien een onrechtmatige daad is gepleegd en herhaling dreigt. De eiser kan echter ook een verbod vragen indien gedaagde nog geen onrechtmatige daad heeft gepleegd, maar wel dreigt te plegen. Voor het oude recht is dit uitgemaakt in de jurisprudentie. Zo overweegt de Hoge Raad in zijn arrest inzake de *Noordhollandse elektriciteitsconcessie*:

> 'dat ook deze vorderingen (onder meer een vordering tot verbod om de levering van elektriciteit stop te zetten, *MLvE*) hun grond zoeken in art. 1401 BW, daar de bescherming, die dit artikel geeft, niet is uitgeput met de daarin met zooveel woorden gegeven aanspraak op schadevergoeding na begaan onrecht, doch zich ook uitstrekt tot maatregelen van preventie voor het geval ernstig dreigt, dat onrecht staat te geschieden.'[137]

Voor het huidige recht vloeit deze bevoegdheid voort uit art. 3:296 BW. Dit artikel biedt een vordering tot nakoming van rechtsplichten in het algemeen, dus niet alleen van verbintenissen.

Voor de bevoegdheid een verbod te vorderen is niet vereist dat de eiser schade heeft geleden of zal lijden. Evenmin is een voorwaarde dat de onrechtmatige daad aan de gedaagde kan worden toegerekend. Een ander in het oog springend verschil met de vordering tot schadevergoeding is dat deze op het verleden gericht is, terwijl de verbodsactie op de toekomst ziet. BLOEMBERGEN tekent hierbij aan dat beide vorderingen in een concreet geval dezelfde doeleinden kunnen dienen, bijvoorbeeld wanneer de rechter gedaagde veroordeelt om het huis te ontruimen, waarin deze zich zonder recht of titel bevindt. Deze veroordeling kan zowel toekomstig onrecht voorkomen als de gevolgen van de in het verleden gepleegde onrechtmatige daad goed maken.[138]

De verbodsvordering speelt met name in procedures in kort geding en vormt in combinatie met de mogelijkheid de betaling van een dwangsom te vorderen (art. 611a

136 Zie uitgebreid C.J.J.C. van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel*, dissertatie Leiden, 1978 en verder Bloembergen 1965, nr. 91 en Asser-Hartkamp III 1994, nr. 118.

137 Hoge Raad 18 augustus 1944, *NJ* 1944/1945, 598.

138 Bloembergen 1965, nr. 91.

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, Rv) een zeer effectieve remedie in geval van (dreigende) onrechtmatige daad.

2.5 Welke schade en kosten komen voor vergoeding in aanmerking?

2.5.1 Materiële schade

Materiële schade is een synoniem voor vermogensschade. Deze schade kwam reeds hierboven aan de orde.

Op grond van art. 6:95 BW bestaat de schade, die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed, in vermogensschade en ander nadeel, dit laatste voorzover de wet op vergoeding hiervan recht geeft. Onder vermogensschade valt zowel geleden verlies (*damnum emergens*) als gederfde winst (*lucrum cessans*), zo bepaalt art. 6:96 lid 1 BW. Lid 2 van dit artikel noemt een aantal kosten die onder vermogensschade dienen te worden begrepen, onder andere redelijke kosten ter voorkoming of beperking van de schade (zie hierover § 2.5.4).

Het begrip vermogensschade kan nader worden onderscheiden in zaakschade (beschadiging, vernietiging of verloren gaan van een zaak), persoonsschade (aantasting van de menselijke persoon) en zuivere vermogensschade (bijvoorbeeld schade door oneerlijke mededinging).

2.5.2 Immateriële schade

Art. 6:96 lid 1 BW verwijst naar ander nadeel, voorzover de wet op vergoeding daarvan recht geeft. Het betreft hier de immateriële schade. Art. 6:106 BW geeft limitatief aan in welke gevallen de benadeelde recht heeft op de vergoeding van ideële schade:

> 'a. indien de aansprakelijke persoon het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen;
> b. indien de benadeelde lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is aangetast of op andere wijze in zijn persoon is aangetast;
> c. indien het nadeel gelegen is in aantasting van de nagedachtenis van de overledene.'

Art. 106 bepaalt dat de schadevergoeding naar billijkheid wordt vastgesteld. Hieruit wordt afgeleid dat de rechter bij de toekenning van deze vergoeding een grote mate van vrijheid bezit. Hij mag rekening houden met alle omstandigheden van het geval, zoals de mate waarin de benadeelde is getroffen, de aansprakelijkheidsgrond en de

vraag of de schade opzettelijk of door schuld is toegebracht.[139] STORM E.A. pleiten ervoor om naast de wel erg vage norm uit art. 106 enige richtlijnen te ontwikkelen voor het bepalen van de hoogte van de vergoeding van immateriële schade. Zonder een dergelijke normering bestaat het gevaar van rechtsongelijkheid en wordt de vaststelling van de hoogte van het smartengeld onbegrijpelijk voor het slachtoffer.[140]

Onder het oude recht was in de rechtspraak uitgemaakt, dat een recht op vergoeding van immateriële schade bestond in geval van belediging, het toebrengen van lichamelijk letsel[141] en, in het algemeen, een misdrijf tegen de persoon. Daarnaast was en is een dergelijk recht in enige bijzondere gevallen in de wet voorzien.[142]

In het parlement is een lange discussie gevoerd tussen voor- en tegenstanders van het opnemen van een recht op vergoeding van immateriële schade in het NBW.[143] Tegenstanders brachten naar voren, dat geld een zeer onvolkomen en willekeurig equivalent voor ondervonden leed is en meestal ontaardt in een privaatrechtelijke boete voor een gepleegde overtreding. Voorstanders voerden aan, dat de benadeelde beter uit is indien hij een bedrag in geld ontvangt dan helemaal niets.

De toenmalig minister van Justitie VAN AGT acht de opvatting dat immateriële schade niet door geld te vergoeden is zeer honorabel en voegt daaraan toe:

> 'Het ware zo veel beter indien in het verkeer tussen de mensen toegebracht leed kan worden goedgemaakt door het aandragen van vreugde. Aangezien dat echter in veel, zo niet de meeste gevallen niet kan, vallen wij terug op het substituut van de materiële schadeloosstelling. Hieraan is wellicht nog deze justificatie te geven. De materiële schadeloosstelling is de enige methode om de gelaedeerde - die men rechtstreeks geen vreugde kan verschaffen - in staat te stellen zelf vreugde te vinden door wat hij zoal met die schadevergoeding kan doen.'[144]

OVEREEM ziet geen principieel verschil tussen vergoeding van vermogensschade en van ideële schade, aangezien ook laatstgenoemde schade, zij het ook indirect, in geld kan worden gecompenseerd.[145] Hij pleit voor een vrijwel onbeperkte aansprakelijk-

139 Asser/Hartkamp I 1996, nr. 466 en Parlementaire Geschiedenis NBW, Boek 6, p. 377 en 380.
140 Storm e.a., in: Barendrecht e.a. 1995, p. 263-264.
141 Hoge Raad 21 mei 1943, *NJ* 1943, 455 inzake Van Kreuningen/Bessems.
142 Art. 16 wet op de CAO, art. 10 wet op de ondernemersovereenkomsten, art. 9 Wet persoonsregistraties, art. 89 Wetboek van Strafvordering en art. 34j Vreemdelingenwet. Een ander voorbeeld was art. 1637w BW, dat per 1 januari 1992 is vervallen en nu valt onder art. 6:106 BW, het algemene artikel voor vergoeding van immateriële schade.
143 Parlementaire Geschiedenis NBW, Boek 6, p. 371-389.
144 Parlementaire Geschiedenis NBW, Boek 6, p. 385.
145 R. Overeem, *Smartegeld. Een rechtsvergelijkende beschouwing over de vergoeding van niet-economische schade*, Zwolle, 1979.

heid voor ideële schade en komt hiermee in botsing met de grondgedachte van art. 6:106.[146]

De meest in het oog springende zinsnede uit art. 6:106 is 'of op andere wijze in zijn persoon is aangetast' in lid 1 aanhef en sub b. Uit de parlementaire geschiedenis[147] volgt dat hier zeker inbreuken op iemands privacy onder dienen te worden begrepen. Evenals OVEREEM toont VAN DER VEEN zich een voorstander van een ruime smartengeldregeling en hij is dan ook van mening dat het NBW de klok in deze terugzet, nu immateriële schade slechts voor vergoeding in aanmerking komt voor zover dit op de wet berust (zie art. 6:95 BW).[148] HARTKAMP is echter terughoudend waar het gaat om toekenning van smartengeld.[149] SCHUT schrijft in dit verband dat bij schending van iemands privacy – volgens hem een heiligdom in deze tijd – al snel een aantasting in de persoon wordt aangenomen, maar dat verder een relatief klein gebied overblijft voor civielrechtelijke aansprakelijkheid wegens schending van de persoon anders dan door lichamelijk letsel of belediging. SCHUT merkt verder het volgende op:

> 'Geen aantasting is meer persoonlijk dan die in de persoon van het slachtoffer, want daarmee wordt hij in zijn wezen getroffen. Het burgerlijk recht is echter niet ertoe bestemd soelaas te bieden voor elk door een ander veroorzaakt leed, ook al betrekt het veel meer dan vroeger de persoon in zijn ordening. Ook het recht moet zijn grenzen kennen.'[150]

BOUMAN en VAN WASSENAER VAN CATWIJCK schrijven in 1991 dat de voorstanders van een ruime toekenning van smartengeld het lijken te hebben afgelegd tegen de meer terughoudenden.[151] Volgens hen biedt het recht een gesloten systeem van vergoeding van immateriële schade, zij het dat er enige rek zit in 'aantasting van de persoon op andere wijze' en deze zinsnede de rechter enige armslag laat om rekening te houden met de ontwikkeling van maatschappelijke opvattingen.[152] BOUMAN en VAN WASSENAER VAN CATWIJCK menen dat schending van mensenrechten hier zeker onder valt en noemen met name: de persoonlijke levenssfeer, ofwel 'privacy'; het gezinsleven, waaronder ook het huisrecht; de lichamelijke en psychische ongeschondenheid.

Zij werpen terecht de vraag op of andere mensenrechten dan die welke de menselijke persoon betreffen ook onder 'aantasting van de persoon op andere wijze' vallen. Hierbij valt met name te denken aan allerlei procedurele rechten, waaronder

146 Parlementaire Geschiedenis NBW, Boek 6, p. 387.
147 Parlementaire Geschiedenis NBW, Boek 6, p. 379-380.
148 Th.L. van der Veen, Vergoeding van niet-materiële schade, *AAe* 1989, p. 245-247.
149 Asser-Hartkamp I 1996, nr. 465 en de daar genoemde jurisprudentie van de Hoge Raad.
150 G.H.A. Schut, In de persoon aangetast, Redactionele kanttekeningen, *RM Themis* 1990, p. 305-306.
151 Zie Mon. Nieuw BW B-37 (Bouman/Van Wassenaer), Deventer 1991, p. 87.
152 Bouman/Van Wassenaer 1991, p. 89.

berechting door een onafhankelijke en onpartijdige rechter binnen een redelijke termijn, zoals vastgelegd in art. 6 EVRM.

De Nederlandse rechtspraktijk met betrekking tot vergoeding van immateriële schade heeft zich vooral geconcentreerd op gevallen van letselschade.[153] In de jurisprudentie is echter wel de tendens zichtbaar om ook vergoeding van immateriële schade toe te kennen bij inbreuk op de privacy.[154] In geval van een ernstige schending van het recht op de persoonlijke levenssfeer is volgens de Hoge Raad[155] de daarin gelegen aantasting van de persoon een zelfstandige grond voor toekenning van vergoeding van immateriële schade. Deze jurisprudentie anticipeerde op art. 6:106 van het per 1 januari 1992 in werking getreden Burgerlijk Wetboek. Volgens HARTKAMP blijft de Hoge Raad op dit gebied terecht terughoudend.[156] OVEREEM is echter van mening dat het bovengenoemde arrest van de Hoge Raad van 30 oktober 1987 kan worden beschouwd als een stilzwijgende verlating van de in eerdere arresten gehuldigde leer, waarbij vorderingen tot vergoeding van smartengeld wegens aantasting van de persoon werden afgewezen en niet werd geanticipeerd op het huidige art. 6:106 BW.[157] Hij wijst verder op de doorbraak van de toekenning van smartengeld in het administratieve recht, met name aan ambtenaren door de Centrale Raad van Beroep.[158] OVEREEM concludeert dat er geen goede reden is zuiver psychische schade van vergoeding uit te sluiten.[159]

Een van de vraagpunten die in dit onderzoek aan de orde dienen te komen is in hoeverre het EVRM en de Straatsburgse jurisprudentie ertoe nopen, dat de zinsnede 'of op andere wijze in zijn persoon is aangetast' uit art. 6:106 BW ruimer moet worden uitgelegd, in die zin dat een recht op vergoeding van immateriële schade ook bestaat bij schendingen van andere mensenrechten dan die welke de menselijke persoon betreffen, zoals procedurele rechten. Hier kom ik in hoofdstuk 7 op terug.

2.5.3 Verlies van een kans

Enige bijzondere aandacht is op haar plaats voor het verlies van een kans als schadefactor. Het gaat hier niet om vergoeding van de schade zoals die definitief is ingetreden bij het slachtoffer van een onrechtmatige daad, maar voor het verlies van de kans voor de benadeelde om deze schade te voorkomen of een voordeel te behalen. Gedacht

153 Zie de sinds 1959 driejaarlijks verschenen smartegeldnummers van *Verkeersrecht* van de hand van Th.L. van der Veen.

154 Zie bijv. Hoge Raad 30 oktober 1987, *NJ* 1988, 277 (naaktfoto in naturistengids) en Hoge Raad 1 november 1991, *NJ* 1992, 58.

155 Zie de in de vorige noot genoemde arresten.

156 Asser-Hartkamp I 1996, nr. 465 en de daar genoemde jurisprudentie.

157 R. Overeem, Smartegeldrechtspraak in de jaren tachtig, *Verkeersrecht* 1990, p. 141-145

158 Overeem 1990, p. 143-144.

159 Overeem 1990, p. 144.

kan bijvoorbeeld worden aan het voordeel van het winnen van een procedure. Twee benaderingen zijn denkbaar ten aanzien van het verlies van een kans als schadefactor.[160]

In de eerste plaats kan gebruik worden gemaakt van het speciaal daaraan gewijde leerstuk van het verlies van een kans. Volgens dit leerstuk dient het verlies van deze mogelijkheid als schadepost te worden beschouwd. Deze schade dient te worden vergoed naar de mate van de grootte van de kans dat het slachtoffer van de onrechtmatige daad een bepaald voordeel, bijvoorbeeld het winnen van een procedure, zou hebben behaald.

In de tweede plaats is er de 'alles of niets'-methode. Volgens deze benadering dient te worden bewezen dat het slachtoffer van de onrechtmatige daad er voordeel bij zou hebben gehad indien deze daad niet was gepleegd. Als dit kan worden aangetoond, moet dit voordeel volledig worden meegenomen bij de bepaling van de schadevergoeding. Indien dit bewijs niet kan worden geleverd, wordt het slachtoffer met lege handen naar huis gestuurd.

De kwestie van het verlies van een kans heeft in het bijzonder gespeeld bij de aansprakelijkheid van advocaten voor beroepsfouten. In de jurisprudentie zijn beide benaderingen terug te vinden en wordt geen duidelijke keuze gemaakt.[161] In de literatuur zijn ook uiteenlopende opvattingen te vinden. Zo pleiten DE JONG en SCHUT voor de leer van het verlies van een kans.[162] Met het verzuim van de advocaat is een kans om het proces te winnen verloren gegaan. Deze kans herbergt een zekere waarde en die dient te worden geschat. Deze taxatie moet serieus worden genomen, alhoewel zij niet altijd eenvoudig zal zijn. De rechter zal zich moeten afvragen of de vordering in kwestie zou zijn toegekend, indien de advocaat niet nalatig was geweest.[163] Onder meer DUYNSTEE wijst een dergelijke benadering af.[164]

Een tussenpositie wordt ingenomen door STORM E.A., die menen dat met de berekening via de methode van het verlies van een kans in bepaalde gevallen zeer bevredigende resultaten kunnen worden bereikt. Volgens hen dient schadevergoeding

160 Zie onder meer Onrechtmatige Daad II (oud), nr. 154 en Barendrecht e.a. 1995, p. 53-54 en p. 181-186.

161 Zie onder meer voor toepassing leerstuk verlies van een kans: Rechtbank Utrecht 28 oktober 1942, *NJ* 1943, 231 en Kantongerecht 's-Gravenhage 18 september 1944, *NJ* 1946, 447; voor toepassing 'alles of niets'-methode: Hof 's-Hertogenbosch 8 januari 1953, *NJ* 1953, 665; Hoge Raad 25 september 1981, *NJ* 1982, 255 en President Rechtbank 's-Gravenhage 2 november 1995, (nog) ongepubliceerd, zie over deze uitspraak verder hoofdstuk 8 § 8.2.1 ('Post-Dombo').

162 F.J. de Jong, Het verlies van een kans als schadefactor, *NJB* 1944, p. 87-91 en G.H.A. Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid*, dissertatie VU Amsterdam, 1963, p. 160.

163 Schut 1963, p. 160: de rechtbank Utrecht heeft zich er in zijn uitspraak van 28 oktober 1942 (*NJ* 1943, 231) derhalve te gemakkelijk vanaf gemaakt door te overwegen dat 'de kans van slagen in het algemeen en bij het ontbreken van verdere gegevens op 50% moet worden gesteld.'

164 F.J.F.M. Duynstee, Het verlies van een kans en het verliezen van een proces als schadefactor, *NJB* 1944, p. 184-185.

ertoe het slachtoffer in staat te stellen de feitelijke situatie te herstellen en zo in de situatie te komen die zou hebben bestaan zonder onrechtmatige daad. Ter bereiking van dit doel kan de 'alles of niets'-methode soelaas bieden voorzover het gaat om grote kanspercentages. Een groot kanspercentage houdt in dat de waarschijnlijkheid van het plaatsvinden van een toekomstige gebeurtenis groot is. Indien het echter gaat om kleinere kansen, zal de 'alles of niets'-methode meestal tot 'niets' leiden. Volgens STORM E.A. kan de 'verlies van een kans'-methode in dergelijke gevallen uitkomst bieden.[165]

2.5.4 Kosten

Kosten zijn in het algemeen te beschouwen als materiële schade. Op grond van art. 6:96 lid 2 BW komen als vermogensschade mede een aantal kosten voor vergoeding in aanmerking. Het gaat hier onder meer om redelijke kosten ter voorkoming of beperking van schade die als gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, mocht worden verwacht en redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid.

In het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn enige bepalingen opgenomen over veroordeling in de proceskosten.[166] Art. 56 RV bepaalt dat degene die bij vonnis in het ongelijk wordt gesteld, in de kosten zal worden verwezen. In familierechtzaken kunnen deze kosten in het geheel of ten dele tussen de partijen, bijvoorbeeld echtgenoten, worden gecompenseerd. Op grond van art. 57 RV kan de verliezende partij in bepaalde kosten van de tegenpartij worden veroordeeld. Het betreft hier procureurs- en advocatenkosten.

2.5.5 Abstracte of concrete schadeberekening?

Op grond van art. 6:97 BW heeft de rechter een grote mate van vrijheid bij het begroten, c.q. berekenen van de schade. Twee wijzen van schadeberekening laten zich in de literatuur onderscheiden: abstract of objectief en concreet of subjectief.[167]

Bij de concrete schadeberekening gaat het om het werkelijke nadeel dat de benadeelde lijdt, waarbij volledig rekening is te houden met zijn concrete situatie, met de subjectieve omstandigheden waarin hij verkeert. Bij de abstracte schadeberekening wordt geabstraheerd van de concrete omstandigheden waarin deze benadeelde zich bevindt en kijkt men meer naar het normale.[168] De rechter gaat na hoe groot in het algemeen de schade is van een benadeelde die in een gelijksoortige positie verkeert

165 Zie H.M. Storm e.a. in: Barendrecht e.a. 1995, p. 184-186.

166 Zie uitgebreid hierover Hugenholtz/Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Utrecht, 1996, p. 113-120.

167 Barendrecht e.a. 1995, p. 23-25.

168 Zie Bloembergen 1965, nr. 25.

als de eiser in het geding.[169] In de regel past de rechter de concrete schadeberekening toe. Soms zal hij de schade echter op abstracte wijze berekenen, bijvoorbeeld in geval van zaakschade. De aansprakelijke persoon zal dan de objectieve herstelkosten dienen te vergoeden, ook al zou de benadeelde niet van plan zijn de zaak te laten repareren. In sommige gevallen volgt de abstracte schadeberekening uit de wet.[170]

Het grote voordeel van de abstracte berekeningswijze ligt in haar doelmatigheid. Meestal leidt zij ook tot redelijke en aanvaardbare resultaten, reden voor BLOEMBERGEN haar te aanvaarden.[171] HARTKAMP voert als bezwaar aan dat de abstracte schadeberekening moeilijk in overeenstemming valt te brengen met het beginsel, dat de in werkelijkheid geleden schade moet worden vergoed. Bovendien wordt de methode niet consequent toegepast, omdat de daarmee berekende schade als minimum wordt beschouwd. Als de benadeelde kan aantonen, dat zijn schade groter is dan de objectieve schade, dan kan hij de werkelijk geleden – subjectieve – schade vorderen.[172]

BARENDRECHT E.A. vragen zich af of het onderscheid tussen abstracte en concrete berekening veel steun biedt bij het oplossen van concrete problemen op het terrein van schadeberekening.[173] Zij menen dat een richtinggevend beginsel voor schadeberekening kan zijn, dat de schadevergoeding ertoe dient de benadeelde de gelegenheid te geven tot herstel. Het uitgangspunt dient te zijn dat het slachtoffer zoveel mogelijk in de feitelijke situatie wordt gebracht die zou hebben bestaan zonder schadetoebrengende gebeurtenis. Een en ander betekent dat hem het bedrag wordt vergoed dat overeenkomt met de kosten van redelijke maatregelen om dit herstel zoveel mogelijk te bereiken.[174]

Op grond van art. 6:97 BW dient de begroting van de schade plaats te vinden op de wijze die het meest in overeenstemming is met de aard van de schade. In geval van onzekerheid voor een psychiatrisch patiënt over de rechtmatigheid van zijn gedwongen opname, heeft de Hoge Raad overwogen dat deze patiënt door de hieruit voortvloeiende spanningen en frustraties schade kan hebben geleden. De vergoeding van deze schade laat zich echter slechts intuïtief schatten en een dergelijke schatting behoeft in beginsel geen nadere motivering, aldus de Hoge Raad.[175]

169 Asser-Hartkamp I 1996, nr. 417.
170 Zie bijv. de artikelen 6:119 en 7:36 BW.
171 Bloembergen 1965, nr. 35.
172 Asser/Hartkamp I 1996, nr. 418.
173 Barendrecht e.a. 1995, p. 25-26.
174 Barendrecht e.a. 1995, p. 28-31.
175 Hoge Raad 13 december 1996, *RvdW* 1997, 1; zie over deze uitspraak § 2.3.2.4 en hoofdstuk 7 § 7.2.2 en § 7.5.4.

2.6 Mitigerende factoren in verband met de schadevergoedingsplicht

2.6.1 Ontbreken van voldoende causaal verband tussen onrechtmatige daad en schade (art. 6:98 BW)

Uitvoerige studies zijn gewijd aan het leerstuk van het causale verband tussen daad en schade. Ik zal op deze plaats dan ook volstaan met het aangeven van enkele hoofdpunten en overigens verwijzen naar de relevante literatuur terzake.

Als uitgangspunt kan fungeren de *leer der condicio sine qua non*: men stelt zich de vraag of bij het wegdenken van de gebeurtenis in kwestie ook de schade zou wegvallen. Bij bevestigende beantwoording van deze vraag is sprake van causaal verband, bij ontkennende beantwoording niet. Deze methode wordt ook wel aangeduid als de *hypothetische eliminatiemethode*.[176] Het c.s.q.n.-verband is een basisvereiste. Daarnaast heeft nog een ander vereiste te gelden, aangezien deze leer de juridische aansprakelijkheid te ver zou uitbreiden.

In het oorspronkelijke ontwerp-BW[177] was de zogenaamde *theorie der adequate veroorzaking* vastgelegd: 'Voor vergoeding komt slechts in aanmerking de schade die op het tijdstip van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, met voldoende mate van waarschijnlijkheid als gevolg van deze gebeurtenis was te voorzien.' Dit criterium, ook wel het *voorzienbaarheidsvereiste* genoemd, huldigde de Hoge Raad van 1927 tot 1970.

In de jaren zestig kwamen er echter geluiden tegen dit criterium. Om te beginnen de inaugurele rede van KÖSTER in 1963[178], gevolgd door het reeds genoemde proefschrift van BLOEMBERGEN in 1965. KÖSTER heeft in zijn rede de zogenaamde *toerekening naar redelijkheid* naar voren geschoven. Hij verwerpt de adequatieleer echter slechts voor de omvang van de schade, niet voor de vestiging van de aansprakelijkheid. De leer van de toerekening naar redelijkheid is door vele auteurs aanvaard, ook voor de vestiging van de aansprakelijkheid.[179] Zij is thans neergelegd in art. 6:98:

> 'Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.'

176 G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad volgens BW en NBW*, Studiepockets privaatrecht nr. 21, Zwolle, 1990, p. 74.

177 Parlementaire Geschiedenis NBW, Boek 6, p. 340-341.

178 H.K. Köster, *Causaliteit en voorzienbaarheid*, Zwolle, 1963

179 Zie voor de ontwikkeling van deze theorie J. van Schellen, Adequaat causaal verband en toerekening naar redelijkheid, in: *Non sine causa*. Opstellen aangeboden aan prof. mr. G.J. Scholten, Zwolle, 1979, p. 333-358.

Voor het oude recht was zij vaste rechtspraak sinds het *Waterwingebied*-arrest.[180]

Art. 6:98 noemt uitdrukkelijk de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade als factoren die bij de toerekening een rol (kunnen) spelen. Deze factoren zijn door SCHUT nader uitgewerkt.[181] Bij de soort schade kan de rechter prioriteiten stellen waarbij deze volgorde algemeen aanvaard is: 1) letselschade; 2) zaakschade en 3) zuivere vermogensschade, zoals gederfde winst.[182]

Bij de toerekening van de schade blijft de voorzienbaarheid van belang, echter niet meer als de enige factor waar rekening mee moet worden gehouden. Tevens spelen de aard van de geschonden norm en de aard van de gedraging een rol. BRUNNER geeft een aantal deelregels die aangeven of in een concreet geval al dan niet dient te worden toegerekend. Zo vindt bij overtreding van verkeers- en veiligheidsnormen een ruime toerekening plaats.[183]

2.6.2 Verrekening van voordeel (art. 6:100 BW)

Art. 6:100 BW bepaalt:

> 'Heeft een gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens voordeel opgeleverd, dan moet, voor zover dit redelijk is, dit voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening worden gebracht.'

Dit artikel geeft de rechter de nodige armslag een voordeel al dan niet te verrekenen. Welke voordelen komen nu voor verrekening in aanmerking? De rechter zal moeten beslissen wat hij in het hem voorgelegde geval redelijk acht. Voor een nadere uitwerking verwijs ik naar de relevante literatuur.[184]

180 Hoge Raad 20 maart 1970, *NJ* 1970, 251. Zie voor verdere jurisprudentie Van Schellen 1979, p. 333 e.v.

181 Schut 1978, p. 380 e.v.

182 Vgl. Schut 1978, p. 401.

183 C.J.H. Brunner, Causaliteit en toerekening van schade, *Verkeersrecht* 1981, p. 210 e.v.

184 Zie uitgebreid A.T. Bolt, *Voordeelstoerekening bij de begroting van de schadevergoeding in geval van onrechtmatige daad en wanprestatie*, dissertatie Groningen, 1989 en verder P.J. Verdam en H.K. Köster, Preadviezen voor de Nederlandse Juristen-Vereniging 1959, Voordeelsaftrek bij schadevergoeding, in: *Handelingen NJV* 1959-1, p. 139-270; Bloembergen 1965, nr. 217-243 en Asser-Hartkamp I 1996, nr. 443-447.

2.6.3 Eigen schuld aan de schade; schadebeperkingsplicht (art. 6:101 BW)[185]

Art. 6:101 lid 1 BW luidt:

> 'Wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, wordt de vergoedingsplicht verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, met dien verstande dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist.'

In 1916 maakte de Hoge Raad voor het oude recht uit, dat eigen schuld van de benadeelde de aansprakelijkheid van de schuldenaar vermindert en dat beiden de schade moeten dragen naar de mate van ieders schuld.[186] In art. 6:101 is niet schuld de verdelingsmaatstaf, maar de wederzijdse causaliteit. Deze verdeling kan echter worden gecorrigeerd, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist. Deze billijkheidscorrectie speelt bijvoorbeeld een rol bij eigen schuld van slachtoffers van verkeersongevallen.[187]

De benadeelde moet de schade beperken voor zover hem dit mogelijk is en redelijkerwijs van hem kan worden verwacht. Als hij deze verplichting niet nakomt kan hij de schade die een gevolg is van het niet beperken van de schade niet verhalen op de schuldenaar.

2.6.4 Rechterlijk matigingsrecht[188]

Art. 6:109 lid 1 BW luidt:

> 'Indien toekenning van volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en hun beider draagkracht, tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden, kan de rechter een wettelijke verplichting tot schadevergoeding matigen.'

185 Zie uitgebreid A.J.O. van Wassenaer van Catwijck, *Eigen schuld*, dissertatie Leiden, 1971 en dezelfde auteur, *Eigen schuld en medeschuld volgens BW en NBW*, Studiepockets privaatrecht nr. 36, Zwolle, 1985; zie verder Asser-Hartkamp I 1996, nr. 448-453.

186 Hoge Raad 4 februari 1916, *W* 9949; *NJ* 1916, 450.

187 Zie Hoge Raad 1 juni 1990, *NJ* 1991, 720 met noot C.J.H. Brunner en *AAe* 1991, p. 64-71 met noot Jac. Hijma (Ingrid Kolkman) en Hoge Raad 28 februari 1992, *NJ* 1993, 566 met noot C.J.H. Brunner en *AAe* 1992, p. 497-505 met noot Jac. Hijma (IZA-Vrerink).

188 Zie uitgebreid Maeijer 1962 en P. Abas, *Rechterlijke matiging van schulden*, Monografieën Nieuw BW, A-Serie nr. 16, 1984; zie verder Asser-Hartkamp I 1996, nr. 492-502.

Deze algemene rechterlijke matigingsbevoegdheid is na lange discussies in het parlement in het Burgerlijk Wetboek opgenomen.[189] Tegenstanders van deze algemene matigingsbevoegdheid stelden zich op het standpunt, dat de schade van de benadeelde volledig dient te worden vergoed en matiging van deze schadevergoedingsverplichting derhalve niet op haar plaats zou zijn. VAN RIJCKEVORSEL (K.V.P.) beriep zich hierbij op een beginsel van het natuurrecht en van de natuurlijke zedewet: 'dat hij, door wiens schuld aan iemand schade is berokkend, verplicht is om deze schade ten volle aan het slachtoffer of de benadeelde te vergoeden.'[190]

Voorstanders wezen onder meer op art. 43 van het Zwitserse Burgerlijk Wetboek: 'Art und Grösse des Ersatzes für den eingetretenen Schaden bestimmt der Richter, der hierbei sowohl die Umstände als die Grösse des Verschuldens zu würdigen hat.' Deze bepaling werkt zeer bevredigend in Zwitserland. *De Toelichting Meijers* wijst er op dat in de term 'matigen' ligt besloten, dat het een uitzondering is op de algemene schadevergoedingsplicht.[191]

2.7 Aan wie komt de schadevergoeding toe?

2.7.1 Het slachtoffer

Op grond van art. 6:162 BW heeft de benadeelde recht op vergoeding van de schade door de pleger van de onrechtmatige daad, waardoor de schade is veroorzaakt. De benadeelde, het slachtoffer is de persoon die zelf de schade heeft geleden. Men kan geen vergoeding vorderen van schade die een ander geleden heeft.[192] Ook handelingsonbekwamen, zoals minderjarigen, kunnen in aanmerking komen voor schadevergoeding.[193] In de regel zullen echter hun wettelijke vertegenwoordigers namens hen in rechte optreden.

2.7.2 Nabestaanden

2.7.2.1 Schadevergoedingsclaim na overlijden slachtoffer

Op grond van art. 6:108 BW hebben de nabestaanden (limitatief opgenomen in lid 1 onder a t/m d) jegens degene die aansprakelijk is voor het overlijden van hun naaste, een recht op vergoeding van schade door het derven van levensonderhoud. Op grond

189 Parlementaire Geschiedenis NBW, Boek 6, p. 404-455.
190 Parlementaire Geschiedenis NBW, Boek 6, p. 408.
191 Parlementaire Geschiedenis NBW, Boek 6, p. 433.
192 Vgl. Bloembergen 1965, nr. 173.
193 Zie onder meer F.C. Schirmeister, Schadevergoeding aan minderjarigen, in: *Kinderen en recht*, M. de Langen e.a. (red.), Arnhem, Deventer, 1989, p. 337-352.

van lid 2 kunnen de personen die hebben betaald in aanmerking komen voor de kosten van lijkbezorging. Zij hebben echter geen recht op vergoeding van immateriële schade terzake van het overlijden. Art. 108 derogeert immers als lex specialis aan art. 106. Voor het oude recht was dit reeds in de rechtspraak uitgemaakt.[194]

Nabestaanden hebben derhalve geen recht op vergoeding van immateriële schade, wanneer het alleen gaat om verdriet wegens het overlijden van een naaste. Bij deze affectieschade gaat het om afgeleid leed, dat niet valt te brengen onder art. 6:108 BW. De enige weg die een nabestaande kan proberen te bewandelen is door te stellen dat hij door het waarnemen of geconfronteerd worden met het overlijden van zijn familielid zelf geestelijk letsel (bijvoorbeeld een shock) heeft geleden.[195] Hij is hiermee 'op andere wijze in zijn persoon aangetast' door de onrechtmatige daad ten gevolge waarvan zijn naaste is overleden. Voor de hierdoor geleden immateriële schade zou de nabestaande – uit eigen hoofde – op grond van art. 6:106 BW voor vergoeding in aanmerking kunnen komen. Dit is echter een moeilijk begaanbare weg, nu deze geestelijke schade niet makkelijk zal zijn aan te tonen, in het bijzonder zal de causaliteitskwestie problemen opleveren.[196]

OVEREEM is voorstander van een recht op smartengeld in geval van verdriet om de dood of verwonding van anderen (naaste verwanten).[197] BLOEMBERGEN denkt hier anders over waar hij verwijst naar de maatschappelijke opvattingen terzake: 'het wordt in ons land als onsmakelijk gevoeld verdriet over het verlies van echtgenoot of kind in geld uit te drukken.'[198]

Wat nu te denken van het volgende geval?
Een vijftienjarige jongen overlijdt tengevolge van een onrechtmatig politieoptreden. Zijn moeder vordert nu smartengeld wegens het verdriet om het overlijden van haar zoon. De rechter zal deze vordering zeer waarschijnlijk afwijzen op grond van art. 6:108 en eventueel onder verwijzing naar vroegere jurisprudentie. In hoofdstuk 7 zal de vraag aan de orde komen of de beperking die het Nederlandse recht hier stelt verenigbaar is met de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens op grond van art. 50 EVRM.

194 Hoge Raad 8 april 1983, *NJ* 1984, 717 inzake Van der Heijden/Holland met noot C.J.H. Brunner.
195 Barendrecht e.a. 1995, p. 259.
196 Zie de noot van Brunner onder Hoge Raad 8 april 1983, *NJ* 1984, 717. In casu betreft het een verkeersongeval waarbij moeder en kind betrokken waren en het kind is overleden. De Hoge Raad wijst de vordering van de moeder tot vergoeding van immateriële schade af, omdat de psychosomatische verschijnselen waaraan zij leed, volgens haar eigen zeggen het gevolg waren van de dood van haar kind. Mogelijk had de moeder wel enige aanspraak kunnen maken op vergoeding van deze schade als zij had gesteld, dat zij geestelijk letsel had opgelopen ten gevolge van de aanrijding.
197 Overeem 1979, p. 22-24 en 1990, p. 141-142.
198 Bloembergen 1982, p. 9.

Art. 89 lid 6 Sv besteedt bijzondere aandacht aan de nabestaanden van iemand die ten onrechte in voorlopige hechtenis heeft gezeten. Een verzoek om schadevergoeding wegens ten onrechte ondergane preventieve detentie kan ook door de erfgenamen van de gewezen verdachte worden gedaan en deze vergoeding kan ook aan hen worden toegekend. Bij deze toekenning blijft echter een vergoeding van het door de gewezen verdachte geleden nadeel dat niet in vermogensschade bestaat achterwege.

2.7.2.2 Slachtoffer overlijdt na kenbaar maken aanspraak op schadevergoeding

Art. 6:106 lid 2 BW bepaalt dat voor overgang onder algemene titel van het recht op vergoeding van immateriële schade voldoende is dat de gerechtigde aan de wederpartij heeft medegedeeld op de vergoeding aanspraak te maken.[199]

Indien de gewezen verdachte die ten onrechte in voorlopige hechtenis heeft gezeten na het indienen van zijn verzoek of na instelling van hoger beroep is overleden, geschiedt de toekenning ten behoeve van zijn erfgenamen, zo bepaalt art. 89 lid 6 Sv.[200] Ook dan geldt dat geen toekenning plaatsvindt van de door de gewezen verdachte geleden immateriële schade.[201]

Art. 34j Vw bepaalt dat de toekenning van schadevergoeding plaatsvindt ten behoeve van de erfgenamen van de vreemdeling, indien deze na het indienen van zijn verzoek is overleden.

2.7.3 Schuldeisers

De positie van schuldeisers van de benadeelde doet in dit verband alleen vragen rijzen in verband met het recht van het slachtoffer op vergoeding van immateriële schade. Bij het recht op vergoeding van materiële schade doen zich geen problemen voor. Het recht op vergoeding van immateriële schade is op grond van art. 6:106 lid 2 BW onvatbaar voor overgang en beslag, tenzij het bij overeenkomst is vastgelegd of terzake een vordering in rechte is ingesteld. De achterliggende idee is dat de vergoeding van immateriële schade is bedoeld als een genoegdoening voor de benadeelde, die hem hoogstpersoonlijk toekomt.[202] In de genoemde uitzonderingsgevallen gaat men ervan uit dat het recht op vergoeding van immateriële schade in voldoende mate is geconcretiseerd om als voor beslag (of overgang) vatbaar vermogensbestanddeel van de benadeelde te worden beschouwd.[203]

199 Asser/Hartkamp I 1996, nr. 468.
200 Zie bijv. Hof 's-Gravenhage 30 september 1991, *NJ* 1992, 163.
201 Zie Wedzinga in: *Tekst & Commentaar Strafvordering*, red. C.P.M. Cleiren en J.F. Nijboer, 1995, p. 185 en G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, 1995, p. 408.
202 Asser/Hartkamp I 1996, nr. 468.
203 Parlementaire Geschiedenis NBW, Boek 6, p. 378 en 381.

Indien reeds een geldbedrag als vergoeding voor immateriële schade is uitbetaald aan het slachtoffer, is dit bedrag onderdeel geworden van diens vermogen en daarmee vatbaar voor beslag.[204]

2.7.4 Rechtspersonen

Net als natuurlijke personen kunnen rechtspersonen materiële schade lijden, bijvoorbeeld door het derven van inkomsten. Over de vraag of een rechtspersoon ook immateriële schade kan lijden bestaat geen duidelijkheid.

In de literatuur gaat men ervan uit dat een rechtspersoon wel kan worden beledigd.[205] In de doctrine wordt echter betwijfeld of een rechtspersoon zuiver immateriële schade kan lijden en vergoeding van deze schade kan claimen.[206] VERSTEEG is van mening dat een rechtspersoon in haar eigen wezenheid geen ideële schade kan lijden. Ook voor de uitbreiding van de figuur van vertegenwoordiging tot het toerekenen van lijden bestaat geen grond. De vordering tot vergoeding van geleden immateriële schade komt de rechtspersoon dan ook volgens hem niet toe.[207]

In de rechtspraak is bovenstaande vraag niet duidelijk beantwoord. Het Hof Amsterdam is in een arrest uit 1970 van oordeel, dat een rechtspersoon een goede of een slechte reputatie kan hebben bij het publiek en dat deze rechtspersoon recht heeft op vergoeding van ideële schade indien zijn goede naam wordt gekrenkt.[208] De Rechtbank Arnhem is daarentegen van oordeel dat in geval van belediging van een rechtspersoon door een perspublicatie alleen de materiële schade voor vergoeding in aanmerking komt. Voor vergoeding van immateriële schade is geen plaats aangezien een rechtspersoon niet in haar persoonlijk eergevoel kan worden gekrenkt.[209]

2.8 Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat volgens de heersende leer het goedmaken van de schade (de compensatie) de centrale doelstelling van het schadevergoedingsrecht is, terwijl bij de vergoeding van immateriële schade naast het goedmaken van de schade ook de genoegdoening van de gelaedeerde een rol speelt.

204 Parlementaire Geschiedenis NBW, Boek 6, p. 381.
205 Zie bijv. Hofmann/Drion/Wiersma, *Het Nederlandse Verbintenissenrecht*, 1959, p. 286.
206 Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 286 noot 3 en Barendrecht e.a. 1995, p. 263.
207 J.H. Versteeg, Kan een rechtspersoon ideële schade lijden?, *AAe* VII, 1957-1958, p. 158-165, in het bijzonder op p. 164; zie ook Ed. Emmering, Smartegeld bij belediging, *De Praktijkgids*, januari/februari 1971, No. 1-2, p. 16-21 (op p. 17).
208 Hof Amsterdam 10 februari 1970, *NJ* 1971, 130.
209 Rechtbank Arnhem 5 september 1974, *NJ* 1975, 364.

Naar mijn mening dient het uitgangspunt van het schadevergoedingsrecht *restitutio in integrum* te zijn, met andere woorden herstel van de toestand die zou hebben bestaan zonder de schadetoebrengende gebeurtenis. Op deze manier wordt de benadeelde immers zoveel mogelijk in de positie gebracht waarin hij zou hebben verkeerd bij het uitblijven van de onrechtmatige daad. Voor zover dit herstel niet – volledig – mogelijk is, dient de benadeelde op andere wijze te worden gecompenseerd, bijvoorbeeld in financiële zin.

Het Nederlandse recht biedt schadevergoedingsmogelijkheden op diverse terreinen. Wat vooral opvalt is dat de Nederlandse rechtspraktijk ten aanzien van de vergoeding van immateriële schade – afgezien van de gevallen van letselschade – terughoudend is. Zo zijn vergoedingen van immateriële schade door de Nederlandse rechter bij schending van procedurele rechten – vooralsnog – uitzondering. In § 2.3.2.4 zijn enige uitspraken vermeld waarin vergoeding van immateriële schade is toegekend aan psychiatrische patiënten vanwege het ontbreken van de bijstand van een advocaat in de procedure tot gedwongen opname op grond van de BOPZ. In deze uitspraken acht de rechter zich niet gebonden aan de grenzen van art. 6:106 BW. Toekenningen van vergoeding van morele schade op grond van het 'reguliere' schadevergoedingsrecht (art. 6:162 juncto art. 6:106 BW) heb ik niet kunnen aantreffen. Een belangrijke vraag is derhalve of de zinsnede 'of op andere wijze in zijn persoon is aangetast' uit art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW ruimerdient te worden uitgelegd, in de zin dat er ook vergoeding van ideële schade onder kan vallen veroorzaakt door schending van procedurele rechten.

Andere in het oog springende kwesties zijn onder meer de restrictieve jurisprudentie van de Hoge Raad inzake onrechtmatige rechtspraak en het feit dat nabestaanden van het slachtoffer van een onrechtmatige daad niet in aanmerking komen voor vergoeding van ideële schade vanwege het overlijden van hun naaste.

In de komende hoofdstukken worden het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM inzake schadevergoeding bij schending van mensenrechten onder de loep genomen. In hoofdstuk 7 wordt 'Straatsburg' vergeleken met de Nederlandse rechtspraktijk op dit terrein. Daar zullen de in dit hoofdstuk opgeworpen vragen worden behandeld, in het bijzonder de kwestie van vergoeding van immateriële schade.

HOOFDSTUK 3

Schadevergoeding in het internationale recht en op grond van het EVRM

3.1 Schadevergoeding in het volkenrecht

3.1.1 Inleiding

Alvorens in te gaan op de kwestie van schadevergoeding op grond van art. 50 EVRM, moet enige aandacht worden besteed aan schadevergoeding in het algemene volkenrecht.[1]

De terminologie in verband met schadevergoeding in het internationale recht is niet altijd even helder. Het verschaffen van enige duidelijkheid is in dit verband dan ook op zijn plaats.[2] Als uitgangspunt kan dienen de door BROWNLIE genoemde indeling.[3] 'Reparation' wordt gebruikt als overkoepelende term voor alle maatregelen die een eiser mag verwachten van de staat die aansprakelijk is voor een internationale onrechtmatige daad, namelijk:

- '(financial) compensation': betaling van een geldsom;
- 'restitution': restitutie;
- 'satisfaction': genoegdoening;
- 'declaratory judgment': declaratoire uitspraak.

1 Op deze plaats kan worden verwezen naar de uitgebreide studie die Th.C. van Boven in opdracht van de Sub-Commissie ter voorkoming van discriminatie en de bescherming van minderheden (van de Commissie voor de Rechten van de Mens van de Verenigde Naties) heeft uitgevoerd; het eindrapport van zijn studie *The right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms* is verschenen in 1993, UN doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8. Zie ook de verslagen van het over dit onderwerp van 11-15 maart 1992 in Maastricht gehouden seminar, gepubliceerd in: *SIM Special* No. 12 (1992). Inmiddels is een werkgroep van deskundigen onder voorzitterschap van Prof. van Boven in februari 1996 in Genève bijeen geweest en dit heeft geleid tot de formulering van de *Basic Principles and Guidelines on the Right to Reparation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Humanitarian Law*. Deze hergeformuleerde conclusies uit het eindrapport van Van Boven zijn nu ter goedkeuring voorgelegd aan de genoemde VN Sub-Commissie. De beginselen zijn gepubliceerd in UN doc. E/CN.4/Sub.2/1996/17, 24 May 1996.

2 Zie uitgebreid S. Haasdijk, The Lack of Uniformity in the Terminology of the International Law of Remedies, *Leiden Journal of International Law* Volume 5, Number 2 (October 1992), p. 245-263.

3 I. Brownlie, *State Responsibility Part I*, Chapter XIII, The Forms and Function of Reparation, Oxford, 1983, met name p. 199-200.

3.1.2 Vormen van herstel in het internationale recht

Onder compensatie wordt doorgaans verstaan de betaling van een som geld die correspondeert met het financiële verlies dat het slachtoffer heeft geleden. Verwarring ontstaat in geval compensatie wordt betaald voor een onrechtmatige daad, waarbij geen financieel nadeel behoeft te worden aangetoond, zoals de schending van diplomatieke immuniteiten of het zonder toestemming door de territoriale wateren varen.[4] Volgens BROWNLIE wordt in de literatuur te veel aandacht besteed aan het plakken van etiketten als 'satisfaction', 'pecuniary satisfaction' en 'moral damage'. Deze terminologie is verwarrend en daarmee onbruikbaar. In de praktijk speelt deze indeling geen grote rol, getuige bijvoorbeeld de rechtspraak van het EHRM, dat bij de toepassing van art. 50 EVRM de termen 'compensation' en 'just satisfaction' door elkaar gebruikt.[5]

Restitutio in integrum (in het Engels ook wel 'restitutio in kind' of 'specific restitution' genoemd) wordt in de doctrine op twee manieren gedefinieerd. De meest gangbare definitie ziet de *restitutio in integrum* als het herstel van de status quo ante, met andere woorden van de toestand die bestond vóór het plegen van de onrechtmatige daad. Een andere stroming in de literatuur definieert *restitutio in integrum* als herstel van de toestand die zou hebben bestaan, indien de onrechtmatige inbreuk op een volkenrechtelijke verplichting niet had plaatsgevonden.[6] De eerstgenoemde definitie van restitutie heeft betrekking op een feitelijke en/of juridische situatie die daadwerkelijk heeft bestaan. De tweede definitie refereert aan een theoretische stand van zaken die in werkelijkheid nog niet heeft bestaan, maar naar alle waarschijnlijkheid zou hebben bestaan als de onrechtmatige daad niet zou zijn gepleegd.[7] Het Permanente Hof van Internationale Justitie hangt in het *Usine de Chorzów*-arrest deze laatste opvatting aan, waar het spreekt van 'rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis.'[8] In de literatuur vindt deze definitie zijn aanhangers onder meer in STRUPP en REITZER.[9] De eerstgenoemde definitie wordt onder andere gebruikt door BISSONNETTE en VERDROSS.[10]

4 Brownlie 1983, p. 199.
5 Brownlie 1983, p. 235-236.
6 Zie hierover International Responsibility: Preliminary Report by G. Arangio-Ruiz, Special Rapporteur, in: *Yearbook of the International Law Commission* 1988, Volume II Part One, p. 21.
7 Arangio-Ruiz 1988, p. 22.
8 Arrest van 13 september 1928, Cour Permanente de Justice Internationale (C.P.J.I.) Série A No. 17, p. 47.
9 K. Strupp, *Das völkerrechtliche Delikt*, Stuttgart, 1920, p. 209; L. Reitzer, *La Réparation comme conséquence de l'acte illicite en Droit international*, Paris 1938, p. 171.
10 P.A. Bissonette, *La satisfaction comme mode de réparation en droit international*, Genève, 1952, p. 20; A. Verdross, *Völkerrecht*, Wien, 1964, p. 399. Zie verder voor aanhangers van de verschillende opvattingen Arangio-Ruiz 1988, p. 21-22 en de daar genoemde auteurs.

Naast *restitutio in integrum* en schadevergoeding in geld bestaat echter nog een vorm van herstel van een inbreuk op een internationale verplichting, namelijk de genoegdoening ('satisfaction'). Het gaat hier om verzoeken tot excuses of spijtbetuigingen, het bewijzen van eer aan de vlag van de getroffen staat, verzoeken om de schuldigen te straffen dan wel schuldige ambtenaren te ontslaan of te schorsen, of verzoeken om garanties ter voorkoming van herhaling van de onrechtmatige handelingen. Bovendien kunnen bepaalde toegekende geldbedragen zo hoog zijn, dat zij niet in verhouding staan tot de geleden materiële en immateriële schade en daarmee een element van bestraffing bevatten.[11] De genoegdoening onderscheidt zich van *restitutio in integrum* doordat zij niet is gericht op herstel van de *status quo ante*. In tegenstelling tot schadevergoeding in geld neemt de genoegdoening meestal geen financiële vorm aan.[12]

In sommige gevallen kan de verklaring door een rechterlijke instantie dat een handeling van een bepaalde staat in strijd is met het internationale recht, een zekere genoegdoening voor de eisende staat inhouden.[13] Zo overweegt het Internationale Gerechtshof in de *Affaire du Détroit de Corfou*: '...., le Royaume-Uni a violé la souveraineté de la République populaire d'Albanie, cette constatation par la Cour constituant en elle-même une satisfaction appropriée.'[14] In de *Nucleair Test Cases*[15] zijn de rechters ONYEAMA, DILLARD, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA en SIR HUMPHREY WALDOCK in hun gezamenlijke 'dissenting opinion' van mening dat het Hof wel een declaratoire uitspraak had kunnen doen over de onrechtmatigheid van de door Frankrijk uitgevoerde kernproeven. Zij overwegen onder meer: 'The declaration, if obtained, would characterize those tests as a violation of Australia's rights under international law. As the Court's Judgment in the *Corfu Channel* case clearly confirms (*I.C.J. Reports 1949*, at p. 35) such a declaration is a form of "satisfaction" which the applicant might have legitimately demanded when it presented its final submissions in the present proceedings, independently of any claim to compensation.'[16]

In hoofdstuk 5 zal blijken dat het EHRM veelvuldig dergelijke declaratoire uitspraken doet.

Hoe staan de internationale praktijk en doctrine tegenover compensatie en *restitutio in integrum* in het volkenrecht?

11 Bissonnette 1952, p. 24.
12 Bissonnette 1952, p. 25.
13 Brownlie 1983, p. 200.
14 Arrest van 9 april 1949 (*Affaire du Détroit de Corfou*, Albanië tegen het Verenigd Koninkrijk), C.I.J. Recueil (1949), p. 36.
15 Internationaal Gerechtshof, 20 december 1974 (*Nucleair Test Cases*, Australië tegen Frankrijk), I.C.J. Reports (1974), p. 252 e.v.
16 I.C.J. Reports (1974), p. 319.

3.1.3 De internationale praktijk

Een zeer belangrijk arrest in dit verband is dat van het Permanente Hof van Internationale Justitie inzake de *Usine de Chorzów*. Het Hof overweegt dat het een volkenrechtelijk beginsel is, dat de schending van een verplichting de plicht met zich brengt om in een adequate vorm te vergoeden:

> 'C'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate.'[17]

Ten aanzien van de vorm die deze vergoeding of dit herstel moet aannemen overweegt het Hof:

> 'Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place; tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due a cause d'un fait contraire au droit international.'[18]

Het Hof stelt *restitutio in integrum* voorop, en als dit niet mogelijk is komt het betalen van een som geld in beeld, die correspondeert met de waarde die de *restitutio in integrum* zou hebben.

3.1.4 De doctrine

Algemeen aanvaard is het uitgangspunt dat de schending van een volkenrechtelijke verplichting ten gevolge heeft dat de schade in een adequate vorm moet worden vergoed.[19] De opvatting van KELSEN, dat een dergelijke verplichting tot herstel slechts

17 Arrest van 26 juli 1927 (*Usine de Chorzów*, compétence), C.P.J.I. Série A No. 9, p. 21; zie ook het arrest van het Internationaal Gerechtshof van 9 april 1949 (*Affaire du Détroit de Corfou*), C.I.J. Recueil 1949, p. 23.

18 Arrest van 13 september 1928 (*Usine de Chorzów*, fond), C.P.J.I. Série A No. 17, p. 47; zie ook K. Strupp, *Wörterbuch des Völkerrechts*, Dritter Band, Berlin, 1962, p. 843-844.

19 Zie onder meer Strupp 1920, p. 211; C. Eagleton, *The responsibility of states in international law*, New York, 1928, p. 21 en 182; Reitzer 1938, p. 171; J. Personnaz, *La Réparation du Préjudice en Droit International Public*, Paris, 1939, p. 60-61; Bissonnette 1952, p. 12; L. Oppenheim, *International Law Vol I. Peace*, eight edition, edited by H. Lauterpacht, London, New York, Toronto, 1955, p. 353;

in het leven kan worden geroepen door een verdrag tussen de staten in kwestie, heeft in de praktijk noch in de doctrine enige navolging gevonden.[20]

De meeste schrijvers nemen *restitutio in integrum* als uitgangspunt voor vergoeding en stellen haar boven de diverse andere vormen van herstel.[21] STRUPP, EAGLETON, REITZER, PERSONNAZ, BISSONNETTE en VERDROSS zijn slechts enkele vertegenwoordigers van deze stroming.[22] Volgens deze auteurs komt bij het herstellen van een inbreuk op een volkenrechtelijke verplichting *restitutio in integrum* op de eerste plaats.

BROWNLIE is van mening dat 'restitution in kind' (herstel in natura) uitzonderlijk is en wijst erop, dat het merendeel van de internationale verdragen en arbitrageovereenkomsten slechts voorziet in de mogelijkheid van financiële claims. In uitzonderlijke gevallen kunnen uit gewoonterecht of verdrag verplichtingen volgen, waarbij de bevoegdheid tot het vragen van 'specific restitution' is gegeven.[23] BROWNLIE concludeert dat 'specific restitution' een belangrijke plaats in het recht inneemt als remedie, maar dat het moeilijk is de voorwaarden voor haar toepassing te geven. Volgens hem is restitutie te inflexibel, nu deze remedie geen rekening houdt met moeilijkheden in de nationale rechtsorde bij het realiseren van de op grond van het internationale recht vereiste restitutie.[24]

GRAY vindt het beginsel van het primaat van *restitutio in integrum* misleidend, aangezien er een diepe kloof gaapt tussen beginsel en werkelijkheid. Het beginsel is ook twijfelachtig, nu het is gebaseerd op een verdraaid beeld van het nationale recht. GRAY wijst op de grote verschillen op dit gebied tussen nationale rechtsstelsels en het feit dat *restitutio in integrum* uitzonderlijk is in 'common law'-rechtsstelsels. De voorrang van *restitutio in integrum* wordt naar haar mening niet ondersteund door de internationale arbitragepraktijk. Bij het bekijken van de paar zaken waarin *restitutio in integrum* werd toegekend is het belangrijk onderscheid te maken tussen zaken waarin de toekenning van *restitutio in integrum* uitdrukkelijk was vastgelegd in het arbitrageverdrag en zaken waarin dit niet het geval was. Eerstgenoemde zaken zijn niet talrijk genoeg om het volkenrechtelijk primaat van *restitutio in integrum* te vestigen. Laatstgenoemde zaken bieden volgens GRAY een zwakke basis om de voorrang van *restitutio in integrum* in het internationale recht op te bouwen.[25] Deze voorrang wordt volgens haar evenmin ondersteund door bovengenoemde passage uit

Strupp 1962, p. 843.

20 H. Kelsen, Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Wien und Berlin, 1932, p. 480-608, met name op p. 550-552. Opnieuw uitgegeven in 1971, Neudruck ausgabe in einem Band, Scientia Verlag Aalen, p. 101-228.

21 Zie Brownlie 1983, p. 217.

22 Strupp 1920, p. 209-210; Eagleton 1928, p. 182; Reitzer 1938, p. 171; Personnaz 1939, p. 74-75; Bissonnette 1952, p. 19; Strupp, 1962 p. 843-844; Verdross 1964, p. 400 e.v.

23 I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Fourth Edition, Oxford, 1990, p. 462-463.

24 Brownlie 1983, p. 222.

25 C.D. Gray, *Judicial Remedies in International Law*, Oxford, 1987, pp. 13-16.

het *Usine de Chorzów*-arrest. In deze zaak immers was de restitutie niet geclaimd door de eisende staat en voorzag het verdrag dat het Hof diende toe te passen in een recht op 'restitution in kind' voor de benadeelde staat.[26]

3.1.5 Vormen van restitutie

PERSONNAZ onderscheidt twee vormen van *restitutio in integrum*, namelijk 'restitutio juridique' en 'restitutio matérielle'.[27] De juridische restitutie heeft betrekking op de door een staat verrichte juridische handelingen, terwijl de materiële restitutie ziet op feitelijke omstandigheden. Bij juridische restitutie kan het gaan om het vernietigen van een wettelijke, administratieve of rechterlijke maatregel. Materiële restitutie kan bestaan in de teruggave van ten onrechte in beslag genomen eigendom of de vrijlating van een ten onrechte vastgehouden individu.[28]

De doctrine gebruikt de term 'juridical restitution' in geval de restitutie wijziging van de juridische situatie binnen de nationale rechtsorde van de staat in kwestie, of binnen het raamwerk van de internationale juridische relaties met andere staten vereist of met zich brengt.[29]

3.1.6 Onmogelijkheid van restitutio in integrum

Restitutio in integrum kan om verschillende redenen onmogelijk blijken te zijn.[30] In de eerste plaats kan er sprake zijn van een feitelijke of materiële onmogelijkheid. Deze onmogelijkheid vindt haar oorzaak in het feit, dat de aard van de onrechtmatige daad en zijn gevolgen het fysiek onmogelijk maakt om restitutie te verschaffen, bijvoorbeeld in geval een ten onrechte in beslag genomen schip inmiddels is vernietigd.

Moeilijker ligt de kwestie bij de zogenaamde juridische onmogelijkheid. De heersende doctrine is dat een staat moeilijkheden bij het doorvoeren van internationale verplichtingen in het nationale recht niet als rechtvaardiging kan aanvoeren om zich aan dergelijke internationale verplichtingen te onttrekken. Volgens ARANGIO-RUIZ geldt deze regel ook indien de realisering van *restitutio in integrum* wordt bemoeilijkt door wettelijke obstakels in het nationale recht.[31] Deze regel wordt ook nog ondersteund door het gegeven, dat staten gebruik maken van verdragsrecht ten einde de mogelijkheid van *restitutio in integrum* uit te sluiten in geval deze remedie aanleiding zou

26 Gray 1987, p. 96.
27 Personnaz 1938, p. 77.
28 Zie Personnaz 1938, p. 77 e.v.
29 Zie Arangio-Ruiz 1988, p. 23.
30 Zie hierover uitgebreid Arangio Ruiz 1988, p. 28 e.v.
31 Arangio-Ruiz 1988, p. 31.

kunnen geven tot juridische moeilijkheden in hun nationale rechtsorde.[32] Het betreft hier onder meer een serie in de jaren twintig tot stand gekomen bilaterale arbitrage- en conciliatieverdragen, waarbij Duitsland steeds één van de partijen was, zoals het Zwitsers-Duitse arbitrageverdrag van 3 december 1921 (art. 10) en het Duits-Nederlandse arbitrageverdrag van 20 mei 1926 (art. 9). In art. 32 van de 'General Act for the Pacific Settlement of International Disputes' uit 1928 is een vergelijkbare bepaling opgenomen. Art. 32 van laatstgenoemd verdrag (ongewijzigd overgenomen in art. 32 van de 'Revised General Act for the Pacific Settlement of International Disputes' uit 1949) luidt als volgt:

> 'If, in a judicial sentence or arbitral award it is declared that a judgment, or a measure enjoined by a court of law or other authority of one of the parties to the dispute, is wholly or in part contrary to international law, and if the constitutional law of that party does not permit or only partly permits the consequences of the judgment or measure in question to be annulled, the parties agree that the judicial sentence or arbitral award shall grant the injured party equitable satisfaction.'

Verder kunnen worden genoemd art. 50 EVRM en art. 30 van de European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes uit 1957.

Indien *restitutio in integrum* niet mogelijk is of wanneer deze restitutie niet voldoende is om alle gevolgen van de inbreuk op het internationale recht weg te nemen, komt de betaling van schadevergoeding in zicht in plaats van of naast de *restitutio in integrum*.[33] Schadevergoeding in geld in plaats van *restitutio in integrum* kan ook plaatsvinden indien de eisende staat hier de voorkeur aan geeft, omdat dit voordeliger dan restitutie zou zijn.[34] De schadevergoeding in geld ('dommages-intérêts') onderscheidt zich van restitutie door haar vorm. Zij heeft tot doel door middel van een som geld de door de volkenrechtelijke onrechtmatige daad veroorzaakte morele en materiële schade te compenseren.[35]

3.1.7 Conclusie

In de internationale praktijk is *restitutio in integrum* uitzonderlijk. De meeste arbitrageverdragen en -overeenkomsten voorzien slechts in de mogelijkheid van financiële claims.[36] Toch behoeft er geen tegenspraak te bestaan tussen het gegeven dat financi-

32 Arangio-Ruiz 1988, p. 31.

33 International responsibility: sixth report bij F.V. García-Amador, Special Rapporteur, gepubliceerd in: *Recent Codification on the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, by F.V. García-Amador, Louis B. Sohn en R.R. Baxter, New York, Leiden, 1974, p. 85-128, met name p. 101; zie ook *Yearbook of the International Law Commission*, 1961 en Vol. II, p. 1-54.

34 C.P.J.I. Série A No. 17, p. 28.

35 Bissonnette 1952, p. 23.

36 Brownlie 1983, p. 211.

ele compensatie de meest voorkomende remedie is en het principe dat *restitutio in integrum* het volkenrechtelijk primaat heeft.[37]

3.1.8 Positie van het individu in het internationale recht

Volgens de traditionele opvatting zijn uitsluitend staten subject van volkenrecht en kunnen individuen slechts object van internationale verplichtingen zijn.[38]

Een staat heeft het recht zijn onderdanen diplomatiek te beschermen en kan eventueel een claim tot schadevergoeding indienen in geval een van zijn onderdanen schade heeft geleden waarvoor een andere staat verantwoordelijk is. De staat die zijn onderdanen diplomatiek beschermt tegen handelingen door een andere staat die in strijd zijn met het internationale recht, komt op voor zijn eigen rechten, namelijk het recht dat de naleving van de regels van het internationale recht in de persoon van zijn onderdanen verzekerd wordt. Zo overweegt het Permanente Hof van Internationale Justitie in het arrest *Mavrommatis*:

> 'C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'État à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, dont il n'ont pas obtenu satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international.'[39]

Een staat die in naam van een van zijn onderdanen een claim indient voor een internationaal tribunaal tegen een andere staat is daarmee in de ogen van deze instantie de enige eiser:

> 'Du moment qu'un État prend fait et cause pour un de ses nationaux devant une jurisdiction internationale, cette jurisdiction ne connaît comme plaideur que le seul État.'[40]

Bij een inbreuk op een internationale verplichting en de gevolgen ervan gaat het om de verhouding tussen twee staten en niet om de relatie tussen de staat die de inbreuk heeft gepleegd en het individu dat schade heeft geleden:

37 Arangio-Ruiz 1988, p. 39.
38 Zie *International Law*, collected papers of Hersch Lauterpacht, Volume I, *The General Works*, Cambridge, 1970, p. 279.
39 Arrest van 30 augustus 1924 (*Concessions Mavrommatis en Palestine*), C.P.J.I. Série A No. 2, p. 12.
40 C.P.J.I. Série A, No. 2, p. 12.

> 'Les règles de droit qui déterminent la réparation sont les règles en vigueur entre les deux États en question, et non pas le droit qui régit les rapports entre l' État qui aurait commis un tort et le particulier qui aurait subi le dommage.'[41]

Het internationale recht sluit niet uit, dat een staat aan een andere staat het recht geeft om zich te wenden tot een internationaal arbitraal tribunaal, dat rechtstreeks compensatie kan toekennen aan onderdanen van laatstgenoemde staat voor door hen geleden schade tengevolge van schendingen van het internationale recht door eerstgenoemde staat.[42]

De diverse ontwikkelingen sinds de twee Wereldoorlogen maken de zienswijze dat slechts staten subject zijn van volkenrecht niet langer houdbaar.[43]

Staten kunnen individuen het recht geven om zich rechtstreeks tot een internationaal tribunaal te wenden. Zo voorzag het Duits-Poolse verdrag inzake Opper-Silezië van 15 mei 1922 in de mogelijkheid voor burgers zich rechtstreeks tot een arbitragecommissie ('Arbitral Tribunal') te wenden, dat bevoegd was diverse belangrijke kwesties betreffende individuele rechten te behandelen.[44]

In dit verband is van belang de 'Advisory Opinion' van het Permanente Hof van Internationale Justitie inzake de *Jurisdiction of the Courts of Danzig*.[45] Het Permanente Hof meent dat staten bij verdrag rechtstreeks rechten aan individuen kunnen geven zonder dat het nodig is dat deze rechten eerst in het nationale recht moeten worden vastgelegd:

> '...it cannot be disputed that the very object of an international agreement, according to the intention of the contracting Parties, may be the adoption by the Parties of some definite rules creating individual rights and obligations and enforceable by the national courts.'[46]

41 Arrest van 13 september 1928 (*Usine de Chorzów, Indemnité*), C.P.J.I. Série A No. 17, p. 28; zie ook D. Anzilotti, *Cours de droit international* Vol. I, traduction française d'après la troisième édition italienne, par Gilbert Gidel, Paris 1929, p. 467-468 en p. 517; zie verder onder meer Bissonnette 1952, p. 46: 'Tout acte illicite international dirigé contre un Etat ou contre l'un de ses ressortissants à l'étranger est une offense envers l'Etat lui-même.'

42 C.P.J.I. Série A No. 17, p. 28.

43 Oppenheim/Lauterpacht 1955, p. 639.

44 Zie hierover de studie van Speciaal Rapporteur Erica-Irene A. Daes, *Status of the Individual and Contemporary International Law: Promotion, Protection and Restoration of Human Rights at National, Regional and International Levels*, Centre for Human Rights, Geneva, United Nations New York, 1992, p. 18-19 en E.W. Vierdag, Some remarks about special features of human rights treaties, in: *Netherlands Yearbook of International Law* 1994, p. 140-141.

45 Advies van 3 maart 1928, P.C.I.J. Series B No. 15.

46 P.C.I.J. Series B No. 15, p. 17-18.

Ten slotte

Met name na de Tweede Wereldoorlog kwam de traditionele opvatting dat slechts staten volkenrechtssubjecten zijn op de tocht te staan door de ontwikkelingen op het gebied van de rechten van de mens, zoals de totstandkoming van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens in 1948 en van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden in 1950.[47] Op grond van dit verdrag verkreeg het individu *locus standi* voor een internationaal orgaan, aangezien een ieder die beweert slachtoffer te zijn van een in het verdrag neergelegd recht op grond van art. 25 EVRM een klacht kan indienen bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens. De aansprakelijkheid van staten voor schending van mensenrechten maakt deel uit van het volkenrechtelijke leerstuk van de staatsaansprakelijkheid.[48]

3.2 De procedure voor de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens in hoofdlijnen

In deze paragraaf wordt de procedure voor de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens in hoofdlijnen beschreven.[49] Voor een beschrijving van de ontstaansgeschiedenis van het EVRM volsta ik met de verwijzing naar de rijke hoeveelheid literatuur op dit terrein.[50]

47 H. Petzold, Der Schutz der Menschenrechte nach traditionellem Völkerrecht und nach der Europäischen Menschenrechts-Konvention, in: *Internationales Colloquium über Menschenrechte*, Berlin 3.-8. Oktober 1966, p. 66; Daes 1992, p. 56-57; Zie voor de verhouding tussen mensenrechten en ander volkenrecht ook het preadvies van E.A. Alkema, De reikwijdte van fundamentele rechten - de nationale en internationale dimensies, in: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 1995-I, p. 70-73.

48 In een recente studie heeft Haritini Dipla de aansprakelijkheid van verdragspartijen voor schending van het EVRM in het perspectief geplaatst van de staatsaansprakelijkheid in het volkenrecht, in het bijzonder de door de International Law Commission van de Verenigde Naties geformuleerde regels inzake staatsaansprakelijkheid; zie H. Dipla, *La responsabilité de l'état pour violation des droits de l'homme*, Paris, 1994. Zie ook L. Loucaides, Responsibility under the European Convention on Human Rights: Objective or Subjective Test?, in: *Essays on the Developing Law of Human Rights*, Dordrecht, Boston, London, 1995, p. 141-156.

49 Zie hierover uitgebreid de studie van F. Monconduit, *La Commission Européenne des Droits de l'Homme*, Leiden, 1965; L. Mikaelsen, *European Protection of Human Rights*, Alphen aan den Rijn, 1980; P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *De Europese Conventie in theorie en praktijk*, Nijmegen, 1990 , met name p. 67-145; E. Fribergh en M. Villiger, The European Commission of Human Rights, in: *The European System for the Protection of Human Rights*. Edited by R.St.J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold, Dordrecht, Boston, London, 1993, p. 605-620 en Y.S. Klerk, *Het ECRM-toezichtmechanisme: verleden, heden, toekomst*, dissertatie Maastricht, 1995, met name p. 93-173.

50 Zie onder meer P.H. Teitgen, Introduction to the European Convention on Human Rights, in: *The European System for the Protection of Human Rights*. Edited by R.St.J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold, Dordrecht, 1993, p. 3-14; A.H. Robertson and J.G. Merrills, *Human Rights in Europe*,

Het verdrag bevat nauwelijks bepalingen betreffende de procedure voor de Commissie. Op grond van art. 36 EVRM stelt de Commissie haar eigen Huishoudelijk Reglement vast.

De procedure beslaat twee stadia: eerst het onderzoek naar de ontvankelijkheid van de klacht en nadat een verzoekschrift ontvankelijk is verklaard het onderzoek naar de gegrondheid ervan. Het eerste stadium heeft een 'rechterlijk' karakter, in die zin dat de Commissie een eindbeslissing neemt over de vraag of de klacht al dan niet ontvankelijk is. Het tweede stadium valt te kwalificeren als quasi-rechterlijk, nu de Commissie geen bindende beslissing neemt, maar slechts de feiten vaststelt en advies uitbrengt aan het orgaan dat de eindbeslissing neemt, namelijk het EHRM of het Comité van Ministers van de Raad van Europa.[51] Het Hof is niet gebonden aan de feitenvaststelling door de Commissie en kan ook nog ambtshalve materiaal verkrijgen.[52]

Op grond van art. 25 EVRM kan ieder natuurlijk persoon, iedere (niet gouvernementele) organisatie of iedere groep van particulieren die beweert het slachtoffer te zijn van schending van een in het verdrag neergelegd recht een klacht indienen bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens. Vervolgens zal de Commissie een beslissing over de ontvankelijkheid van het verzoekschrift dienen te nemen, waarbij de artikelen 26 en 27 de leidraad vormen. Art. 26 bepaalt dat de Commissie het verzoekschrift pas in behandeling kan nemen indien de nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput en binnen zes maanden na de datum van de definitieve nationale beslissing. Op grond van art. 27 dient de Commissie een verzoekschrift niet ontvankelijk te verklaren indien het anoniem is of in wezen gelijk is aan een zaak die de Commissie al eerder heeft onderzocht, of reeds aan een andere internationale instantie is voorgelegd. Tevens worden volgens dit artikel klachten niet ontvangen, indien zij naar het oordeel van de Commissie niet verenigbaar zijn met het verdrag, kennelijk ongegrond zijn of misbruik betekenen van het recht van petitie.[53]

Na ontvankelijkverklaring van het verzoekschrift stelt de Commissie een contradictoir onderzoek in om de feiten van de zaak vast te stellen (art. 28 lid 1 sub a). Tegelijkertijd stelt zij zich ter beschikking van partijen teneinde de zaak in der minne te schikken (art. 28 lid 1 sub b). Deze bemiddelende functie van de Commissie neemt een belangrijke plaats in in het verdrag en zal nader worden behandeld in § 3.3. Indien haar pogingen om de zaak in der minne te schikken falen, stelt de Commissie op grond

Manchester, 1993, p. 1-24 en Klerk 1995, p. 9-83.

51 Zie in dit verband H. Krüger, The European Commission of Human Rights, *Human Rights Law Journal* 1980, p. 66-87, met name p. 68-69 en Van Dijk/Van Hoof 1990, p. 120.

52 Zie bijv. de arresten *Cruz Varaz en anderen* tegen Zweden van 20 maart 1991, A-201, § 75 en *Vilvarajah en anderen* tegen het Verenigd Koninkrijk van 30 oktober 1991, A-215, § 107.

53 Zie uitgebreid over de ontvankelijkheidsvoorwaarden Mikaelsen 1980; L. Zwaak en T. Zwart, De kuilen in de weg naar Straatsburg: de ontvankelijkheidseisen, in: *40 jaar EVRM*, NJCM-special, Leiden, 1990, p. 95-126 en T. Zwart, *The Admissibility of Human Rights Petitions*, dissertatie Leiden, 1994.

van art. 31 van het verdrag een rapport op, waarin zij de feiten weergeeft en haar mening geeft over de vraag of het verdrag al dan niet is geschonden. Het rapport is juridisch niet bindend maar slechts een advies aan het orgaan dat de eindbeslissing neemt. Het rapport wordt aan het Comité van Ministers overgelegd (art. 31 lid 2). Indien de zaak niet binnen drie maanden na de overlegging van het rapport aan het Comité van Ministers door de Commissie of een van de in art. 48 genoemde staten aan het Hof is voorgelegd, zal de zaak door het Comité worden afgedaan (art. 32).

3.3 Minnelijke schikkingen na bemiddeling van de Commissie op grond van art. 28 EVRM

3.3.1 Algemeen

Een prominente plaats is in het verdrag ingeruimd voor de mogelijkheid de zaak in der minne te schikken. Gelijktijdig met het onderzoek naar de hoofdzaak stelt de Commissie zich ter beschikking van partijen met het oog op een schikking, zo bepaalt art. 28. De procedure in verband met een schikking draagt een flexibel en informeel karakter. Het feit dat de behandeling achter gesloten deuren plaatsvindt, kan er toe bijdragen dat de aangeklaagde staat eerder tot compromissen bereid is.[54] De beslissing om de zaak te schikken, is een zaak van de betrokken partijen. De Commissie speelt hierbij geen rol, hoewel zij deze beslissing kan beïnvloeden door een voorlopige oordeel te geven over de vraag of het verdrag al dan niet is geschonden. Dit voorlopige oordeel speelt zij in alle vertrouwelijkheid door aan de partijen.[55]

De individuele klager kan baat hebben bij deze wijze van afdoening, aangezien hij spoedig uitsluitsel krijgt over de afloop van de procedure en vaak een zekere compensatie krijgt voor de geleden schade. Dit bespaart hem de lange weg van een procedure voor het Hof of het Comité van Ministers, waarvan allerminst duidelijk is of deze instellingen in zijn voordeel zullen beslissen en dus de mogelijkheid bestaat dat hij alsnog met lege handen naar huis wordt gestuurd. De aangeklaagde staat kan door de zaak in der minne te schikken een hem onwelkome publieke veroordeling door het Hof voorkomen.[56] Een andere reden voor een staat om de zaak te schikken kan zijn dat de feiten in casu sterke overeenkomsten vertonen met een zaak waarin

54 Van Dijk/Van Hoof 1990, p. 131-132.

55 Zie H.C. Krüger en C.A. Nørgaard, Reflections concerning friendly settlement under the European Convention on Human Rights, in: *Protecting Human Rights: The European Dimension*. Studies in honour of G.J. Wiarda, Köln, 1988, p. 330.

56 Zie Van Dijk/Van Hoof 1990, p. 132 en T. Opsahl en S. Dollé, *Settlement based on Respect for Human Rights under the European Convention on Human Rights*, written communication to the sixth International Colloquy about the European Convention on Human Rights, Sevilla, 1985, p. 966-997, m.n. p. 974-977.

het Hof reeds een schending van het verdrag heeft aangenomen.[57] Ook de staat kan door te schikken tijd en geld besparen. Bovendien komt geen beslissing tot stand waarop derden zich kunnen beroepen.

Sommige klagers willen echter een principiële uitspraak over de vraag of het verdrag al dan niet is geschonden en stemmen dan ook niet in met het aanbod van de regering om de zaak in der minne te schikken. Het gevaar bestaat dan natuurlijk wel dat de eindbeslissing van het Hof of het Comité van Ministers in hun nadeel uitvalt. Een zelfde redenering gaat op voor hen die niet willen schikken aangezien zij het financiële aanbod van de regering te laag vinden. Zo viste de klager in de zaak *Van Marle en anderen* tegen Nederland betreffende de procedure voor registratie als gediplomeerd accountant geheel achter het net.[58] Van Marle wenste niet in te gaan op het aanbod van de regering om de zaak in der minne te schikken en eiste een fikse schadevergoeding.[59] Zowel Commissie als Hof vond echter dat de artikelen 6 EVRM en 1 van Protocol No. 1 niet waren geschonden.

De geheime procedure die leidt tot een minnelijke schikking zou zonder nadere kwalificatie het gevaar in zich bergen, dat de regeling die tot stand komt zich niet geheel verdraagt met de in het verdrag neergelegde rechten. Art. 28 lid 1 sub b stelt dan ook als voorwaarde dat de schikking tot stand komt op basis van eerbied voor de rechten van de mens, zoals in het verdrag omschreven.[60]

Vooralsnog is het niet voorgekomen dat de Commissie haar goedkeuring heeft geweigerd in geval van overeenstemming tussen partijen, omdat deze in strijd zou zijn met de in het verdrag neergelegde beginselen. Dit is duidelijk in geval de Commissie nauw is betrokken bij de totstandkoming van de regeling en in dat stadium reeds het algemene belang van de Europese 'ordre public' met verve zal hebben verdedigd. Een en ander ligt minder duidelijk indien de partijen de onderhandelingen zelf hebben gevoerd en zij de Commissie op de hoogte hebben gesteld van het bereikte resultaat.[61] Het is (nog) moeilijk een duidelijke lijn te ontdekken in de beslissingen van de Commissie met betrekking tot dit algemene belang. Zo wenste de Commissie in de zaak *Tyrer* niet in te gaan op het verzoek van de klager om de klacht in te trekken. Het algemeen belang verzette zich hier volgens de Commissie tegen en zij was van oordeel dat de praktijk van lijfstraffen op minderjarige wetsovertreders op het eiland Man in strijd was met art. 3 van het verdrag, een oordeel dat het Hof later onderschreef.[62] Daar tegenover staat de hieronder te behandelen zaak *Farrell* tegen

57 Zie Krüger/Nørgaard 1988, p. 330.

58 Arrest *Van Marle en anderen* tegen Nederland van 26 juni 1986, A-101.

59 Zie CEDH Série B, Vol. 84, p. 84-87.

60 Zie Van Dijk/Van Hoof 1990, p. 132.

61 Zie Krüger/Nørgaard 1988, p. 331-332.

62 Klachtno. 5856/72, *Anthony Tyrer* tegen het Verenigd Koninkrijk, arrest van het Hof van 25 april 1978, A-26; anders EHRM 29 oktober 1992, *Y* tegen het Verenigd Koninkrijk, A-247-A, waarin het Hof de zaak van de rol schrapt na op de hoogte te zijn gesteld van een schikking tussen de klager

het Verenigd Koninkrijk, waarin de weduwe van de klager een forse financiële vergoeding ontving. Vanuit de weduwe bezien was dit waarschijnlijk de enige oplossing, terwijl de Commissie dit geen zaak van algemeen belang vond maar een op zichzelf staand incident.[63] In dit verband is het van belang te benadrukken dat de staat in kwestie een verdragsschending niet kan afkopen. Zo overweegt de Commissie in de zaak van *Donnelly en anderen* tegen het Verenigd Koninkrijk betreffende de klacht van de verzoekers dat zij na hun arrestatie onderworpen zijn aan een behandeling in strijd met art. 3 EVRM:

> 'The protection afforded by Art. 3 of the Convention is, as the applicants have submitted, an absolute one and a State cannot escape from its obligations thereunder merely by paying compensation. Compensation machinery can only be seen as an adequate remedy in a situation where the higher authorities have taken reasonable steps to comply with their obligations under Art. 3 by preventing, as far as possible the occurence or repetition of the acts in question.'[64]

In vrijwel alle schikkingen benadrukt de betrokken regering, dat het verdrag niet is geschonden en dat zij de verplichtingen geheel vrijwillig aangaat. De klager blijft er op zijn beurt bij dat inbreuk is gemaakt op zijn in het verdrag neergelegde rechten. Het is eigen aan het compromiskarakter van een schikking dat deze twee standpunten naast elkaar kunnen blijven bestaan: er wordt immers geen oordeel gegeven over de vraag of het verdrag al dan niet is geschonden.[65]

3.3.2 De inhoud van de schikkingen

In het kader van dit onderzoek is het interessant om te bezien wat er zoal in de schikkingen wordt overeengekomen.

De schikkingen kunnen verschillende elementen bevatten. In de eerste plaats vindt meestal de betaling van een geldbedrag plaats. Dit betreft een financiële compensatie maar kan ook een vergoeding zijn van de voor de Commissie gemaakte kosten. In de tweede plaats kan compensatie plaatsvinden in een andere vorm, bijvoorbeeld de vernietiging van een strafrechtelijke veroordeling of de verstrekking van een verblijfs-

en de regering. Op grond van deze schikking betaalt de regering £8000 aan de klager, zonder toe te geven dat het verdrag is geschonden. De Commissie is in haar rapport van 9 oktober 1991 van oordeel, dat de op de toentertijd vijftienjarige leerling van een privé-school tenuitvoergelegde lijfstraf een schending van art. 3 vormt. Deze lijfstraf was echter geen op zich zelf staand incident, maar vormde een onderdeel van de praktijk van lijfstraffen op Britse privé-scholen; zie hierover nader hoofdstuk 4 § 4.3.

63 Opsahl/Dollé 1985, p. 970.

64 Klachtno's 5577-5583/72, *Gerard Donnelly en zes anderen* tegen het Verenigd Koninkrijk, ontvankelijkheidsbeslissing van 15 december 1975, *D & R* Vol. 4 (October 1976), p. 79.

65 Zie ook H.C. Krüger, Friendly Settlements under the European Convention on Human Rights: A Survey, in: *40 jaar EVRM*, NJCM-special, Leiden, 1990, p. 127-158 (met name p. 127).

vergunning. In de derde plaats kan de kwestie van het algemeen belang aan de orde komen. Vaak is dan sprake van wijziging van een wettelijke bepaling of een administratieve praktijk, waardoor een herhaling van de feiten die aanleiding waren voor het indienen van de klacht wordt voorkomen. De eerste twee elementen zijn van groot belang voor de individuele klager, terwijl het derde element een algemener belang dient en de klager in het concrete geval in de regel niet veel oplevert. In de rest van dit betoog zal de nadruk liggen op de elementen die het nauwst verbonden zijn met de klager in het individuele geval.[66] Eind 1989 waren 84 minnelijke schikkingen na bemiddeling van de Commissie tot stand gekomen.[67]

3.3.3 Financiële compensatie

In de meeste schikkingen krijgt de klager een geldbedrag toegekend. Indien het gaat om vergoeding van voor de Commissie gemaakte kosten, dan is gemakkelijk na te gaan hoe men aan dit bedrag komt. Het betreft immers meestal de rekening van de advocaat die namens de klager voor de Commissie is opgetreden. Bij de bedragen die als compensatie worden uitbetaald ligt dit anders. In de tot nu toe toegekende bedragen valt geen duidelijke lijn te ontdekken.[68]

In twee zaken tegen het Verenigd Koninkrijk betrof het een klacht van echtgenotes van mannen die om het leven waren gekomen en waarin bijna dezelfde bedragen werden toegekend.

In de eerste zaak, *Amekrane*, is de klacht ingediend door een Duitse onderdane in haar eigen naam en in naam van haar overleden man en van haar twee kinderen.[69] De echtgenoot van de klaagster was luitenant-kolonel bij de Marokkaanse luchtmacht en is op 13 januari 1973 in Marokko geëxecuteerd. Deze executie volgde op een veroordeling door de rechter wegens de aanval op 16 augustus 1972 op het vliegtuig waarmee de koning van Marokko terugkeerde naar zijn land. De koning raakte niet gewond en het vliegtuig landde veilig. De man van de klaagster arriveerde op dezelfde dag met vier metgezellen per helikopter in Gibraltar en vroeg om politiek asiel. Zij werden echter vastgezet en de volgende per dag per vliegtuig naar Marokko teruggestuurd. Klaagster beweert dat het terugsturen van haar echtgenoot naar Marokko hem heeft blootgesteld aan een onmenselijke behandeling in de zin van art. 3. Tevens heeft hij in Gibraltar geen gelegenheid gehad om een rechter te laten oordelen over de wettigheid van zijn detentie (art. 5 lid 4). Door het terugsturen is het gezinsleven van

66 Zie Krüger 1990, die de nadruk legt op het aspect van het algemeen belang in de schikkingen.

67 Krüger 1990, p. 127.

68 Zie voor een overzicht van de na bemiddeling van de Commissie tot stand gekomen minnelijke schikkingen, *Stock-taking on the European Convention on Human rights. A periodic note on the concrete results achieved under the Convention. The first thirty years: 1954 until 1984*, Strasbourg, 1984, p. 115-144 en de jaarlijkse supplementen hierop; zie ook het schematische overzicht van Opsahl/Dollé 1985, p. 984-993.

69 No. 5961/72, Stock-taking 1984, p. 122.

de familie van klaagster tot een einde gekomen (art. 8). De regering betaalt ex gratia een bedrag van £37.500 zonder toe te geven dat het verdrag is geschonden. De klagers trekken vervolgens hun klacht in.

In de tweede zaak, *Farrell*, is de klacht ingediend door een Ierse vrouw en staat het recht op leven uit art. 2 EVRM centraal.[70] Eind 1971 werd haar man door Britse soldaten in Noord-Ierland op straat doodgeschoten. De soldaten kwamen in actie, aangezien een terroristische aanval werd verwacht. De klaagster heeft in het Verenigd Koninkrijk procedures in gang gezet om schadevergoeding van de staat te krijgen voor het overlijden van haar man. Deze schadevergoeding is haar geweigerd, waarop zij met een beroep op het recht op leven ex art. 2 EVRM een klacht in Straatsburg heeft ingediend. Op 10 december 1982 heeft de Commissie de klacht ontvankelijk verklaard, voorzover deze betrekking had op de stelling van de klaagster dat de dood van haar man in strijd kwam met art. 2. De regering is bereid £37.000 *ex gratia* te betalen. Zij benadrukt echter dat het overlijden van de echtgenoot van klaagster een ongelukkige vergissing was en dat er geen sprake was van een schending van het verdrag.

In geval sprake is van feiten, die voor het Hof in een eerdere zaak aanleiding waren tot de constatering van een schending van het verdrag, wordt in de schikking aangesloten bij de criteria die het Hof heeft gebruikt bij de toekenning van schadevergoeding op grond van art. 50 EVRM. Zo wordt in zaken tegen het Verenigd Koninkrijk betreffende de (on)verenigbaarheid van het 'closed-shop'-stelsel en het recht op vrijheid van (vak)vereniging ex art. 11 EVRM expliciet verwezen naar de criteria van het Hof in het arrest *Young, James en Webster.*[71]

In de zaak *Geniets* tegen België betreft het een klacht over schending van art. 5 lid 4, het recht van degene die van zijn vrijheid is beroofd om de rechtmatigheid van deze detentie door een rechter te laten beoordelen.[72] In een vergelijkbaar geval heeft het Hof in het arrest *Van Droogenbroeck* een schending van art. 5 lid 4 aangenomen en 20.000 BF bij wijze van vergoeding van immateriële schade toegekend.[73] In de schikking in de zaak *Geniets* krijgt de klager een zelfde bedrag alsmede een kostenvergoeding.[74]

In de zaak *Vollaers* tegen Nederland[75] is de klacht gericht tegen de procedure volgens Nederlands recht (in het bijzonder de Beroepswet) om een beslissing ingevolge de Arbeidsongeschiktheidswet (betreffende de geschiktheid van klager om te werken

70 No. 9013/80, Stock-taking Supplement 1984, p. 40.

71 Zie *Reid*, No. 9520/81, Stock-taking 1984, p. 143 en *Eaton en anderen*, No's 8476/79-8481/79, Supplement 1984 Stock-taking, p. 43-44. Arrest *Young, James en Webster* tegen het Verenigd Koninkrijk van 18 oktober 1982 (artikel 50), A-55.

72 No. 9107/80, Stock-taking Supplement 1985, p. 31.

73 Arrest *Van Droogenbroeck* tegen België van 24 juni 1982, A-50.

74 Vgl. de schikking in de zaak *Van de Voorde* tegen België, No. 11370/85, Stock-taking Supplement 1988, p. 35.

75 No. 10252/83, Stock-taking Supplement 1988, p. 36.

en zijn recht op een arbeidsongeschiktheidsuitkering) aan te vechten. In de vergelijkbare zaak *Feldbrugge* achtte het Hof deze procedure in strijd met het vereiste van een 'fair hearing' van art. 6 en kende een vergoeding toe voor geleden immateriële schade ad *f*10.000.[76] De klager in de zaak *Vollaers* krijgt in navolging hiervan eveneens *f*10.000 als vergoeding voor immateriële schade en daarnaast nog een kostenvergoeding.

In enkele klachten betreffende de praktijk van lijfstraffen op Britse scholen wordt gerefereerd aan het arrest van het Hof in de zaak *Campbell en Cosans*, waarin het Hof deze praktijk in strijd heeft geacht met art. 2 van Protocol No. 1, dat het recht van ouders inhoudt om hun kinderen onderwezen te zien in overeenstemming met hun (van de ouders) godsdienstige en filosofische overtuigingen.[77] In de schikkingen krijgen de klagers (ouders en kinderen) diverse geldbedragen toegekend.[78] Een klacht tegen het Verenigd Koninkrijk betreffende voogdijprocedures is in der minne geschikt.[79] Voor de bepaling van de hoogte van het bedrag dat de Britse regering *ex gratia* betaalt, wordt aansluiting gezocht bij de bedragen die het Hof in vergelijkbare zaken heeft toegekend.[80]

In andere schikkingen wordt impliciet aangesloten bij arresten van het Hof in vergelijkbare gevallen. Zo vertoont de zaak *Schuurs en van Waegeningh*[81] betreffende gedwongen opsluiting in een psychiatrische inrichting overeenkomsten met het arrest *Winterwerp* tegen Nederland.[82] In enkele schikkingen met betrekking tot klachten over het onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen is duidelijk de invloed van het arrest *Marckx* tegen België voelbaar.[83]

Inmiddels is een groot aantal schikkingen tot stand gekomen in zaken aangespannen door met het HIV-virus besmette hemofiliepatiënten. In een aantal arresten heeft het Hof bepaald dat Frankrijk de redelijke termijn van art. 6 EVRM heeft overschreden in de door de hemofiliepatiënten tegen de staat gestarte schadevergoedingsprocedures. In de door bemiddeling van de Commissie tot stand gekomen schikkingen wordt aangesloten bij de door het Hof toegekende bedragen.[84]

76 Zie de arresten *Feldbrugge* tegen Nederland van 29 mei 1986, A-99 en van 27 juli 1987 (art. 50), A-124-A.

77 Arrest *Campbell en Cosans* tegen het Verenigd Koninkrijk van 25 februari 1982, A-48.

78 Zie *Durairaj, Townend en Brant*, No's 9114/80, 9119/80 en 9303/81, Stock-taking Supplement 1987, p. 26 en familie A., No. 10592/83, Stock-taking Supplement 1987, p. 31.

79 *K* tegen het Verenigd Koninkrijk, No. 11468/85, Stock-taking Supplement 1988, p. 32.

80 Zie de arresten *O, H, W, B, R* tegen het Verenigd Koninkrijk van 9 juni 1988 (art. 50), A-136-A t/m E.

81 No's 10518/83 en 10535/83, Stock-taking Supplement 1985, p. 33.

82 Arresten *Winterwerp* tegen Nederland van 24 oktober 1979, A-33 en van 27 november 1981 (art. 50), A-47.

83 Arrest *Marckx* tegen België van 13 juni 1979, A-31; het betreft hier twee klachten tegen België, namelijk *De Mot en anderen* (No. 10961/84) en *Jolie en Lebrun* (No. 11418/85) en een klacht tegen Ierland: *Stoutt* (No. 10978/84), zie respectievelijk Stock-taking Supplement 1987, p. 27, 28 en 34.

84 Het gaat hier om een bedrag van 200.000 FF. Zie voor deze schikkingen de zogenaamde Information Notes van de Europese Commissie, te weten No. 127, p. 8 en No. 130, p. 9-10; zie voor de

Naast de bovenstaande toegekende geldbedragen en vergoedingen van voor de Commissie gemaakte kosten worden soms ook bedragen betaald voor andere zaken. In de zaak *Alam en Khan* doen de klagers, een Pakistaanse vader en zijn zoon, beroep op art. 8, aangezien naar hun mening een inbreuk was gemaakt op het recht op eerbiediging van hun gezinsleven door de zoon de toegang tot het Verenigd Koninkrijk te weigeren. De regering is bereid, terwijl zij ontkent dat het verdrag is geschonden, bij wijze van gunst de kosten van een vliegticket voor de zoon van Pakistan naar Londen voor haar rekening te nemen. Inmiddels had hij reeds een verblijfsvergunning verkregen.[85] In de zaak *Giama* tegen België gaat het om de herhaalde uitzetting van de klager, van wie het onmogelijk was de identiteit vast te stellen. De Belgische regering verstrekt hem een geldig reisdocument en betaalt de reiskosten naar Senegal.[86]

3.3.4 Compensatie in andere vorm

Naast de betaling van een geldbedrag wordt in de schikkingen ook geregeld compensatie in een andere vorm overeengekomen.

In vele schikkingen gaat het om een strafzaak tegen de klager, die volgens hem niet voldoet aan de procedurele vereisten van art. 6, met name het vereiste van berechting binnen een redelijke termijn. De overeengekomen compensatie bestaat dan veelal in de vernietiging of schorsing van de veroordeling, opschorting van de tenuitvoerlegging van de straf, strafvermindering, gratie of een voorwaardelijke invrijheidstelling.[87] In twee klachten tegen Duitsland was de onschuldspresumptie van art. 6 lid 2 in het geding. De regering verklaart dat de beslissing om de strafzaak tegen de klagers niet voort te zetten, geen constatering van hun schuld inhoudt.[88]

In de zaak *Simon-Herold* tegen Oostenrijk stelt de klager, die gedeeltelijk verlamd is door polio, dat de algemene condities van zijn detentie, het gebrek aan adequate medische aandacht en zijn opsluiting van veertien dagen in de gesloten psychiatrische afdeling van een ziekenhuis te Linz een onmenselijke en vernederende behandeling opleveren in de zin van art. 3 van het verdrag.[89] De regering heeft zich in een verklaring aan de Commissie verplicht om te verzekeren dat de Oostenrijkse overheid

jurisprudentie van het Hof hoofdstuk 6 § 6.3.1.

85 No. 2991/66, Stock-taking 1984, p. 115-116.

86 No.7612/76, Stock-taking 1984, p. 134-135.

87 Zie de schikkingen in de zaken *Poerschke* tegen Duitsland (No. 2120/64), Stock-taking 1984, p. 115; *Sepp* tegen Duitsland (No. 3897/68), ibidem, p. 118-119; *Mellin* tegen Duitsland (No. 5765/72), ibidem, p. 120-121; *Nagel* tegen Duitsland (7614/76), ibidem, p. 125; *Peschke* tegen Oostenrijk (No. 8289/78), ibidem, p. 137-138; *Zimmermann* tegen Oostenrijk (No. 8490/79), ibidem, p. 141-142; *Widmaier* tegen Nederland (inclusief doorhaling op lijst van gezochte personen; No. 9573/81), Stock-taking Supplement 1986, p. 45.

88 *Neubecker* (No. 6281/73), Stock-taking 1984, p. 124-125 en *Liebig* (No. 6650/74), ibidem, p. 126-127.

89 No. 4340/69, Stock-taking 1984, p. 119.

de Duitse autoriteiten (de klager woont in Beieren) niet verzoekt om de strafvervolging in Duitsland over te nemen alsmede om geen internationale zoekactie tegen de klager in gang te zetten.

In een aantal schikkingen staat de verblijfsrechtelijke status van de klager centraal.

In de zaak *Bulus* tegen Zweden is de klager een twaalfjarige Syrische jongen, Abdulmassih, die met uitzetting door de Zweedse autoriteiten wordt bedreigd. Zijn moeder, broers en zuster bevinden zich eveneens in Zweden. Hij beroept zich onder meer op het recht op eerbiediging van zijn gezinsleven (art. 8), aangezien hij door de uitzetting van zijn familie zou worden gescheiden. In 1982 krijgen Abdulmassih, zijn moeder en zuster alsnog een verblijfsvergunning. Hij mag in ieder geval tot zijn zestiende verjaardag in Zweden blijven. Na bemiddeling van de Commissie is in deze zaak een minnelijke schikking tot stand gekomen met de volgende inhoud: de Zweedse regering betaalt Abdulmassih vijftienduizend Zweedse kronen en vergoedt zijn voor de Commissie gemaakte proceskosten; zijn twee inmiddels uitgezette broers krijgen alsnog een verblijfs- en werkvergunning; de regering zal de relevante regelingen met betrekking tot uitzetting herzien.[90] In een andere zaak is de klacht onder meer ingediend door een echtpaar, dat het Verenigd Koninkrijk werd uitgezet, terwijl de rest van de familie gerechtigd was te blijven.[91] De regering verstrekt het echtpaar alsnog een verblijfsvergunning.

In een aantal schikkingen worden enige andere bijzondere prestaties van de overheid overeengekomen.

In de zaak *X* tegen Duitsland betreft het een transsexueel, die wil dat de autoriteiten haar nieuwe voornaam erkennen alsmede dat zij de wijziging van haar geslacht in het geboortenregister opnemen. De klaagster stelt dat de weigering van de autoriteiten om deze wijzigingen door te voeren in strijd komt met de artikelen 3, 6 en 8 EVRM. Een schikking komt tot stand, nadat de regering heeft verklaard dat de Duitse rechter de geslachtsverandering van de klaagster heeft erkend in het geboortenregister en daarmee ook in al haar identiteitspapieren. Tevens betaalt de regering op humanitaire gronden 2.500 DM. Zij verklaart dat inmiddels wetgeving op dit terrein in voorbereiding is.[92]

Andere schikkingen vertonen een gevarieerd beeld van overeenkomsten tussen de klager en de verweervoerende staat: vernietiging van klagers contractuele verplichtingen jegens de staat,[93] tenuitvoerlegging van een vonnis waarbij de staat tot schade-

90 No. 9330/81, Stock-staking Supplement 1984, p. 42 en *D & R* Vol. 39 (1984), p. 75 e.v.
91 No. 8244/78, *Familie Singh/Uppal* tegen het Verenigd Koninkrijk, Stock-taking 1984, p. 136-137.
92 No. 6699/74, *X* tegen Duitsland, Stock-taking 1984, 129-131.
93 No. 7464/76, *Karrer e.a.* tegen Oostenrijk, Stock-taking 1984, p. 127-128.

vergoeding was veroordeeld[94] en het voeren van een nieuwe procedure ter behandeling van het verzoek van de klager tot ontslag uit een psychiatrisch ziekenhuis.[95]

3.3.5 Het algemeen belang van de schikkingen

Naast de bovengenoemde prestaties waartoe de overheid zich in de schikking verplicht (in geld of een andere vorm), gaat er vaak nog een algemener effect uit van de overeenkomst tussen de individuele klager en de verweervoerende regering. De regering kondigt dan aan dat een bepaalde wettelijke regeling of administratieve praktijk, die aanleiding heeft gegeven tot indiening van de klacht, zal worden gewijzigd of reeds is gewijzigd. KRÜGER heeft deze algemene effecten die voort kunnen vloeien uit de schikking in kaart gebracht.[96] Hij geeft een uitvoerig overzicht van de effecten op wetgeving en praktijk van schikkingen die een reeks onderwerpen betreffen: rechtmatigheid van vrijheidsberoving (art. 5), procedurele rechten (art. 6), condities in gevangenissen (art. 3 en 8), uitzetting van vreemdelingen (art. 3 en 8) en het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven (art. 8).

Hierboven stonden reeds enige van deze algemene effecten vermeld. In de zaak *Bulus* zal de regering de van belang zijnde regels in verband met uitzetting herzien en in de zaak *X* tegen de Bondsrepubliek Duitsland is sprake van wetgeving ter versterking van de rechtspositie van transsexuelen. Op deze plaats kan volstaan worden met een verwijzing naar het overzicht van KRÜGER.

Na het succesvol tot stand brengen van een minnelijke schikking stelt de Commissie op grond van art. 28 lid 2 een rapport op, dat zij verstuurt aan de betrokken staten, het Comité van Ministers en de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa. Het rapport bevat een korte weergave van de feiten en de bereikte oplossing. Daarnaast kan een schikking ook op andere wijze tot stand komen, zowel voor als na de ontvankelijkheidsverklaring. Op grond van art. 30 lid 1 kan de Commissie immers te allen tijde in de procedure beslissen om de zaak van de rol te schrappen. Dit is mogelijk als de klager niet voornemens is zijn verzoekschrift te handhaven, het geschil is opgelost, of om iedere andere door de Commissie vastgestelde reden het niet meer is gerechtvaardigd de behandeling van de klacht voort te zetten. De Commissie zal het onderzoek van het verzoekschrift echter voortzetten, indien de eerbiediging van de in het verdrag omschreven mensenrechten dit vereist. Een voorbeeld kan deze alternatieve wijze van afdoening illustreren.

In de zaak *Taspinar* tegen Nederland, is de klacht ingediend door een Turkse man in zijn eigen naam en in zijn hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger van zijn

94 No. 9676/82, *Sequaris* tegen België, Stock-taking 1984, p. 142-143.
95 No. 11200/84, *Merkier* tegen België, Stock-taking Supplement 1988, p. 34.
96 Krüger 1990, p. 127-158.

zevenjarige zoon Murat. Murat is in 1977 in Turkije geboren uit het eerste huwelijk van zijn vader. Na de scheiding van zijn ouders bleef Murat in Turkije en keerde zijn vader terug naar Nederland. Zijn vader kreeg de voogdij maar Murat werd aan de zorg van zijn grootmoeder in Turkije toevertrouwd. Zijn vader hertrouwde in Nederland maar bleef Murat en zijn grootmoeder financieel onderhouden. Begin 1984 overleed Murats grootmoeder en werd hij door zijn vader naar Nederland gehaald om deel uit te gaan maken van het nieuwe gezin van zijn vader. De Nederlandse autoriteiten weigerden echter Murat een verblijfsvergunning te geven en een verzoek tot herziening van deze beslissing werd eveneens afgewezen. Murats vader beroept zich op schending van het recht op eerbiediging van hun gezinsleven (art. 8). De klacht wordt ontvankelijk verklaard op 3 december 1984.[97] Murats vader trekt de klacht echter in, nadat de Nederlandse autoriteiten hebben aangekondigd niet langer bezwaar te maken tegen de aanwezigheid van Murat in Nederland en hebben verklaard dat een nieuw verzoek voor een verblijfsvergunning zal worden gehonoreerd. Als gevolg hiervan besluit de Commissie de zaak van de rol te schrappen.[98]

3.3.6 Conclusie

Een minnelijke schikking levert de individuele klager voordeel op. De procedure komt tot een spoedige afsluiting en hij krijgt iets wat hij in de regel graag wil, namelijk een financiële tegemoetkoming of compensatie in een andere vorm. Met name de compensatie in een andere vorm, zoals een invrijheidstelling of de verstrekking van een verblijfsvergunning, komt dicht in de buurt van *restitutio in integrum*. Bij dit alles staat voorop dat zowel de klager als de regering moet instemmen met de door de overheid te verrichten prestatie. Een schikking kan ook nog voor het Hof tot stand komen (zie hoofdstuk 4). De bevoegdheid van het Hof in verband met *restitutio in integrum* komt in hoofdstuk 4 nader aan de orde.

De schikkingen vertonen een sterk casuïstisch karakter en er vallen dan ook weinig algemene conclusies uit te trekken ten aanzien van de criteria die een rol spelen bij de toekenning van schadevergoeding na mensenrechtenschendingen. Wel blijkt uit enkele schikkingen het gezag van de uitspraken van het Hof, aangezien wordt aangeknoopt bij de criteria die het Hof in vergelijkbare zaken heeft gehanteerd bij de toekenning van schadevergoeding op grond van art. 50.

97 No. 11026/84, *Minutes* 170th session, 3-14 December 1984, DH(84)10, p. 14; *RV* 1985, no. 106, p. 268-270.

98 Rapport van 9 oktober 1985; zie voor andere voorbeelden Opsahl/Dollé 1985, p. 968 en Stock-taking 1984, p. 144 e.v.

3.4 Afdoening door het Comité van Ministers van de Raad van Europa[99]

Het Comité van Ministers van de Raad van Europa is het enige toezichthoudende orgaan op de naleving van het EVRM dat niet bij het verdrag zelf is ingesteld, zoals wel het geval is met de Commissie en het Hof. Het Comité is in 1949 in het leven geroepen met het oprichten van de Raad van Europa en vindt zijn grondslag in het Statuut van de Raad van Europa. In de artikelen 13 tot en met 21 van dit Statuut zijn onder meer de samenstelling, algemene functies en bevoegdheden van het Comité van Ministers neergelegd. Iedere lidstaat van de Raad van Europa heeft een vertegenwoordiger in het Comité van Ministers, in de regel de minister van Buitenlandse Zaken (art. 13 Statuut). Het Comité komt in deze samenstelling slechts een paar keer per jaar bijeen. In de tussenliggende perioden worden de werkzaamheden verricht door het Comité van Afgevaardigden van de Ministers. Dit zijn meestal hoge ambtenaren die permanent vertegenwoordiger van hun regering bij de Raad van Europa zijn.[100]

Het EVRM kent het Comité van Ministers twee belangrijke, bijzondere bevoegdheden toe in verband met het toezicht op de naleving van de in het verdrag opgenomen rechten. Art. 32 geeft het Comité de bevoegdheid de zaak af te doen, indien de eindbeslissing niet bij het Hof ligt. Op grond van art. 54 ziet het Comité toe op de tenuitvoerlegging van de arresten van het Hof.

Het wekt verbazing dat in een verdrag, dat is gebaseerd op de idee van de rechterlijke garantie van de rechten van de mens, een politiek orgaan in sommige gevallen de bevoegdheid krijgt te beslissen over de vraag of inbreuk is gemaakt op de in het verdrag neergelegde rechten.[101] De taak die het Comité van Ministers uitoefent bij het toezicht op de naleving van het verdrag is dan ook het uitvloeisel van een compromis. Bij de voorbereiding van het verdrag waren de standpunten verdeeld. Sommige landen wilden naast de Commissie een Hof met verplichte rechtsmacht in het leven roepen. Andere landen waren huiverig voor een te grote inbreuk op hun soevereiniteit en bepleitten een belangrijke positie van het Comité van Ministers. Het Comité zou dan beslissen of het advies van de Commissie openbaar zou worden gemaakt alsmede die maatregelen nemen die het noodzakelijk achtte in het licht van het rapport van de Commissie.[102] Uiteindelijk is overeengekomen de rechtsmacht van het Hof facultatief te maken en de eindbeslissing over de vraag of het verdrag al dan niet is geschonden voor te behouden aan het Hof of – indien de zaak niet aan het Hof wordt voorgelegd – aan het Comité van Ministers.

99 Zie hierover onder meer Van Dijk/Van Hoof 1990, p. 32-34 en 211-227; J. Velu en R. Ergec, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles, 1990, p. 1089 e.v. en Klerk 1995, p. 397-494.

100 Zie Van Dijk/Van Hoof 1990, p. 32-34.

101 K. Vasak, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, 1964, p. 197.

102 Vasak 1964, p. 198-199 en Van Dijk/Van Hoof 1990, p. 32.

De bevoegdheid op grond van art. 32, mede in verband met schadevergoeding, wordt hieronder uit de doeken gedaan, die op grond van art. 54 wordt nader behandeld in hoofdstuk 4.

Indien de zaak niet binnen drie maanden na de overlegging van het rapport van de Commissie aan het Comité van Ministers aan het Hof is voorgelegd, neemt het Comité van Ministers ingevolge art. 32 lid 1 met een meerderheid van twee derden van de leden die het recht hebben in het Comité zitting te hebben een beslissing over de vraag of het verdrag al dan niet is geschonden. In het verleden is het Comité een aantal keren niet tot een beslissing kunnen komen, aangezien de vereiste meerderheid van twee derden niet werd gehaald, onder meer door een groot aantal onthoudingen.[103] Dit is natuurlijk een uiterst onbevredigende 'afloop' voor de individuele klager. Teneinde deze besluiteloosheid zoveel mogelijk tegen te gaan is op 25 maart 1992 te Straatsburg het Tiende Protocol tot stand gekomen. Het Protocol voorziet in een amendering van art. 32 lid 1 in die zin dat nog slechts een gewone meerderheid vereist is voor de beslissing van het Comité van Ministers.[104] Het Protocol treedt in werking nadat alle verdragspartijen het hebben geratificeerd[105] Daarnaast is sinds enige tijd in Regel 9bis van de Procedureregels voor de toepassing van art. 32 van het verdrag vastgelegd, dat in geval de op grond van art. 32 lid 1 vereiste meerderheid niet wordt gehaald een tweede en laatste stemming zal worden gehouden op één van de volgende drie vergaderingen van het Comité.

Indien het Comité van Ministers een verdragsschending heeft geconstateerd, stelt het op grond van art. 32 lid 2 een termijn waarbinnen de staat in kwestie de maatregelen moet nemen die worden vereist door de beslissing van het Comité van Ministers. In de Procedureregels voor de toepassing van art. 32 heeft het Comité zijn bevoegdheden nader gepreciseerd. Zo bepaalde Regel 5 van deze Procedureregels dat art. 32 lid 2 EVRM het Comité in staat stelt om, in geval van een door hem geconstateerde verdragsschending, de betrokken staat te adviseren of suggesties of aanbevelingen te doen, op voorwaarde dat deze nauw verband houden met de schending. Dergelijke aanbevelingen zijn echter niet bindend, aangezien het geen beslissingen zijn in de zin van lid 4 van art. 32. In paragraaf 2bis van de Appendix bij deze Procedureregels verduidelijkt het Comité zijn bevoegdheid in verband met Regel 5:

> 'In connection with Rule 5, the Committee of Ministers decided that, in every case in which it finds there has been a violation of the Convention, it would consider, taking into account any proposals from the Commission, whether just satisfaction

103 Zie bijv. de zaak *Huber* tegen Oostenrijk, Resolutie DH (75) 2 van 15 april 1975, *Yearbook* XVIII (1975), p. 325.

104 *Tractatenblad* 1992, 70; zie ook *HRLJ* 1992, p. 182-183.

105 Inmiddels hebben 24 van de 34 verdragsstaten het Protocol geratificeerd (stand van zaken op 1 januari 1997). Nederland heeft dit op 23 november 1992 gedaan.

should be afforded to the injured party and, if necessary, indicate measures on this subject to the State concerned'.

Het Comité van Ministers kon derhalve slechts aanbevelingen doen over de toe te kennen schadevergoeding en geen bindende beslissingen nemen. In het verleden heeft dit tot veel problemen geleid, met name in enkele zaken tegen Italië betreffende de overschrijding van de redelijke termijn in civiele procedures.

In de zaken *Azzi* en *Lo Giacco* bijvoorbeeld nam het Comité het oordeel van de Commissie over dat art. 6 lid 1 was geschonden. In beide zaken deed het Comité, na bestudering van de door de Commissie gedane voorstellen over de toekenning van een billijke genoegdoening aan de klager, de Italiaanse regering de aanbeveling op grond van Regel 5 van de Procedureregels een schadevergoeding te betalen. In de zaak *Azzi* ging het om tien miljoen Italiaanse Lire voor immateriële schade, in de zaak *Lo Giacco* was dit bedrag twee miljoen Lire. In beide zaken vond het Comité tevens een vergoeding van de kosten van de procedures op haar plaats. De Italiaanse regering bleef echter geruime tijd in gebreke om deze bedragen te betalen. De minister van Financiën meende dat hij deze bedragen niet kon uitbetalen, aangezien het niet om een verplichting ging. In zijn resoluties van 6 juni 1991 besloot het Comité de Italiaanse regering met klem te vragen ('to strongly urge') de vergoedingen zo snel mogelijk te betalen.[106] Dit klemmende verzoek werd nog eens herhaald in de resoluties van 20 februari 1992.[107] Pas op 30 april 1992 gaf de Italiaanse regering de opdracht de toegekende bedragen aan de klagers te betalen. Nadat het Comité zich ervan had vergewist dat de bedragen daadwerkelijk waren betaald, verklaarde het in zijn resoluties van 17 september 1992 zijn functies op grond van art. 32 te hebben vervuld.[108] Op dezelfde datum nam het Comité nog vier andere resoluties in vergelijkbare zaken tegen Italië aan.[109] Mede naar aanleiding van deze zaken tegen Italië heeft het Comité op 19 december 1991 besloten Regel 5 van zijn Procedureregels te laten vervallen, alsmede de uitwerking van deze Regel in paragraaf 2bis van de Appendix. Hiermee wil het Comité aangeven dat zijn aanwijzingen op grond van art. 32 lid 2 EVRM over schadevergoeding bindend zijn.[110]

Over de hoogte van de toe te kennen schadevergoeding doet de Commissie een – niet openbaar – voorstel aan het Comité van Ministers. Naar verluidt wordt daarin aangesloten bij de toekenningen van het Hof op grond van art. 50 EVRM in vergelijkbare zaken. Het lijkt er op dat het Comité van Ministers in het algemeen de neiging heeft de door de Commissie gedane voorstellen over de hoogte van de toe te kennen

106 Resoluties DH (91) 12 en 13 van 6 juni 1991; zie ook *HRLJ* 1991, p. 275.
107 Resolutions DH (92) 2 en 3; zie *HRLJ* Vol. 13 (1992) No. 4, p. 181-182.
108 Resoluties DH (92) 45 en 46, Press Communiqué Directorate of Human Rights, Dir(92)4, p. 3.
109 Resoluties DH (92) 47 t/m 50 van 17 september 1991, Press Communique Directorate of Human Rights, Dir(92)4, p. 4-5.
110 Zie Information Sheet No. 29 (May 1991-December 1991), Strasbourg 1992, p. 98 en *HRLJ* 1992, p. 181-182.

schadevergoeding over te nemen.[111] Naast het betalen van schadevergoeding kan het Comité van Ministers op grond van art. 32 lid 3 EVRM voorschrijven welke maatregelen de betrokken staat moet nemen teneinde te voldoen aan zijn herstelverplichting.[112]

Ten slotte dient te worden vermeld dat ook tijdens de procedure voor het Comité van Ministers de zaak in der minne kan worden geschikt. Regel 6bis van de Procedureregels voor toepassing van art. 32 bepaalt dat het Comité alvorens een beslissing te nemen over de vraag of het verdrag al dan niet is geschonden, kan worden geïnformeerd over een minnelijke schikking of een ander feit dat een oplossing voor het geschil biedt. Als dit het geval is, kan het Comité beslissen het onderzoek van de zaak niet voort te zetten, na zichzelf ervan te hebben verzekerd dat de schikking is gebaseerd op eerbied voor de rechten van de mens, zoals omschreven in het verdrag. In 1987 heeft het Comité Regel 6bis van de Procedureregels voor de toepassing van art. 32 aangenomen en hiermee uitdrukking gegeven aan een reeds voor die tijd bestaande praktijk.[113] Een en ander onderstreept nog eens het volontaire karakter van de procedure in Straatsburg. Net als voor de Commissie en het Hof kunnen de klager en de verweervoerende staat het nog met elkaar eens worden en de toezichthoudende organen – Commissie, Comité van Ministers en Hof – zullen deze overeenkomst goedkeuren, mits deze de in het verdrag neergelegde rechten eerbiedigt.

Conclusie

Het Comité van Ministers neemt een eigenaardige rol in bij het toezicht op de naleving van het EVRM. Het is een politiek orgaan dat in dit kader belast wordt met een aantal rechterlijke taken. Uit de bovengenoemde *Huber*-zaak blijkt volgens GOLSONG dat het Comité van Ministers niet in staat is een rechterlijke functie uit te oefenen.[114] Met GOLSONG ben ik van mening dat deze functie bij uitstek zou dienen te zijn voorbehouden aan onafhankelijke organen, die vrij van enige politieke druk de juiste juridische beslissingen kunnen nemen.

De procedure voor het Comité van Ministers is niet openbaar en niet op tegenspraak en voldoet daarmee dan ook niet aan de procedurele vereisten die art. 6 stelt.[115] Het Comité speelt geen grote rol bij de uitleg van het verdrag, waar de

111 In deze zin J.F. Flauss, *La satisfaction équitable dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme -Perspectives d'actualité-*, Europa Institut, Universität des Saarlandes, 1995, p. 8-9.

112 Zie C. Tomuschat, Quo vadis, Argentoratum? The succes story of the European Convention on Human Rights - and a few dark stains, in: *HRLJ* 1992, p. 404.

113 Zie Van Dijk/Van Hoof 1990, p. 219, die ook enkele voorbeelden noemen.

114 H. Golsong, Die eigenartige Rolle des Ministerkomitees des Europarates als eine der beiden Endentscheidungsinstanzen im Rahmen der MRK, *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1975, p. 448-449.

115 Van Dijk/Van Hoof 1990, p. 225.

arresten van het Hof wel gezag hebben.[116] De resoluties van het Comité zijn echter niet geheel zonder betekenis bij de interpretatie van de in het verdrag opgenomen rechten.[117] Bovendien zijn deze resoluties op grond van art. 32 lid 4 ook bindend voor verdragsstaten die geen partij zijn in het geschil in kwestie.[118] Deze resoluties kunnen worden beschouwd als 'een ieder verbindende besluiten' in de zin van art. 93 van de Nederlandse Grondwet.[119]

Toch is enige verbetering te bespeuren in de procedure voor het Comité van Ministers. Protocol No. 10 amendeert art. 32 lid 1, zodat het Comité met gewone meerderheid van stemmen kan beslissen over de vraag of het verdrag is geschonden. Aanwijzingen van het Comité over de betaling van schadevergoeding hebben tegenwoordig bindende kracht. Bovendien beoogt het Negende Protocol een amendering van art. 48, in die zin dat individuele klagers onder bepaalde voorwaarden hun klacht kunnen voorleggen aan het Hof, zodat zij er enige invloed op hebben om te voorkomen dat het Comité van Ministers de eindbeslissing neemt (zie hierover nader in hoofdstuk 4).

De inwerkingtreding van het Elfde Protocol zal een einde maken aan de bevoegdheid van het Comité van Ministers om op grond van art. 32 EVRM de zaak zelf af te doen. Hiermee zal de competentie om een billijke genoegdoening toe te kennen voortaan alleen toekomen aan het Hof.[120] Het toezicht op de tenuitvoerlegging van arresten van het Hof blijft berusten bij het Comité van Ministers.

116 Vgl. Van Dijk/Van Hoof 1990, p. 220, die menen dat het Comité geen rol van betekenis speelt bij de interpretatie van het verdrag, zodat het algemene belang van een declaratoire uitspraak als preventief handhavingsmiddel hier nauwelijks in het geding is.

117 Een voorbeeld uit de Nederlandse strafrechtspraktijk is de regel volgens welke de redelijke termijn in beginsel is overschreden, indien de procedure niet binnen twee jaar is afgerond; deze regel is ontleend aan de resolutie van het Comité van Ministers van 25 januari 1985 in de zaak *Marijnissen* tegen Nederland (DH (85)4), waarin het Comité het oordeel van de Commissie bevestigde dat art. 6 lid 1 was geschonden (de procedure duurde iets langer dan twee jaar); zie *D & R* 40 (February 1985), p. 83-89; zie in dit verband ook het arrest *Abdoella* tegen Nederland van 25 november 1992, A-248-A, § 14 (c).

118 Zie in dit verband J. van der Velde, Het toezicht op de naleving van het EVRM en de implementatie van Straatsburgse beslissingen in Nederland, in: *40 jaar EVRM*, NJCM-special, Leiden, 1990, p. 159-180 (op p. 164).

119 Zie hierover nader Van der Velde 1990, p. 171-173; vgl. in dit verband Hoge Raad 23 november 1984, *NJ* 1985, 604 met noot E.A. Alkema, waarin de Hoge Raad meent dat de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens niet kan worden aangemerkt als een 'een ieder verbindend besluit' in de zin van artikel 93 Grondwet, nu deze resolutie van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties niet berust op een bij of krachtens verdrag opgedragen bevoegdheid om voor Nederland bindende besluiten te nemen.

120 Flauss 1995, p. 29.

3.5 De procedure voor het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in hoofdlijnen

In deze paragraaf worden enkele hoofdlijnen van de procedure voor het Europese Hof voor de Rechten van de Mens behandeld.[121] In hoofdstuk 4 komen de positie van de individuele klager en de rol van de Commissie in deze procedure nader aan de orde. Bovendien worden daar uitvoerig de procedurele kwesties in verband met de toepassing van art. 50 EVRM besproken.

Voor behandeling van een zaak door het Hof dient aan een aantal procedurele voorwaarden te worden voldaan:

- de Commissie heeft de zaak behandeld en ontvankelijk verklaard;
- de pogingen van de Commissie om de zaak in der minne te schikken hebben gefaald (art. 47 EVRM);
- de zaak moet binnen drie maanden na de toezending van het rapport (ex art. 31 EVRM) aan het Comité van Ministers zijn voorgelegd aan het Hof (art. 32 EVRM);
- deze voorlegging dient op grond van art. 48 EVRM te geschieden door de Commissie en/of een van de daar genoemde verdragsstaten; en
- de aangeklaagde staat moet de rechtsmacht van het Hof hebben erkend (art. 46 EVRM).

Voor de staten die het Negende Protocol hebben geratificeerd is art. 48 EVRM in die zin gewijzigd dat onder bepaalde voorwaarden ook de individuele klager zijn door de Commissie ontvankelijk verklaarde klacht aan het Hof kan voor leggen.[122]

Op grond van art. 45 EVRM strekt de rechtsmacht van het Hof zich uit over alle zaken betreffende de interpretatie en toepassing van het verdrag. Het Hof acht zich bevoegd een door de Commissie ontvankelijk verklaarde klacht alsnog niet ontvankelijk te verklaren, aangezien niet aan alle voorwaarden hiervoor is voldaan.[123] Het Hof is evenmin gebonden aan de feitenvaststelling door de Commissie en kan ook nog ambtshalve materiaal verkrijgen.[124]

121 Zie uitgebreid over deze procedure onder meer Van Dijk/Van Hoof 1990, p. 147-209; P. Mahoney en S. Prebensen, The European Court of Human Rights in: *The European System for the Protection of Human Rights*. Edited by R.St.J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold, Dordrecht, Boston. London, 1993, p. 621-643 en Klerk 1995, p. 175-236.

122 Zie nader hierover hoofdstuk 4 § 4.1.

123 Zie bijv. het arrest *Cardot* tegen Frankrijk van 19 maart 1991, A-200.

124 Zie bijv. de arresten *Cruz Varas en anderen* tegen Zweden van 20 maart 1991, A-201, § 75 en *Vilvarajah en anderen* tegen het Verenigd Koninkrijk van 30 oktober 1991, A-215, § 107.

Na behandeling van de zaak doet het Hof een uitspraak over de vraag of de verplichtingen van het EVRM al dan niet zijn geschonden. Deze uitspraak is bindend voor de verdragsstaten die partij zijn in deze zaak (art. 53 EVRM).

Niet altijd doet het Hof een uitspraak over de hoofdzaak. Op grond van zijn Procesreglement kan het Hof een zaak in bepaalde gevallen van de rol schrappen, bijvoorbeeld als de zaak alsnog is geschikt.[125] Het Comité van Ministers ziet toe op de tenuitvoerlegging van de arresten van het Hof (art. 54 EVRM).

Naast afzonderlijke uitspraken over de kwestie van 'billijke genoegdoening' (art. 50 EVRM) kan het Hof nog twee andere soorten arresten wijzen. Het Hof kan worden verzocht een interpretatie te geven van een eerdere uitspraak.[126] Ook kan het Hof worden gevraagd een eerdere uitspraak te herzien.[127] De bevoegdheid tot het doen van deze uitspraken is – vooralsnog – niet opgenomen in het verdrag maar gebaseerd op het Procesreglement van het Hof.[128]

3.6 Art. 5 lid 5 EVRM: Schadevergoeding bij onrechtmatige vrijheidsberoving

3.6.1 Algemeen

Art. 5 lid 5 luidt in de authentieke verdragstalen, Frans en Engels, als volgt:

> 'Toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation.'

125 Art. 49 van het Procesreglement A van het Hof, zoals dat geldt vanaf 1 februari 1994; zie art. 51 Procesreglement B, dat geldt voor verdragsstaten die het Negende Protocol hebben geratificeerd (in werking getreden op 2 oktober 1994). Zie nader over schikkingen voor het Hof hoofdstuk 4 § 4.3.

126 Zie het arrest *Ringeisen* tegen Oostenrijk van 23 juni 1973, A-16. Inmiddels heeft de Commissie een verzoek om interpretatie ingediend naar aanleiding van het arrest *Allenet de Ribemont* tegen Frankrijk van 10 februari 1995, A-308. De vraag aan het Hof is om duidelijk te maken welk deel van de op grond van art. 50 EVRM toegekende genoegdoening (ad twee miljoen FF) is bestemd voor vergoeding van materiële schade en welk deel voor immateriële schade. De klager had om deze uitleg gevraagd, aangezien inmiddels beslag was gelegd op het door het Hof toegekende bedrag. Uit het genoemde arrest *Ringeisen* volgt echter dat het door het Hof toegekende bedrag ter vergoeding van immateriële schade onvatbaar is voor beslag. Zie nader hoofdstuk 4 § 4.6.3.

127 Inmiddels is het eerste herzieningsverzoek ingediend naar aanleiding van het arrest *Pardo* tegen Frankrijk van 20 september 1993, A-261-B. Het Hof heeft dit verzoek in zijn arrest van 10 juli 1996, *RJD* 1996, ontvankelijk verklaard, nu de Commissie en het Hof geen kennis hebben kunnen nemen van twee belangrijke documenten, die inmiddels wel ter beschikking staan.

128 Artikelen 57 en 58 Procesreglement A en artikelen 59 en 60 Procesreglement B.

> 'Everyone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this Article shall have an enforceable right to compensation.'

In de Nederlandse vertaling:

> 'Een ieder die het slachtoffer is geweest van een arrestatie of gevangenhouding in strijd met de bepalingen van dit artikel, heeft recht op schadeloosstelling.'

Voor het recht op schadeloosstelling is derhalve vereist dat een van de vereisten van art. 5 is geschonden.

3.6.2 De Travaux Préparatoires en de doctrine

De 'Travaux Préparatoires' geven volgens TRECHSEL geen overtuigend antwoord op de vraag waarom in art. 5 een aparte schadevergoedingsbepaling nodig werd geoordeeld en bij andere artikelen niet.[129]

Ook JACOBS en WHITE vragen zich af waarom een speciale compensatiebepaling in geval van schending van art. 5 lid 1 tot en met 4 in het leven is geroepen, waar een dergelijke voorziening ontbreekt bij de overige door het verdrag gegarandeerde rechten. Bovendien wijzen zij op de algemene voorziening van art. 13, het recht op een effectief rechtsmiddel voor een nationale instantie in geval van schending van het verdrag. Een mogelijke verklaring is volgens hen dat bij het ontbreken van deze speciale regeling inzake financiële compensatie, de vrijlating uit een onwettige detentie als een voldoende remedie zou kunnen worden beschouwd.[130]

3.6.3 De verhouding tot art. 9 lid 5 IVBPR

Art. 9 IVBPR[131] gaat evenals art. 5 EVRM over het recht op persoonlijke vrijheid en veiligheid. Art. 9 lid 5 IVBPR geeft een ieder die slachtoffer is geweest van een onwettige arrestatie of detentie een recht op schadeloosstelling. Deze bepaling luidt in het Engels en Frans als volgt:

> 'Anyone who has been the victim of unlawful arrest or detention shall have an enforceable right to compensation.'

129 S. Trechsel, Liberty and Security of Person, in: *The European System for the Protection of Human Rights*. Edited by R.St.J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold, Dordrecht, Boston, London, 1993, p. 342.

130 F.G. Jacobs and R.C.A. White, *The European Convention on Human Rights*, Second Edition, Oxford, 1996, p. 118-119.

131 Aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties te New York op 16 december 1966 en inwerkinggetreden op 23 maart 1976.

'Tout individu victime d'arrestation ou de détention illégales a droit à réparation.'

Een direct in het oog springend verschil met de tekst van art. 5 lid 5 EVRM, is dat art. 9 lid 5 IVBPR in het algemeen spreekt over een onwettige detentie, terwijl het in art. 5 lid 5 gaat om een arrestatie of gevangenhouding in strijd met de vereisten van de eerste vier leden van dit artikel. Voor de toepasselijkheid van art. 9 lid 5 IVBPR is niet beslissend of een schending van (een van de) overige leden van dit artikel wordt vastgesteld, maar of de arrestatie of detentie 'unlawful' is. Een gevangenhouding is 'unlawful' in de zin van art. 9 lid 5 IVBPR, indien deze in strijd komt met een of meer van de in de eerste vier leden van dit artikel neergelegde garanties en/of met een bepaling van nationaal recht.[132] In de praktijk is dit verschil echter van weinig belang, nu een arrestatie of gevangenhouding die 'unlawful' is in de zin van art. 9 lid 5 IVBPR, eveneens in strijd zal zijn met het eerste lid van art. 9, dat onder meer een wettelijke basis vereist voor een rechtmatige vrijheidsberoving.[133]

3.7 Art. 50 EVRM

3.7.1 Algemeen

Art. 50 EVRM luidt in de authentieke verdragstalen, Frans en Engels, als volgt:

'Si la décision de la Cour déclare qu'une décision prise ou une mesure ordonnée par une autorité judiciaire ou toute autre autorité d'une Partie Contractante se trouve entièrement ou partiellement en oppossition avec des obligations découlant de la présente Convention, et si le droit interne de ladite Partie ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de cette décision ou de cette mesure, la décision de la Cour accorde, s'il y a lieu, à la partie lésée une satisfaction équitable.'

'If the Court finds that a decision or a measure taken by a legal authority or any other authority of a High Contracting Party is completely or partially in conflict with the obligations from the present Convention, and if the internal law of the said party allows only partial reparation to be made for the consequences of this decision or measure, the decision of the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.'

132 Zie M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Kehl, Strasbourg, Arlington, 1993, p. 181; anders Velu/Ergec 1990, p. 308-309, die ervan uitgaan dat 'unlawful' uitsluitend ziet op een schending van het nationale recht en dat daarmee een schending van de overige leden van art. 9 geen recht op schadevergoeding geeft.

133 Art. 9 lid 1 IVBPR luidt als volgt: 'Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law.'

In de Nederlandse vertaling:

> 'Indien het Hof verklaart, dat een beslissing of maatregel die door een rechterlijke instantie of door enige andere instantie van een Hoge Verdragsluitende Partij is genomen, geheel of gedeeltelijk in strijd is met de verplichtingen die uit dit Verdrag voortvloeien, en indien het nationale recht van deze Partij slechts gedeeltelijk rechtsherstel ten aanzien van de gevolgen van deze beslissing of van deze maatregel toestaat, wordt bij de beslissing van het Hof, zo nodig, aan de getroffen partij een billijke genoegdoening toegekend.'

De tekst van art. 50 lijkt erg op het bovengenoemde art. 32 van de 'General Act for the Pacific Settlement for International Disputes' uit 1928. Art. 50 vindt dan ook zijn grondslag in soortgelijke bepalingen in internationale arbitrageverdragen, zoals het Duits-Zwitserse arbitrageverdrag van 3 december 1921.[134] Een vergelijkbare bepaling is opgenomen in art. 30 van de 'European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes' uit 1957.[135]

Uit art. 50 volgt de subsidiariteit van de eventueel toe te kennen compensatie: het Hof kan na constatering van een schending van een verdragsbepaling een billijke genoegdoening toekennen, op voorwaarde dat de gevolgen van die schending ingevolge het nationale recht van de verdragsstaat in kwestie niet volledig kunnen worden goedgemaakt.[136] Hieronder zal echter nog blijken dat het Hof zijn door art. 50 toegekende bevoegdheid zeer ruim heeft uitgelegd.

3.7.2 Wanneer heeft het Hof de bevoegdheid een billijke genoegdoening toe te kennen?

In de eerste arresten van het Hof over schadevergoeding staat de vraag centraal naar de omvang van de competentie van het Hof om op grond van art. 50 compensatie toe te kennen, met name in verhouding tot de compensatiemogelijkheden die het nationale recht biedt. In deze arresten poogt de ter verantwoording geroepen staat tevergeefs door middel van diverse verweren de toepassing van art. 50 te voorkomen. In de *Landloperij*-zaak voert de Belgische regering drie verweren.[137]

134 Zie met name H. Golsong, *Das Rechtsschutzsystem der Europäischen Mensenrechtskonvention*, Kalsruhe, 1958, p. 106; zie ook W. Vis, La réparation des violations de la Convention Européenne des Droits de l' Homme (Note sur l'article 50 de la Convention), in: *La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre Européen*, Paris, 1961, p. 281 en H. Guradze, *Die Europäischen Mensenrechtskonvention*, Berlin und Frankfurt a. M., 1968, p. 247.

135 European Treaty Series No. 23.

136 Zie ook H. Golsong, Quelques réflexions a propos du pouvoir de la Cour Européenne des Droits de l'Homme d'accorder une satisfaction équitable, in: *René Cassin, Amicorum Discipulorumque Liber I, Problèmes de protection internationale des droits de l'homme*, Paris, 1969, p. 91.

137 Arrest *De Wilde, Ooms en Versyp* tegen België van 10 maart 1972 (art. 50), A-14.

In de eerste plaats stelt zij, dat de claims voor compensatie bij de Commissie moeten worden beschouwd als niet ontvankelijke klachten, aangezien de nationale rechtsmiddelen niet zijn uitgeput. Het Hof verwerpt dit verweer, nu het niet om nieuwe klachten gaat.

In de tweede plaats hebben de klagers volgens de regering niet bewezen dat het Belgische recht 'allows only partial reparation to be made for the consequences' van de in het arrest in de hoofdzaak[138] geconstateerde schending, aangezien zij de nationale rechtsmiddelen niet hebben uitgeput. Het Hof verwerpt ook dit verweer. Immers, als de bedoeling van de opstellers van het verdrag was geweest om de claim op grond van art. 50 afhankelijk te maken van uitputting van nationale rechtsmiddelen, dan zouden zij dit wel expliciet hebben vermeld in art. 50. Een dergelijk vereiste zou in strijd komen met het doel van het verdrag, namelijk een effectieve bescherming van de rechten van de mens. Het Hof overweegt:

> 'En outre, l'article 50 tire son origine de certaines clauses figurant dans des traités internationaux de type classique - tels l'article 10 du traité germano-suisse d'arbitrage et de conciliation de 1921 et l'article 32 de l'Acte général de Genève pour le règlement pacifique des différends internationaux, de 1928 - et n'ayant aucun rapport avec la règle de l'épuisement des voies de recours internes.
> Au demeurant, si après avoir épuisé en vain les voies de recours internes avant de se plaindre à Strasbourg d'une violation de ses droits, la victime devait les épuiser une seconde fois pour pouvoir obtenir de la Cour une satisfaction équitable, la longueur totale de la procédure instituée par la Convention se révélerait peu compatible avec l'idée d'une protection efficace des Droits de l'Homme. Pareille exigence conduirait à une situation inconciliable avec le but et l'objet de la Convention.'[139]

In de derde plaats wijst de regering erop, dat het Belgische recht het de nationale rechters mogelijk maakt de staat te veroordelen om de schade te herstellen in geval van een illegale situatie waarvoor de staat verantwoordelijk is, of het nu een inbreuk op regels van intern of internationaal recht betreft. Volgens de regering moesten de klagers zich eerst tot de nationale rechter wenden. Het Hof verwerpt dit verweer eveneens en acht zich ook bevoegd een schadevergoeding op grond van art. 50 toe te kennen, indien de onmogelijkheid van *restitutio in integrum* voortvloeit uit de aard van de schending. Het Hof overweegt:

> 'Assurément, les traités internationaux auxquels le texte de l'article 50 a été emprunté avaient plus spécialement en vue le cas où la nature de la lésion permettrait d'effacer en entier les conséquences d'une violation, mais où le droit interne de l'Etat en cause y fait obstacle. Néanmoins, les termes de l'article 50, qui reconnaissent à la Cour la compétence d'accorder à la partie lésée une satisfaction équitable, couvrent aussi

138 Arrest *De Wilde, Ooms en Versyp* tegen België van 18 juni 1971, A-12.
139 A-14, p. 8-9, § 16.

> l'hypothèse où l'impossibilité de restitutio in integrum résulte de la nature même de la lésion; bien mieux, le sens commune indique qu'il doit a fortiori en être ainsi. En effet, la Cour n'aperçoit pas pourquoi elle ne serait dans ce dernier cas, tout comme dans le premier, en droit d'assurer aux personnes lésées la satisfaction équitable qu'elles n'auraient pas obtenue du gouvernement de l'Etat intéressé.'[140]

In hun gezamenlijke 'separate opinion' trekken de rechters HOLMBÄCK, ROSS en WOLD van leer tegen deze ruime interpretatie van het Hof. Het Hof heeft naar hun mening slechts de bevoegdheid schadevergoeding op grond van art. 50 toe te kennen in geval het nationale recht in kwestie volledige schadevergoeding niet mogelijk maakt.[141]

In zijn 'separate opinion' in deze zaak neemt rechter VERDROSS een tussenpositie in. Hij leidt uit de tekst van art. 50 af, dat het Hof alvorens te beslissen over de toekenning van schadevergoeding moet onderzoeken of het slachtoffer voldoende compensatie kan verkrijgen ingevolge het nationale recht van de staat in kwestie. Indien dit het geval is, is het volgens VERDROSS in overeenstemming met de geest en het systeem van het verdrag dat het Hof de veroordeelde staat eerst de mogelijkheid geeft het slachtoffer adequate compensatie te verstrekken via de nationale procedures. Het Hof behoudt echter de bevoegdheid om zich ervan te verzekeren dat deze genoegdoening op adequate wijze wordt toegekend binnen een redelijke, door het Hof vastgestelde termijn.[142] Rechter MOSLER zit in zijn 'separate opinion' op dezelfde lijn als VERDROSS. Bovendien zou volgens hem in geval het Hof niet onderzoekt of het nationale recht voldoende compensatiemogelijkheden biedt, de aangeklaagde staat de optie verliezen om met eigen middelen gehoor te geven aan het arrest waarin een verdragsschending is geconstateerd. Een en ander zou deze staat ontmoedigen in zijn nationale recht bepalingen te introduceren die bestemd zijn om compensatie te garanderen.[143] Het Hof heeft ook deze interpretatie niet gevolgd en vastgehouden aan bovengenoemde ruime uitleg van zijn bevoegdheid ex art. 50 een billijke genoegdoening toe te kennen.[144]

140 A-14, § 20.

141 A-14, p. 13-15.

142 A-14, p. 16.

143 A-14, p. 17-20, met name p. 19, § 6.

144 Zie over de interpretatie van art. 50 onder meer: A.F. Panzera, Le pouvoir de la Cour Européenne des Droits de l'Homme d'accorder une satisfaction équitable à la partie lésée, in: *Les clauses facultatives de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Edizioni Levante, Bari, 1974, p. 255-263, tevens verschenen onder de titel Il potere della Corte europea dei diritti dell'uomo di accordare un'equa riparazione alla parte lesa, *Revista di Diritto Europeo* 1974 (Vol. 14), p. 317-325; R. Pelloux, Le contentieux de l'indemnité devant la Cour Européenne, in: *Mélanges Michel Stassinopoulos*, Paris, 1974, p. 397-404; L.F. Gainen, The Application of Article 50 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: the Vagrancy Cases and the Ringeisen Case, *New York University Journal of International Law and Politics* Vol. 7 (1974), p. 177-189; M. Miele, L'art. 50 della convenzione europea sui diritti dell'uomo e le sue prime applicazioni giurisprudenzali, in: *Studi in onore di Manlio Udina*, Tomo I, Milano, 1975, p. 539-550; P. de Gasquet, *Essai d'interprétation de l'article 50 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Raad van

In het arrest *Ringeisen* komt de Oostenrijkse regering ook met het verweer, dat de klager eerst de nationale mogelijkheden tot compensatie had dienen te beproeven. Het Hof verwerpt dit verweer en onderstreept de ruime uitleg van zijn bevoegdheid ex art. 50:

> 'Sans doute faut-il, pour que la Cour puisse appliquer l'article 50, qu"il y ait lieu" ou, comme le dit le texte anglais, que la chose soit nécessaire ("if necessary"), mais cette nécessité existe dès que le gouvernement mis en cause refuse au requérant la réparation que celui-ci juge légitime.'[145]

Een ander verweer van de regering houdt in, dat de klager voor de compensatie een nieuwe klacht bij de Commissie moet indienen, nu art. 52 luidt: 'the judgment of the Court shall be final'. Ook dit verweer verwerpt het Hof:

> 'On témoignerait d'un formalisme étranger au droit international si l'on avançait que la Cour ne peut appliquer l'article 50 qu'à condition soit de statuer à ce sujet dans l'arrêt même relevant une violation, soit d'avoir dans cet arrêt expressément maintenu ouverte la procédure.'[146]

In zijn eerste arresten onderzoekt het Hof in de regel of er geen nationale mogelijkheden om de schade te herstellen voorhanden waren, die de klager eerst had dienen te beproeven alvorens in Straatsburg compensatie te vragen. Hierboven bleek reeds dat het Hof voor de klager geen zware eisen aan deze voorwaarde stelt. Het Hof acht zich in beginsel bevoegd een schadevergoeding op grond van art. 50 toe te kennen, indien de klager een claim indient.

Europa, Straatsburg, 1983; F. Castro-Rial Garrone, *La protección individual y el derecho de reparación en el convenio europeo de derechos humanos*, Madrid, 1985, ongepubliceerd proefschrift in twee banden, met name p. 845-858; Van Dijk/Van Hoof 1990, p. 189-204; Velu/Ergec 1990, p. 1027-1040; J.G. Merrils, *The development of international law by the European Court of Human Rights*, Manchester, 1993, p. 63-66; M. Enrich Mas, Right to Compensation under Article 50, in: *The European System for the Protection of Human Rights*. Edited by R.St.J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold, Dordrecht, Boston, London, 1993, p. 775-790; J.L. Sharpe, Article 50, in: *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Paris, 1995, p. 809-842 en D.J. Harris, M O'Boyle en C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London, 1995, p. 682-688; H.C. Krüger, Reflections on Some Aspects of Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights, in: *Liber amicorum M.A. Eissen*, Bruxelles, 1995, p. 255-269; Y. Klerk, De toekenning van een billijke genoegdoening door het Europees Hof voor de rechten van de mens, *NTB* 1996, p. 193-201 en J. Frowein en W. Peukert, *Europäische MenschenRechtsKonvention*, EMRK-Kommentar, 2. Auflage, Kehl, Strasbourg, Arlington. 1996, p. 667-722.

145 Arrest *Ringeisen* tegen Oostenrijk van 22 juni 1972 (art. 50), A-15, p. 9, § 22.

146 A-15, § 18; zie in dit verband ook Ch. Vallée, Une application de l'article 50 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, *Revue Générale de Droit International Public*, 1972, p. 1105-1110.

3.7.3 De verhouding tussen art. 50 en art. 5 lid 5

In de zaak *Neumeister* voert de Oostenrijkse regering aan, dat de klager op grond van art. 25 een nieuwe klacht bij de Commissie moet indienen wegens schending van art. 5 lid 5.[147] Volgens de regering derogeert art. 5 lid 5 als *lex specialis* aan de *lex generalis* van art. 50 en is laatstgenoemd artikel derhalve niet van toepassing in gevallen van schending van de vrijheid van persoon. Het Hof verwerpt dit verweer: art. 5 lid 5 en art. 50 bevinden zich op verschillende niveaus, alhoewel ze beide handelen over compensatie. Art. 5 lid 5 bevat een materieel recht ('rule of substance') en bevindt zich tussen de 'normatieve' bepalingen van Afdeling I van het verdrag. Art. 50 bevat een regel van bevoegdheid ('rule of competence'), geplaatst in Afdeling IV van het Verdrag. Het Hof concludeert, dat art. 5 lid 5 één van de materiële bepalingen is, waarmee het Hof bij het uitoefenen van zijn bevoegdheid op grond van art. 50 rekening dient te houden.[148]

De Commissie heeft art. 5 lid 5 aanvankelijk anders uitgelegd. In de zaak *Wemhoff* is de Commissie unaniem van mening, dat zij de claim van de klager voor compensatie op grond van art. 5 lid 5 pas in behandeling kan nemen, nadat het Hof of het Comité van Ministers een beslissing heeft genomen over de vraag of art. 5 lid 3 al dan niet is geschonden.[149] In haar ontvankelijkheidsbeslissing in de zaak *Huber* tegen Oostenrijk komt de Commissie hier op terug:

> 'Après nouvel examen, la Commission serait encline à revoir ou à nuancer sa jurisprudence antérieure et à admettre que, dans le cas où un manquement aux paragraphes 1-4 a été établi par un tribunal national - soit directement, si lesdites dispositions font partie du droit interne, soit en substance - le requérant qui s'est vu refuser réparation peut saisir la Commission d'un manquement à l'article 5, § 5 après épuisement des voies de recours interne à cet égard.'[150]

In het arrest *Van Droogenbroeck* is het Hof van mening, dat klager geen materiële schade heeft geleden door de schending van art. 5 lid 4, maar wel immateriële schade die niet geheel is gecompenseerd door de constatering van een schending in het arrest betreffende de hoofdzaak.[151] Gezien art. 5 lid 5 – een substantiële regel waarmee

147 Arrest *Neumeister* tegen Oostenrijk van 7 mei 1974 (art. 50), A-17.

148 A-17, § 30; zie in dit verband ook mijn noot onder EHRM 27 september 1990, *Wassink* tegen Nederland, Schadevergoeding bij onrechtmatige detentie, *NJCM-Bulletin* 16-5 (1991), p. 448-458 (met name p. 456).

149 Rapport van de Commissie van 1 april 1966 in de zaak *Wemhoff* tegen Duitsland, CEDH Série B, Vol. 5, p. 90.

150 Beslissing van 5 juli 1976, *D & R* Vol. 6 (May 1977), p. 65-75, met name p. 69 en 74.

151 Arrest *Van Droogenbroeck* tegen België van 25 april 1983 (art. 50), A-63; het arrest in de hoofdzaak is van 24 juni 1982, A-50.

het Hof rekening moet houden bij de uitoefening van zijn bevoegdheid ex art. 50 – kent het Hof klager een schadevergoeding toe.[152] Het Hof refereert hier in identieke bewoordingen aan art. 5 lid 5 als in de zaak *Neumeister*,[153] alhoewel de klager geen beroep op dit artikel heeft gedaan en het Hof zich over schending van art. 5 lid 5 niet heeft uitgelaten.

3.7.4 Aan wie kent het Hof de billijke genoegdoening toe?

Het valt op dat de getroffen partij met een kleine letter geschreven staat ('partie lésée' en 'injured party'), terwijl de verdragspartijen steeds met een hoofdletter worden aangeduid ('Partie Contractante' en 'High Contracting Party'). In het beginstadium van het bestaan van het verdrag werd in de doctrine veel aandacht besteed aan de vraag wie nu precies onder 'partie lésée' moest worden verstaan. In het traditionele volkenrecht ging het immers in principe altijd om de verhouding tussen (verdrags-)staten. In geval van statenklachten (art. 24) betreft het inderdaad de traditionele interstatelijke verhouding. Indien echter sprake is van individuele klachten, gaat het om de verhouding individu-staat. De doctrine is het er over eens dat met 'partie lésée' – in geval van een particuliere klacht – de individuele klager wordt bedoeld. Men wijst er in dit verband met name op, dat de verdragspartijen steeds met een hoofdletter worden aangeduid, terwijl de getroffen partij met kleine letter wordt vermeld. Verder wordt gewezen op de 'collectieve garantie' die het verdrag beoogt te geven.[154]

Resumerend kan worden gezegd, dat art. 50 enerzijds weliswaar is gebaseerd op soortgelijke bepalingen uit oude internationale arbitrageverdragen, maar dat dit artikel daar anderzijds wezenlijk van verschilt in die zin dat de partij aan wie een compensatie kan worden toegekend – meestal – een individu is, terwijl in de arbitrageverdragen dit altijd een staat is. Dit laatste neemt niet weg dat de compensatie vaak in feite is bedoeld voor getroffen individuen. Tegenwoordig staat het geheel buiten twijfel dat de 'injured party' uit art. 50 – in geval van een particuliere klacht – betrekking heeft op de individuele klager. Het Hof heeft in het *Landloperij*-arrest duidelijk gemaakt, dat met de 'getroffen partij' uit art. 50 het 'slachtoffer' uit art. 25 wordt bedoeld.[155]

152 A-63, § 13.

153 A-17, § 30.

154 M. Tardu, Le droit de recours des particuliers devant une organe international. Recents dévéloppements dans le cadre de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, *Revue du Droit international pour le Moyen-Orient*, Cinquième Année (1956) No. 1, p. 36; Golsong 1958, p. 106; M.A. Eissen, La Cour Européenne des Droits de l'Homme, in: *Annuaire Français de Droit Internationale* 1959 (Vol. V), p. 654; Vis 1961, p. 282-283; G. Weil, *The European Convention on Human Rights*, Leyden, 1963, p. 162-163; Guradze 1968, p. 247; Ph. Vegleris, Modes de redressement des violations de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, in: *Mélanges offerts à Polys Modinos*, 1968, p. 379. K. Vasak, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, 1964, p. 186, is terughoudender dan bovengenoemde schrijvers: volgens hem kan de 'partie lésée' in bepaalde gevallen de individuele klager zijn.

155 Arrest *De Wilde, Ooms en Versyp* van 10 maart 1972 (art. 50), A-14, § 23.

3.7.5 Wat kan deze billijke genoegdoening inhouden?

Op grond van art. 50 kan het Hof een financiële compensatie toekennen voor zowel materiële als immateriële schade. Daarnaast kan het Hof, indien zich een geval voordoet dat zich daarvoor leent, een *restitutio in integrum* opleggen.[156] Voor sommige auteurs is 'satisfaction équitable' een synoniem voor schadevergoeding ('dommages-interêts').[157] Andere auteurs zijn echter van mening, dat deze interpretatie te restrictief is en een *restitutio in integrum* zeker ook onder art. 50 kan vallen.[158]

Het Hof kan ook een morele genoegdoening toekennen door de openbaarmaking van een arrest waarin het constateert, dat een staat het verdrag heeft geschonden.[159] In hoofdstuk 6 zal blijken dat het Hof veelvuldig van deze mogelijkheid gebruik heeft gemaakt.

Uit de 'Travaux Préparatoires' blijkt dat de meningen waren verdeeld over de vraag welke bevoegdheden het Hof diende te hebben. De Raadgevende Vergadering had onder aanvoering van TEITGEN het volgende artikel voorgesteld:

> 'Art. 24. The verdict of the Court shall order the State concerned:
> 1) to annul, suspend or amend the incriminating decision;
> 2) to make reparation for damage caused;
> 3) to require the appropriate penal, administrative or civil sanctions to be applied to the person or persons responsible.'[160]

Het Comité van Ministers stelde vervolgens het huidige art. 50 voor. TEITGEN leverde hier zeer zware kritiek op. De nadruk werd volgens hem ten onrechte gelegd op nationale rechterlijke uitspraken, terwijl het naar zijn mening veeleer zou gaan om nationale wettelijke en administratieve maatregelen die in strijd komen met de in het verdrag neergelegde garanties. TEITGENS andere bezwaar was dan ook dat de tekst van art. 50 suggereert dat de enige vorm van herstel compensatie is. Het artikel bepaalt niet dat het Hof de bevoegdheid heeft de nietigheid of ongeldigheid uit te spreken

156 Vis 1961, p. 286; Vegleris 1968, p. 378.

157 M. Merle, La Convention Européenne des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Vol. LXVII, No. 3, juillet-septembre 1951, p. 722.

158 Tardu 1956, p. 38; C.Th. Eustathiadès, La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le Statut du Conseil de l'Europe, *Die Friedenswarte, Blätter für internationales verständigung und zwischenstaatliche organisation*, Band 53, 1955/56, p. 56-57.

159 Golsong 1958, p. 105.

160 *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights Volume I*, Den Haag, 1975, p. 212.

van de regel, wet of beslissing die in strijd is met het verdrag. TEITGEN zette zijn argument kracht bij met de volgende woorden:

> 'Si, demain, la France sombrait dans un régime de dictature et si son dictateur supprimait la liberté de la presse, la Cour Européenne donnerait-elle un franc de dommages-intérêts à tous les Français pour réparer le tort que leur aurait causé la suppression de cette liberté fondamentale? Cela n'a pas de sens.
> Si l'on veut que la Cour Européenne aboutisse vraiment à la garantie des droits que nous lui avons confiés, il faut lui reconnaître compétence pour prononcer, au besoin, la nullité des lois et des décrets portant violation de la Convention.'[161]

Ondanks TEITGENS krachtige tegenwerpingen heeft het Comité van Juridische Experts art. 50 in zijn huidige redactie ingevoerd, aangezien dit in overeenstemming zou zijn met het internationale recht inzake de schending door een staat van een internationale verplichting.[162]

3.7.6 Protocol No. 11

Het op 11 mei 1994 voor ondertekening opengestelde Protocol No. 11 voorziet in een ingrijpende wijziging van het Straatsburgse toezichtstelsel. Het Protocol beoogt de procedure in Straatsburg te vergemakkelijken en te versnellen door de Europese Commissie en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens te fuseren tot één permanent Hof. In het algemeen zullen zaken worden afgedaan door een kamer van zeven rechters, terwijl in uitzonderlijke gevallen een soort van 'intern appel' openstaat op een grote kamer van zeventien rechters. De kamer van zeven rechters kan een aanhangige zaak ook verwijzen naar de grote kamer, indien de zaak een belangrijke kwestie over de uitleg van het verdrag oproept.[163] Het Protocol zal één jaar nadat alle verdragssstaten het hebben geratificeerd in werking treden.

In het Protocol wordt de tekst van art. 50 bondiger geformuleerd en opgenomen onder art. 41:

> '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.'

161 *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights Volume V*, Den Haag, 1979, p. 300-303.

162 Weil 1963, p. 162.

163 Zie onder meer H.G. Schermers, The Eleventh Protocol to the European Convention on Human Rights, *European Law Review*, Vol. 19 No. 4 (August 1994), p. 367-384, die enkele punten van kritiek levert op het Protocol. Hij maakt met name bezwaar tegen het feit dat twee leden van de kamer in eerste aanleg ook deel uitmaken van de grote kamer; een en ander is moeilijk te accepteren gezien de jurisprudentie van het EHRM inzake art. 6 EVRM en de rechterlijke onpartijdigheid (zie p. 374).

Met deze nieuwe tekst zijn echter geen inhoudelijke wijzigingen beoogd.[164] Het is wel denkbaar dat de grote kamer een uitspraak van een kamer moet beoordelen, inclusief de beslissing inzake de toekenning van een billijke genoegdoening.[165]

3.8 Art. 3 van Protocol No. 7: Schadevergoeding bij gerechtelijke dwaling

Art. 3 van het Zevende Protocol luidt in de authentieke verdragstalen:

> 'When a person has by a final decision been convicted of a criminal offence and when subsequently his conviction has been reversed, or he has been pardoned, on the ground that a new or newly discovered fact shows conclusively that there has been a miscarriage of justice, the person who has suffered punishment as a result of such conviction shall be compensated according to the law or the practice of the State concerned, unless it is proved that the non-disclosure of the unknown fact in time is wholly or partially attributable to him.'

> 'Lorsqu'une condamnation pénale définitive est ultérieurement annulée, ou lorsque la grâce est accordée, parce qu'un fait nouveau ou nouvellement révélé prouve qu'il s'est produit une erreur judiciaire, la personne qui a subi une peine en raison de cette condamnation est indeminisée, conformément à la loi ou à l'usage en vigueur dans l'Etat concerné, à moins qu'il ne soit prouvé que la non-révélation en temps utile du fait inconnu lui est imputable en tout ou en partie.'

In de Nederlandse vertaling:

> 'Wanneer iemand wegens een strafbaar feit onherroepelijk is veroordeeld en het vonnis vervolgens is vernietigd of wanneer hem daarna gratie is verleend, op grond van de overweging dat een nieuw of een pas aan het licht gekomen feit onomstotelijk aantoont dat van een gerechtelijke dwaling sprake is, wordt degene die als gevolg van die veroordeling straf heeft ondergaan schadeloos gesteld overeenkomstig de wet of de praktijk van de betrokken Staat, tenzij wordt aangetoond dat het niet tijdig bekend worden van het onbekende feit geheel of gedeeltelijk aan hem te wijten is.'

Deze bepaling geeft onder bepaalde voorwaarden degene die ten gevolge van een gerechtelijke dwaling een straf heeft ondergaan een recht op schadevergoeding.

164 Zie onder meer *NJCM-Bulletin* 19-4 (1994), p. 406 e.v. voor de tekst van het Elfde Protocol en de 'Memorie van Toelichting'.

165 Zie Flauss 1995, p. 29.

In de eerste plaats dient de betrokken persoon bij onherroepelijke uitspraak te zijn veroordeeld voor het plegen van een strafbaar feit en de opgelegde straf te hebben ondergaan.

In de tweede plaats is vereist dat een nieuw of net ontdekt feit onomstotelijk aantoont dat sprake is van een gerechtelijke dwaling. Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat derhalve, indien de veroordeling wordt vernietigd of gratie wordt verleend op enige andere grond. Bovendien legt het artikel geen regels vast ten aanzien van de aard van de te volgen procedure om een gerechtelijke dwaling vast te stellen. Dit is een zaak van het nationale recht of de praktijk van de betrokken staat.

In de derde plaats bestaat geen recht op compensatie volgens art. 3, indien wordt aangetoond dat het niet tijdig bekend worden van het onbekende feit geheel of gedeeltelijk is te wijten aan de veroordeelde persoon.

Indien aan al deze voorwaarden voldaan is, dient compensatie betaald te worden 'according to the law or the practice of the State concerned.' Het nationale recht van de betrokken staat dient derhalve te voorzien in een recht op schadevergoeding voor de gevallen waarop het artikel van toepassing is. De bedoeling van het artikel is om staten te verplichten personen slechts te compenseren in duidelijke gevallen van gerechtelijke dwalingen, in de zin dat vaststaat dat deze personen onschuldig waren. Het recht op schadevergoeding bestaat derhalve niet als de vernietiging van de veroordeling is gebaseerd op een nieuw feit dat slechts redelijke twijfel aan de schuld van de veroordeelde heeft opgewekt.[166]

Een verschil met de schadevergoedingsbepaling van art. 5 lid 5 is, dat voor het recht op schadevergoeding ingevolge art. 3 van het Zevende Protocol niet is vereist dat een verdragsrecht is geschonden. Daarnaast heeft art. 5 slechts betrekking op onrechtmatige vrijheidsberoving, terwijl het bij art. 3 van Protocol No. 7 ook kan gaan om andere dan vrijheidsbenemende straffen, bijvoorbeeld een geldboete.

Ook tussen de authentieke verdragsteksten vallen enige verschillen in het oog. Art. 5 lid 5 spreekt van 'an enforceable right to compensation', terwijl art. 3 de zinsnede 'shall be compensated' bevat. De Franse tekst van art. 5 lid 5 luidt onder meer 'droit à réparation', waar art. 3 spreekt van 'est indemnisée'. Bovendien wordt in art. 3 van het Zevende Protocol het recht op schadeloosstelling afhankelijk gesteld van 'de wet of de praktijk' van de betrokken staat. Deze formulering laat de mogelijkheid open dat de nationale rechtsordeningen voorzien in een recht op compensatie dat niet alle materiële en immateriële schade vergoed. Een rechtvaardiging voor dit

166 Zie uitvoerig het Explanatory Report bij artikel 3 van het Zevende Protocol, *Schuurman en Jordens* nr. 74-Ia, 1992, p. 668-670.

verschil is dat het bij art. 5 gaat om een onwettige detentie, terwijl het bij art. 3 gaat om een achteraf ten onrechte ondergane straf.[167]

Art. 3 van het Zevende Protocol vindt zijn pendant in art. 14 lid 6 IVBPR, met als enige verschil dat dit laatste artikel schadeloosstelling voorschrijft overeenkomstig de nationale wet en niet tevens verwijst naar de nationale praktijk. Wat precies wordt bedoeld met de verwijzing naar de nationale praktijk in art. 3 van het Zevende Protocol is onduidelijk. Volgens VAN DIJK en VAN HOOF voegt deze zinsnede niets toe aan 'de nationale wet' en kan slechts aanleiding tot verwarring geven. Naar hun mening was het beter geweest als aansluiting was gezocht bij de terminologie van art. 5 lid 5 EVRM, dat spreekt van een 'enforceable right to compensation'.[168]

De verwijzing in het IVBPR naar de nationale wet betekent overigens niet dat de verdragsstaten bevoegd zijn voorwaarden te stellen die verder gaan dan art. 14 lid 6. Dit artikel vereist wetgeving die in detail de modaliteiten regelt van de compensatie, alsook de hoogte van de toe te kennen bedragen, in het bijzonder bij immateriële schade.[169]

3.9 Schadevergoeding bij schending van andere mensenrechtenverdragen

3.9.1 Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten

Het toezicht op het IVBPR wordt uitgeoefend door het Mensenrechtencomité te Genève. Op grond van art. 2 van het Facultatieve Protocol kunnen burgers een klacht bij het Mensenrechtencomité indienen als zij menen dat hun rechten uit het IVBPR zijn geschonden en de aangeklaagde staat dit Protocol heeft geratificeerd. Het Mensenrechtencomité spreekt zich in zijn zogenaamde 'inzichten' ('views') uit over de vraag of de verdragspartij in kwestie haar verdragsverplichtingen al dan niet heeft geschonden (art. 5 lid 4 Facultatief Protocol). Een in het oog springend verschil met de arresten van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens is dat de inzichten van het Comité juridisch niet bindend zijn.[170]

Opmerkelijk is dat het Comité vaak niet volstaat met het oordeel over de vraag of het IVBPR is geschonden maar tevens aangeeft hoe de staat in kwestie het beste

167 Zie S. Trechsel, Das Verflixte Siebente? Bemerkungen Zum 7. Zusatzprotokoll Zur EMRK, in: *Fortschritt im Bewusstsein der Grund- und Menschenrechte*. Festschrift für Felix Ermacora, Kehl, 1988, p. 205-207, die kritiek uitoefent op de strenge voorwaarden die art. 3 aan het recht op schadeloosstelling stelt.

168 Van Dijk/Van Hoof 1990, p. 567-568.

169 Nowak 1993, p. 271.

170 T. Zwart, *The Admissibility of Human Rights Petitions*, dissertatie Leiden, 1994, p. 19.

zou kunnen handelen gezien het oordeel van het Comité. Het Mensenrechtencomité kan de betrokken staat bijvoorbeeld aanbevelen 'adequate compensation' aan het slachtoffer te betalen. Het probleem is echter dat dergelijke aanbevelingen, anders dan de toekenningen van het EHRM op grond van art. 50 EVRM, juridisch niet bindend zijn. Het Comité heeft daarmee geen sterk wapen in de strijd tegen staten die weigeren het slachtoffer een 'adequate compensatie' te betalen. Het Comité wijst in dit verband op de volkenrechtelijke verplichting om aangegane overeenkomsten te goeder trouw ten uitvoer te leggen en de mogelijkheid het slechte gedrag van de staat te melden in de jaarlijkse rapportage aan de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties.[171]

Het Comité spreekt zich niet uit over de hoogte van de toe te kennen schadevergoeding. De bepaling van de aard en de omvang van de toe te kennen 'adequate compensation' worden aan de aangeklaagde staat overgelaten. Wel wil het Comité binnen 90 dagen vernemen op welke wijze de aanbeveling is nagekomen. Daarnaast kan het Comité een aanbeveling doen van een compensatie in een niet-financiële vorm, zoals de onmiddellijke invrijheidstelling van een ter dood veroordeelde klager.[172] Ook kan het Comité andere stappen aangeven die de aangeklaagde staat zou moeten nemen om gehoor te geven aan het oordeel van het Comité, bijvoorbeeld welke wijzigingen in de wetgeving zijn geboden.[173] MCGOLDRICK beoordeelt deze praktijk van het Mensenrechtencomité, waarbij precies wordt aangegeven welke 'verplichtingen' voor de staat in kwestie uit het oordeel van het Comité volgen, als zeer positief, bijvoorbeeld vergeleken met de praktijk van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Het EHRM spreekt zich slechts uit over de vraag of het EVRM al dan niet is geschonden en kent eventueel op grond van art. 50 een schadevergoeding toe. Het acht zich echter niet bevoegd om precies aan te geven welke stappen de veroordeelde staat zou moeten nemen om de uitspraak van het EHRM in acht te nemen.[174]

3.9.2 Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van elke vorm van rassendiscriminatie

Op grond van art. 14 van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van elke vorm van rassendiscriminatie (IVRD) kan het toezichthoudend Comité klachten ('communications') in behandeling nemen van personen die beweren het slachtoffer te zijn van een schending van het verdrag, mits de verdragspartij in kwestie dit individuele klachtrecht bij het Comité heeft erkend. Op grond van art. 14 lid 7 sub

171 A.J.Th. Woltjer, 30 jaar co-existence, in: *45 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens 1950-1995*, Speciaal nummer NJCM-Bulletin, Leiden, 1996, p. 98.

172 Woltjer 1996, p.99.

173 Zie voor vele voorbeelden D. McGoldrick, *The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford, 1994, p. 152-153.

174 McGoldrick 1994, p. 153; zie verder hoofdstuk 5 § 5.1.5.

(b) kan het Comité zijn eventuele suggesties en aanbevelingen aan de betrokken verdragsstaat en de individuele klager sturen. Net als de 'views' van het Mensenrechtencomité zijn deze suggesties en aanbevelingen niet bindend. Vooralsnog heeft het Comité slechts in vijf zaken uitspraak gedaan. Evenmin als het Mensenrechtencomité heeft het Rassendiscriminatiecomité de bevoegdheid om op grond van het IVRD schadevergoeding toe te kennen. Wel heeft het Rassendiscriminatiecomité net als het Mensenrechtencomité de mogelijkheid om een 'adequate compensation' aan te bevelen.

In zijn eerste uitspraak is het Comité van oordeel dat de Nederlandse overheid het recht op arbeid van een zwangere Turkse werkneemster niet heeft beschermd. Het Comité doet de Nederlandse overheid de aanbeveling zich ervan te vergewissen of de klaagster inmiddels werk heeft, en zo niet, er zorg voor te dragen dat ze ander werk krijgt en/of 'to provide her with such other relief as may be considered equitable.'[175] Inmiddels heeft de Nederlandse staat de klaagster een geldbedrag *ex gratia* betaald.[176]

3.9.3 Amerikaanse Conventie voor de Rechten van de Mens

Art. 63 van de Amerikaanse Conventie voor de Rechten van de Mens geeft het Inter-Amerikaanse Hof voor de Rechten van de Mens onder meer de bevoegdheid om schadevergoeding toe te kennen na constatering van een schending van de Conventie. Net als het EHRM (art. 50 EVRM) is de bevoegdheid voor het Amerikaanse Hof voor de Rechten van de Mens om schadevergoeding toe te kennen expliciet in de verdragstekst terug te vinden. Op deze plaats zij verder verwezen naar hoofdstuk 5, waar een vergelijking zal worden gemaakt tussen de bevoegdheden van het Amerikaanse Hof voor de Rechten van de Mens om schadevergoeding toe te kennen en die van zijn Europese tegenhanger.[177]

3.10 Conclusie

Het EVRM is een volkenrechtelijk document met als bijzonderheid dat individuele burgers ten opzichte van een aansprakelijke staat onder bepaalde voorwaarden een *locus standi* bezitten voor een internationaal orgaan. De bevoegdheid van het EHRM om op grond van art. 50 EVRM na constatering van een verdragsschending een 'billijke genoegdoening' ten laste van de aansprakelijke staat op te leggen is, enerzijds

175 Communication No. 1/1984, opinion van het Comité ter uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie van 10 augustus 1988 in de zaak *Yilmaz-Dogan* tegen Nederland; zie *NJCM-Bulletin* 13-7 (1988), p. 687-696 met noot C. Flinterman.

176 Zie het negende periodieke rapport van Nederland uit 1989 aan het Rassendiscriminatiecomité, CERD/C/184/ Add. 4, p. 7 (5 February 1990).

177 Zie hoofdstuk 5 § 5.1.5.

gebaseerd op uitgangspunten van het algemene volkenrecht maar neemt anderzijds ook een bijzondere plaats in, aangezien de genoegdoening toekomt aan het individuele slachtoffer van een schending van de in het EVRM neergelegde rechten.

BIJZONDER DEEL

Inventarisatie en analyse van de Straatsburgse jurisprudentie met betrekking tot artikel 50 EVRM

HOOFDSTUK 4

Procedurele kwesties in verband met artikel 50

4.1 Positie van de individuele klager in de procedure voor het Hof

Op grond van art. 25 EVRM kan een ieder die beweert slachtoffer te zijn van een in het verdrag opgenomen recht een klacht indienen bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens. Individuele klagers hebben derhalve *locus standi* voor de Commissie. Voor het Hof ligt dit anders, nu art. 44 EVRM uitdrukkelijk bepaalt: 'Alleen de Hoge Verdragsluitende Partijen en de Commissie hebben het recht zaken aan het Hof voor te leggen.' De Engelse tekst luidt: 'Only the High Contracting Parties and the Commission shall have the right to bring a case before the Court.' De Franse tekst drukt het nog iets sterker uit: 'Seules les Hautes Parties Contractantes et la Commission ont qualité pour se répresenter devant la Cour.'

In zijn eerste arrest, *Lawless* tegen Ierland, heeft het Hof de procedurele positie van de individuele klager verduidelijkt. In deze zaak stelt de Ierse regering, dat de individuele klager geen enkele actieve rol speelt in het verloop van de procedure voor het Hof. Zij beroept zich hierbij met name op de Franse tekst van art. 44 alsmede op de 'travaux préparatoires' van het verdrag. Volgens de Ierse regering is het duidelijk dat een individu nooit het recht heeft om als partij voor het Hof te verschijnen, noch te worden vertegenwoordigd of enige opmerkingen over de feiten of het recht voor het Hof te maken.[1]

Het voornaamste bezwaar van de Ierse regering tegen de functie van de Commissie als vertolkster van het standpunt van de individuele klager is, dat hiermee de onpartijdigheid van de Commissie in twijfel kan worden getrokken. De regering vraagt zich af:

> 'Comment l'existence de cette impartialité pourra-t-elle s'imposer, surtout dans l'esprit du public, s'il existe un lien quelconque entre les conclusions et l'avis de la Commission d'une part, et, d'autre part, l'avis et les observations du requérant individuel?'[2]

1 C.E.D.H. Série B Vol. 1 (1960-1961), p. 216-217 en 277.
2 B-1, p. 289-290.

De Commissie is het niet eens met de Ierse regering.[3] Het oorspronkelijke voorstel van de Europese beweging in 1948 was individuen het recht te geven om hun zaken zelf voor het Hof aanhangig te maken. Een jaar later werd dit recht reeds afgezwakt door er de toestemming van de Commissie aan te verbinden. In een nog later stadium werd ook dit voorstel van tafel geveegd en het huidige art. 48 van het verdrag ingevoegd. Dit artikel geeft alleen de Commissie en bij de zaak betrokken verdragsstaten het recht deze aan het Hof voor te leggen. Op het allerlaatste moment werd het huidige art. 44 ingevoegd, aangezien de regeringen het nodig vonden nog eens ondubbelzinnig duidelijk te maken, dat slechts de verdragspartijen en de Commissie en dus niet individuele klagers het recht hebben een zaak aan het Hof voor te leggen. De Franse tekst van art. 44 lijkt te zijn ontleend aan art. 34 lid 1 van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof, dat luidt: 'Seuls les États ont qualité pour se présenter devant la Cour.' De Engelse tekst spreekt van: 'Only States may be Parties in cases before the Court.'[4]

De Commissie kan zich geheel vinden in het oordeel van de Ierse regering dat de bedoeling van art. 44 is om individuen uit te sluiten van het recht om als procespartij voor het Hof te verschijnen. Uit art. 44 volgt echter niet dat de individuele klager geen enkele rol kan spelen in de procedure voor het Hof. Hij mag dan wel geen procespartij zijn, het is toch zijn zaak die in de procedure centraal staat. De Commissie betwijfelt ten zeerste of de opstellers van het verdrag hebben bedoeld om een zo grote procedurele ongelijkheid tussen het individu en de aangeklaagde staat te creëren.[5] Een dergelijke ongelijkheid zou in strijd komen met het beginsel van 'equality of arms'.[6]

In het arrest *Lawless* deelt het Hof het standpunt van de Commissie en overweegt onder meer:

> 'Considérant, en l'espèce, que le requérant, G. R. Lawless, bien qu'il ne soit pas habilité à saisir la Cour, à comparaître juridiquement devant elle, ou encore à formuler des conclusions par un représentant choisi par lui, est cependant directement intéressé à la procédure qui se déroule devant la Cour; qu'il ne faut pas perdre de vue que le requérant est l'initiateur de l'instance engagée devant la Commission; que dans le cas où la Cour reconnaîtrait le bienfondé de ses griefs, il pourrait être directement affecté par toute décision que la Cour serait amenée à prendre en vertu de l'article 50 de la Convention, sur le fond de l'affaire.'[7]

3 B-1, p. 253 e.v.
4 B-1, p. 256.
5 B-1, p. 257.
6 Zie E. Suy, L'individu devant la cour Européenne des Droits de l'Homme, in: *Colloque internationale sur les droits de l'homme*, Berlin 3.-8. Oktober 1966, p. 107.
7 Arrest *Lawless* tegen Ierland van 14 november 1960 (Exceptions préliminaires et questions de procédure), A-1, p. 14.

Het Hof overweegt dat het zijn plicht is om de belangen van het individu, dat zelf geen partij is in de procedure voor het Hof, te beschermen. Daarmee is het in het belang van een behoorlijke rechtsbedeling dat het Hof kennis neemt van het standpunt van de individuele klager en dit zonodig in overweging neemt.[8] Op de volgende manieren kan het Hof kennis nemen van het standpunt van de individuele klager. In de eerste plaats via het rapport van de Commissie, dat de stellingen van de klager ten aanzien van de feiten en zijn juridische argumenten weergeeft. In de tweede plaats door de schriftelijke en mondelinge opmerkingen van de gedelegeerden en adviseurs van de Commissie. De Commissie is als hoedster van het algemeen belang gerechtigd het standpunt van de klager – ook al deelt zij dit niet – aan het Hof kenbaar te maken. In de derde plaats kan het Hof de klager op grond van zijn Procesreglement als getuige horen.[9]

Bovendien overweegt het Hof dat de Commissie geheel vrij is om te beslissen op welke wijze zij contact met de klager onderhoudt. Zo kan de Commissie de klager uitnodigen een persoon aan te wijzen, die zich ter beschikking stelt van de afgevaardigden van de Commissie; deze persoon heeft echter geen *locus standi in judicio*.[10] In de *Landloperij*-zaak heeft het Hof duidelijk gemaakt dat dit ook de advocaat van de individuele klager kan zijn.[11]

In 1982 is het Procesreglement van het Hof in die zin gewijzigd dat de klager voor het Hof door een advocaat kan worden vertegenwoordigd (art. 30 Procesreglement A, art 31 Procesreglement B, zie de uitleg aan het einde van deze paragraaf). De President van het Hof kan de klager ook toestaan dat hij zelf zijn zaak voordraagt. De klager kan nu onafhankelijk van de Commissie – zelf of via zijn advocaat – zijn standpunt voor het Hof naar voren brengen.

SUY concludeert reeds in 1966, na bestudering van de tekst van het verdrag, het Procesreglement van het Hof en de stand van de jurisprudentie van het Hof, dat de positie van de individuele klager voldoende is gewaarborgd in de procedure voor het Hof. De Commissie beschikt immers over diverse procedurele middelen om het individu in het blikveld van het Hof te brengen en hem zijn standpunt te laten uitleggen. Het gegeven dat de individuele klager de opponent van de aangeklaagde staat is, wordt nog eens ondersteund door art. 50 van het verdrag, op grond waarvan het Hof het slachtoffer van een verdragsschending een billijke genoegdoening kan toekennen ten laste van de veroordeelde staat.[12]

8 A-1, p. 15.
9 A-1, p. 15-16.
10 Arrest *Lawless* tegen Ierland van 7 april 1961, A-2, p. 24.
11 Arrest *De Wilde, Ooms en Versyp* tegen België van 18 november 1970 (Question of procedure), A-12, p. 7.
12 Suy 1966, p. 104-115, met name p. 114-115.

Het Hof heeft door in zijn eerste arrest te beslissen ten gunste van de procedurele positie van de individuele klager, de toon gezet voor de verdere ontwikkeling van zijn jurisprudentie. Het heeft de nadruk gelegd op het doel van het verdrag, namelijk een effectieve bescherming van de rechten van de mens, en minder oog gehad voor de traditionele opvatting van de verdragspartijen dat internationale procedures slechts tussen staten kunnen worden gevoerd.[13]

Het einde van deze gunstige ontwikkeling voor de positie van de individuele klager is nog niet in zicht. Op 6 november 1990 is immers voor ondertekening opengesteld het Negende Protocol bij het verdrag. Dit Protocol voorziet in een amendering van art. 48 waardoor individuele klagers de mogelijkheid krijgen hun ontvankelijk verklaarde klacht aan het Hof voor te leggen, nadat de Commissie rapport heeft uitgebracht op grond van art. 31. Indien de zaak slechts door de individuele klager aan het Hof wordt voorgelegd, dient zich wel eerst een 'panel' van drie rechters uit het Hof over de vraag te buigen of de zaak voor het voltallige Hof zal komen. Dit panel kan bij unanimiteit beslissen dat de zaak niet door het Hof zal worden behandeld, als zij geen serieuze vragen met betrekking tot de uitleg of toepassing van het verdrag oproept en ook niet om een andere reden onderzoek door het Hof noodzakelijk maakt. In dat geval doet het Comité van Ministers de zaak af.[14] Ondanks deze beperking verschaft het Negende Protocol de individuele klager *locus standi* voor het Hof, een ontwikkeling die de staten bij de totstandkoming van het verdrag in 1950 nog niet voor ogen hadden. Het Protocol is op 1 oktober 1994 in werking getreden voor de lidstaten van de Raad van Europa die het hebben geratificeerd.[15]

Met de inwerkingtreding van het Negende Protocol bestaan twee versies van het Procesreglement van het Hof. Procesreglement A, in werking getreden op 1 februari 1994, geldt voor de verdragsstaten die (nog) geen partij zijn bij het Negende Protocol. Voor de staten die het Negende Protocol hebben geratificeerd (in werking getreden op 2 oktober 1994) geldt Procesreglement B.

13 Vgl. J.G. Merrills, *The development of international law by the European Court of Human Rights*, Manchester, 1993, p. 48.

14 Zie hierover *NJCM-Bulletin* 16-1 (1991), p. 72-73.

15 Artikel 7 van Protocol No. 9 bepaalt dat het Protocol in werking treedt op de eerste dag van de maand volgend op het verstrijken van een tijdvak van drie maanden na de datum waarop tien lidstaten van de Raad van Europa hun instemming door het Protocol te worden gebonden tot uitdrukking hebben gebracht. Op 1 januari 1997 hadden 23 staten, waaronder Nederland, het Protocol geratificeerd.

4.2 Rol van de Commissie in de procedure voor het Hof[16]

Art. 48 EVRM bepaalt dat de Commissie een ontvankelijk verklaarde klacht kan voorleggen aan het Hof. Het verdrag zwijgt echter verder over de rol van de Commissie in de procedure voor het Hof. Deze rol van de Commissie is nader ingevuld in het Huishoudelijk Reglement van de Commissie en het Procesreglement van het Hof alsmede in zijn vroege jurisprudentie, met name het arrest *Lawless*.[17]

Art. 1 van Procesreglement A omschrijft 'Parties' als 'those Contracting Parties which are the Applicant and Respondent Parties.'[18] De Commissie is geen partij in de procedure voor het Hof op dezelfde voet als een verdragsstaat. VAN DIJK en VAN HOOF definiëren de rol van de Commissie voor het Hof als die van 'een *amicus curiae*, een onafhankelijke en onpartijdige raadgevende instantie met betrekking tot de feitelijke en juridische vragen ten aanzien van een bij het Hof in behandeling zijnde zaak.'[19]

Art. 63 van het Huishoudelijk Reglement van de Commissie bepaalt dat de Commissie het Hof zal assisteren in iedere zaak die voor het Hof wordt gebracht. Zij benoemt hiertoe een of meer afgevaardigden uit haar midden om deel te nemen aan de behandeling van de zaak voor het Hof. Bovendien kunnen deze afgevaardigden worden bijgestaan door iedere persoon die door de Commissie wordt benoemd. Art. 29 van Procesreglement A van het Hof (art. 30 Procesreglement B) gaat over de verhouding tussen het Hof en de (gedelegeerden van de) Commissie en bepaalt dat het Hof het rapport van de Commissie (ex art. 31 EVRM) in overweging neemt. De rol van de Commissie laat zich het best omschrijven als die van vertegenwoordigster van het algemeen belang in de Raad van Europa. De Commissie spant zich met name in als het – zoals in de meeste gevallen – een zaak betreft tussen een particuliere klager en een verdragsstaat. Er is dan immers geen sprake van twee gelijkwaardige partijen en de Commissie tracht door in de procedure voor het Hof een actieve rol te spelen dit evenwicht enigszins te herstellen.[20] Bij deze rol staan echter de objectiviteit en onpartijdigheid van de Commissie voorop. Voorzitter WALDOCK van de Commissie vat in de zaak *Lawless* de taak van de Commissie voor het Hof pakkend samen:

16 Zie hierover Van Dijk/Van Hoof 1990, p. 178-181.

17 Van Dijk/Van Hoof 1990, p. 178.

18 Art. 1 Procesreglement B spreekt daarnaast ook van 'the private party (...) who lodged a complaint with the European Commission of Human Rights under Article 25 and whose case has been referred to the Court.'

19 Van Dijk/Van Hoof 1990, p. 178; zie nader over de rol van de Commissie als amicus curiae J.P. Loof, *Amicus curiae* in Straatsburg: een rol voor ngo's binnen het EVRM-toezichtmechanisme, in: *45 jaar EVRM*, Speciaal nummer NJCM-Bulletin, Leiden, 1996, p. 13-31, op p. 18-20.

20 Zie Van Dijk/Van Hoof 1990, p. 179.

> 'As defenders of the public interest, we think it our duty to place before you, with all objectivity and impartiality, all the elements of fact and law, which appear to be relevant for you to take into consideration in reaching your decision upon the matters in this case.'[21]

Met de inwerkingtreding van het Negende Protocol is de positie van de individuele klager er wel sterker op geworden, aangezien hij onder bepaalde voorwaarden *locus standi* heeft verkregen in de procedure voor het Hof.

Ook bij de kwestie van toekenning van schadevergoeding op grond van art. 50 speelt de Commissie een rol. Indien de Commissie immers in haar rapport ex art. 31 constateert dat het verdrag is geschonden, doet zij in de regel ook een voorstel aan het Comité van Ministers of het Hof over de toe te kennen schadevergoeding. Deze voorstellen zijn niet openbaar, maar naar verluidt wordt in het algemeen aangesloten bij de bedragen die het Hof in vergelijkbare zaken op grond van art. 50 EVRM heeft toegekend.

Daarnaast kan de Commissie ook een rol spelen bij de totstandkoming van een schikking over de billijke genoegdoening voor het Hof.

4.3 Schikkingen over schadevergoeding voor het Hof

In hoofdstuk 3 bleek reeds het belang van minnelijke schikkingen die na bemiddeling van de Commissie op grond van art. 28 EVRM tot stand komen. Ook voor het Hof kan nog een schikking tot stand komen, al noemt het verdrag deze mogelijkheid niet. Inmiddels zijn enige tientallen van dergelijke overeenkomsten tot stand gekomen. Enerzijds betreft het schikkingen die vóór het wijzen van het arrest van het Hof in de hoofdzaak tot stand zijn gekomen, anderzijds schikkingen nadat het Hof reeds een schending van het verdrag heeft geconstateerd.[22]

Indien het Hof vóór het wijzen van zijn arrest in de hoofdzaak op de hoogte wordt gesteld van een minnelijke schikking tussen partijen, dan kan het op grond van art. 49 lid 2 van zijn Procesreglement A (art. 51 lid 2 Procesreglement B) de zaak van de rol schrappen. Een voorwaarde is wel dat zich hier geen reden van openbare orde tegen verzet. Op grond van art. 49 lid 4 van Procesreglement A (art. 51 lid 4

21 B-1, p. 360.

22 Zie onder meer V.Berger, Le règlement amiable devant la Cour européenne des Droits de l'Homme, in: *Protecting Human Rights: The European Dimension*. Studies in honour of G.J. Wiarda, Köln, Berlin, Bonn, München, 1988, p. 55-63; J. Flauss, Le règlement amiable devant la Cour européenne des droits de l'homme, in: *Les petites affiches*, 24 novembre 1989, no. 141, p. 4-9 en V. Berger, Le règlement amiable devant la Cour, in: *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*. Sous la direction de L.E. Pettiti, E. Decaux et P.H. Imbert, Paris, 1995, p. 783-792.

Procesreglement B) kan het Hof met het oog op zijn verantwoordelijkheden op grond van art. 19 EVRM beslissen dat de behandeling van de zaak toch wordt voortgezet. Het Hof moet immers niet alleen oog hebben voor het individuele belang van de klager, maar ook voor het algemene belang van de naleving van de in het verdrag neergelegde beginselen.

In de meeste gevallen heeft het Hof de zaak met algemene stemmen van de rol geschrapt. Een belangrijk argument is in de regel dat de reikwijdte van de aan de orde zijnde verdragsbepalingen reeds in eerdere jurisprudentie is verduidelijkt. Zo betreft het in het arrest *Demai* een klacht van een met het HIV-virus besmette hemofiliepatiënt die zich beklaagt over de lange duur van de procedure tot schadevergoeding tegen de staat. Hij komt met de Franse regering een schikking overeen (onder meer betaling van 200.000 FF). Het Hof neemt kennis van deze schikking en overweegt dat het geen reden van openbare orde ziet waarom deze zaak niet van de rol zou kunnen worden geschrapt, in het bijzonder gezien het feit dat het Hof reeds jurisprudentie heeft gevestigd op dit terrein.[23]

Niet altijd zijn de rechters unaniem van oordeel dat uitleg van de verdragsbepaling in kwestie voldoende duidelijk is gemaakt in eerdere jurisprudentie. In de zaak *Skoogström* tegen Zweden bijvoorbeeld betreft het een klacht van iemand die in voorlopige hechtenis zat.[24] Hij stelt dat hij niet onverwijld aan een rechter is voorgeleid en dat daarmee art. 5 lid 3 EVRM is geschonden. De klager en de regering komen een minnelijke schikking overeen met de volgende inhoud: de regering zal wetgeving tot stand brengen waarmee wordt voldaan aan de vereisten van art. 5 lid 3 en zij zal de kosten van de klager ad 5.000 Zweedse Kronen vergoeden. Het Hof beslist met vier stemmen tegen drie de zaak van de rol te schrappen. In hun gezamenlijke 'dissenting opinion' menen de rechters WIARDA, RYSSDAL en GANSHOF VAN DER MEERSCH, dat de beslissing om de zaak van de rol te schrappen weliswaar in het belang van de individuele klager is, maar niet het algemene belang van de naleving van de mensenrechten dient. In hun opinie had het Hof een principiële beslissing moeten nemen over de vraag of art. 5 lid 3 al dan niet was geschonden.[25]

In dit verband is vermeldenswaard de uitspraak van het Hof in de zaak *Y* tegen het Verenigd Koninkrijk.[26] In deze zaak gaat het om een klacht van een jongen die als vijftienjarige leerling van een privé-school werd onderworpen aan een lijfstraf. In haar rapport van 8 oktober 1991 is de Commissie van oordeel dat deze lijfstraf een vernederende behandeling in strijd met art. 3 is. Na voorlegging van deze zaak aan het Hof komt alsnog een schikking tot stand waarin de regering zich verbindt £8000

23 Zie het arrest *Demai* tegen Frankrijk van 28 oktober 1994, A-289-C, § 20; het Hof verwijst in dit verband naar de volgende arresten tegen Frankrijk: *X* van 31 maart 1992, A-234-C, *Vallée* van 26 april 1994, A-289-A en *Karakaya* van 26 augustus 1994, A-289-B.

24 Arrest *Skoogström* tegen Zweden van 2 oktober 1984, A-83.

25 A-83, p. 11.

26 Arrest *Y* tegen het Verenigd Koninkrijk van 29 oktober 1992, A-247-A.

aan de klager te betalen, zonder overigens toe te geven dat het verdrag is geschonden. Het Hof beslist unaniem om de zaak van de rol te schrappen en neemt geen reden van openbare orde aan die zich hier tegen verzet. Voor de individuele klager zal dit een bevredigende afsluiting zijn: de zaak is nu eindelijk ten einde en hij krijgt een som geld. Vanuit het algemene belang bij naleving van het verdrag vallen echter enige kanttekeningen te plaatsen bij deze uitspraak. De lijfstraf was namelijk geen incident, maar vormde een onderdeel van de praktijk van lijfstraffen op Britse privé-scholen.[27] Deze uitspraak strookt niet met de beslissing van de Commissie in de zaak *Donnelly en anderen*.[28] De Commissie overweegt in deze zaak dat de bescherming van art. 3 absoluut is en dat een staat niet onder zijn verplichtingen op grond van dit artikel uit kan komen door slechts compensatie te betalen. Ondanks deze bezwaren ben ik van mening dat waarde moet worden gehecht aan de wil van de individuele klager.

De Commissie is zowel in de zaak *Y* als in de zaak *Costello* van oordeel dat het Verenigd Koninkrijk aansprakelijk is op grond van het verdrag, nu de artikelen 1, 3 en 8 een positieve verplichting op verdragsstaten leggen om een wettelijk systeem te verzekeren dat voldoende bescherming biedt aan de fysieke en emotionele integriteit van kinderen.[29] Met de Commissie ben ik van mening dat de Britse regering er zorg voor moet dragen dat de praktijk van lijfstraffen op geen enkele school, privé of openbaar, wordt toegepast.[30]

Een andere zaak waarin vóór het wijzen van het arrest in de hoofdzaak een schikking tot stand is gekomen, is die van *Djeroud* tegen Frankrijk.[31] In deze zaak had de Commissie reeds geoordeeld dat de uitzetting van een op jeugdige leeftijd naar Frankrijk gekomen Algerijn in strijd was met art. 8. Voor het Hof komt echter alsnog een schikking tot stand met de volgende inhoud: intrekking van het uitzettingsbevel, verstrekking van een verblijfsvergunning voor tien jaar en een schadevergoeding van 150.000 FF.

27 Zie bijv. de klacht van *Jeremy Costello* (No. 13134/87) tegen het Verenigd Koninkrijk; in haar rapport van 8 oktober 1991 is de Commissie van oordeel dat art. 8 is geschonden. In zijn arrest van 25 maart 1993 (A-247-B) is het Hof met vijf stemmen tegen vier van mening dat de toegepaste lijfstraf in casu geen vernederende behandeling is in de zin van art. 3 EVRM.

28 Klachtno's 5577-5583/72, *Gerard Donnelly en zes anderen* tegen het Verenigd Koninkrijk, ontvankelijkheidsbeslissing van 15 december 1975, *D & R* Vol. 4 (October 1976), p. 79.

29 *Y* tegen het Verenigd Koninkrijk (No. 14229/88) en *Costello* tegen het Verenigd Koninkrijk (No. 13134/87), ontvankelijkheidsbeslissingen van 13 december 1990.

30 De toepassing van lijfstraffen op openbare scholen is sinds 15 augustus 1987 wettelijk verboden in het Verenigd Koninkrijk; deze wetgeving volgde op het arrest *Campbell & Cosans* van 25 februari 1982, A-48, waarin het Hof deze praktijk in strijd achtte met het recht van ouders om hun kinderen onderwezen te zien in overeenstemming met hun (de ouders) godsdienstige of filosofische overtuigingen (art. 2 Protocol No. 1). Zie in dit verband ook mijn noot onder de arresten *Y* en *Costello-Roberts* tegen het Verenigd Koninkrijk, *NJCM-Bulletin* 18-5 (juli/augustus 1993), p. 570-583.

31 Arrest *Djeroud* tegen Frankrijk van 23 januari 1991, A-191-B.

Het is ook mogelijk dat een schikking ten aanzien van de schadevergoeding tot stand komt, nadat het Hof in het arrest in de hoofdzaak heeft geconstateerd dat een of meer verdragsbepalingen zijn geschonden en waarin het Hof de kwestie van art. 50 heeft aangehouden. Nadat een minnelijke schikking tot stand is gekomen onderzoekt het Hof of deze overeenkomst een 'billijk karakter' heeft in de zin van art. 54 lid 4 van Procesreglement A (art. 56 lid 4 Procesreglement B). Bij bevestigende beantwoording van deze vraag besluit het Hof de zaak van de rol te schrappen.

Een voorbeeld is het arrest *Winterwerp* tegen Nederland. In de hoofdzaak had het Hof reeds geoordeeld dat de artikelen 5 lid 4 en 6 lid 1 waren geschonden in verband met de gedwongen opname van Winterwerp in een psychiatrische inrichting.[32] De na het arrest in de hoofdzaak tot stand gekomen schikking heeft de volgende strekking: de regering zal bevorderen dat Winterwerp zo spoedig mogelijk wordt geplaatst in een gezinsvervangend tehuis en zij zal hem *f*10.000 betalen ten bate van zijn resocialisatie.[33]

In de schikking legt de betrokken regering er meestal de nadruk op dat de overeengekomen prestatie een gunst betreft en dat zij hiertoe geenszins is verplicht op grond van art. 50. In de regel dient de klager te verklaren dat hij zich van verdere (schadevergoedings)acties tegen de staat dient te onthouden. Een schikking kan de klager het volgende opleveren: naast de toekenning van geldbedragen betreft het vaak maatregelen van de overheid die in de buurt van *restitutio in integrum* komen, zoals de verstrekking van een verblijfsvergunning en de doorhaling van een aantekening op het strafblad.

4.4 Wanneer heeft het Hof de bevoegdheid een billijke genoegdoening toe te kennen?

4.4.1 Algemeen

Uit de tekst van art. 50 laten zich enkele voorwaarden lezen voor de bevoegdheid van het Hof om op grond van dit artikel een billijke genoegdoening toe te kennen aan het slachtoffer van een verdragsschending:

> 'Indien het Hof verklaart, dat een beslissing of een maatregel die door een rechterlijke instantie of door enige andere instantie van een Hoge Verdragsluitende Partij is genomen, geheel of gedeeltelijk in strijd is met de verplichtingen die uit dit Verdrag voortvloeien,...';

32 Arrest *Winterwerp* tegen Nederland van 24 oktober 1979, A-33.
33 Arrest *Winterwerp* tegen Nederland van 27 november 1981 (art. 50), A-47, § 7.

'...en indien het nationale recht van deze Partij slechts gedeeltelijk rechtsherstel ten aanzien van de gevolgen van deze beslissing of van deze maatregel toestaat,...';

'... wordt bij de beslissing van het Hof, zo nodig, aan de getroffen partij een billijke genoegdoening toegekend.'

4.4.2 Constatering door het Hof van een verdragsschending

Deze voorwaarde spreekt voor zich. Het Hof kan pas een billijke genoegdoening toekennen, nadat het de schending van een of meer verdragsrechten heeft geconstateerd. De genoemde beslissing of maatregel kan zowel betrekking hebben op een handelen als een nalaten.[34] Het nalaten kan bijvoorbeeld het laten voortbestaan van een lacune in de wet inhouden, waardoor een inbreuk wordt gemaakt op een verdragsrecht.[35]

4.4.3 Voorwaarde van slechts gedeeltelijk rechtsherstel in het nationale recht

In hoofdstuk 3 bleek reeds dat het Hof in zijn eerste arresten geen zware eisen stelt aan de voorwaarde van slechts gedeeltelijk rechtsherstel in het nationale recht.[36] Het Hof acht zich in beginsel bevoegd een billijke genoegdoening op grond van art. 50 toe te kennen, indien de klager een claim indient. In latere jurisprudentie onderzoekt het Hof doorgaans niet of het nationale recht de klager mogelijkheden biedt om compensatie te verkrijgen.[37] Uit het arrest *Luedicke, Belkacem en Koç*, waarin het Hof een schending constateert van het recht op kosteloze juridische bijstand ex art. 6 lid 3 sub e,[38] blijkt zeer duidelijk de ruime uitleg door het Hof van zijn bevoegdheid op grond van art. 50. De Duitse regering spreekt de bereidheid uit volledig te voldoen aan haar verdragsverplichtingen, zonder dat het nodig is een beslissing te nemen op grond van art. 50 teneinde de tenuitvoerlegging van het arrest van het Hof

34 Zie het arrest *De Wilde, Ooms en Versyp* tegen België van 10 maart 1972 (art. 50), A-14, § 22.

35 Zie bijv. het arrest *X en Y* tegen Nederland van 26 maart 1985, A-91, betreffende een lacune in het Nederlandse Wetboek van Strafrecht, waardoor de dader van een sexueel misdrijf jegens een zestienjarig geestelijk gehandicapt meisje niet kon worden vervolgd: schending van het recht op eerbiediging van het privé-leven van het meisje en haar vader (art. 8).

36 Zie hierboven in hoofdstuk 3 § 3.7.2.

37 Zie in dit verband M. Villiger, Die Wirkungen der Entscheide der EMRK-Organe im innerstaatlichen Recht, namentlich in der Schweiz, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Neue Folge Band 104, 1985, p. 469-516 (op p. 485) en J. Polakiewicz, *Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, Heidelberg, 1991, p. 123; volgens Dannemann 1994, p. 51 heeft het Hof dit vereiste impliciet opgegeven met het oog op zijn toegenomen werkdruk.

38 Arrest *Luedicke, Belkacem en Koç* tegen Duitsland van 28 november 1978, A-29.

te verzekeren.[39] Het Hof gaat hier niet op in en neemt wel een beslissing op grond van art. 50.[40]

In veel gevallen maakt de aard van de schending *restitutio in integrum* onmogelijk. Dit speelt met name bij onrechtmatige vrijheidsberoving en overschrijding van de redelijke termijn. Zo concludeert het Hof in het arrest *König* dat de aard van de schending volledig herstel (*restitutio in integrum*) onmogelijk maakt, indien de duur van een procedure de redelijke termijn overschrijdt. De klager kan dan alleen nog een billijke genoegdoening vragen.[41] Zelfs al heeft de klager de mogelijkheid een claim tot schadevergoeding in te dienen voor een rechter in de aansprakelijke staat, dan is het Hof niet verplicht de in Straatsburg ingediende claim voor een billijke genoegdoening op grond van art. 50 af te wijzen.[42] Ook indien de mogelijkheid van volledig herstel (*restitutio in integrum*) in het nationale recht bestaat kan het Hof daarnaast een billijke genoegdoening op grond van art. 50 toekennen.[43] In het arrest *Bönisch* tegen Oostenrijk bijvoorbeeld is het Hof van oordeel dat de klager geen 'fair trial' in de zin van art. 6 lid 1 heeft gehad.[44] De klager dient diverse claims in voor vergoeding van materiële en immateriële schade. De Oostenrijkse regering heeft hier echter bezwaar tegen, aangezien zij heeft geprobeerd *restitutio in integrum* voor de klager te bereiken: de president heeft immers gratie verleend, de opgelegde straffen zijn niet ten uitvoer gelegd en klagers naam is uit het strafregister gehaald. Het Hof acht deze maatregelen echter geen volledige compensatie en kent hem een financiële vergoeding toe voor een 'loss of opportunities' en immateriële schade.[45]

Tijdstip van de beslissing op grond van art. 50

Op grond van art. 54 lid 1 Procesreglement A (art. 56 lid 1 Procesreglement B) kan het Hof de beslissing op grond van art. 50 van het verdrag gelijktijdig met de uitspraak in de hoofdzaak nemen of op een later tijdstip als deze kwestie nog niet rijp is voor een beslissing.

In twee zaken tegen België heeft het Hof, na constatering van een inbreuk op het onpartijdigheidsvereiste van art. 6, de kwestie van art. 50 aangehouden in afwachting van de afloop van de nationale procedures. In het arrest *Piersack* meent

39 A-29, § 56.

40 Arrest *Luedicke, Belkacem en Koç* tegen Duitsland van 10 maart 1980 (art. 50), A-36.

41 Arrest *König* tegen Duitsland van 10 maart 1980 (art. 50), A-36, § 15; zie ook de arresten *Artico* tegen Italië van 13 mei 1980, A-37, § 44; *Guzzardi* tegen Italië van 6 november 1980, A-39, § 113; *Le Compte, Van Leuven en De Meyere* tegen België van 18 oktober 1982 (art. 50), A-54, § 12; *Eckle* tegen Duitsland van 21 juni 1983 (art. 50), A-65, § 13.

42 Zie de arresten *De Wilde, Ooms en Versyp* tegen België van 10 maart 1972 (art. 50), A-14, § 16 en 20; *König* tegen Duitsland van 10 maart 1980 (art. 50), A-36, § 15 en *Eckle* tegen Duitsland van 21 juni 1983 (art. 50), A-65, § 13.

43 Zie in dit verband Polakiewicz 1991, p. 127.

44 Arrest *Bönisch* tegen Oostenrijk van 6 mei 1985, A-92.

45 Arrest *Bönisch* tegen Oostenrijk van 2 juni 1986 (art. 50), A-103, § 11 en 13.

het Hof dat de na de uitspraak van het Hof in de hoofdzaak gevolgde procedure in België de verdragsschending grotendeels heeft goedgemaakt. Deze procedure heeft volgens het Hof geleid tot een resultaat 'as close to *restitutio in integrum* as was possible in the nature of things.'[46] In het arrest *De Cubber* komt het Hof juist tot een tegenovergestelde conclusie: de nationale procedure heeft niet geleid tot een resultaat dat zo dicht mogelijk ligt bij een *restitutio in integrum*.[47] Het Hof kent de klager alsnog een vergoeding toe voor immateriële schade.[48]

Het Hof vindt dat er in beginsel niets op tegen is zijn uitspraak over schadevergoeding uit te stellen in afwachting van een beslissing van de nationale rechter, in het bijzonder als de klager hierom heeft gevraagd. De vereisten van een behoorlijke rechtsbedeling kunnen in bepaalde gevallen zelfs pleiten voor een dergelijke gang van zaken.[49] In het arrest *Vidal* tegen België, waarin het Hof oordeelt dat art. 6 is geschonden aangezien de door de verdediging voorgestelde getuigen à decharge niet zijn opgeroepen, gaat het Hof in op het voorstel van de klager om te oordelen dat de kwestie van art. 50 nog niet rijp is voor beslissing en de zaak aan te houden met het oog op de mogelijkheden die het Belgische recht eventueel biedt om de gevolgen van de schending goed te maken en de mogelijkheid om de zaak in der minne te schikken.[50] Uiteindelijk kunnen de klager en de regering niet tot een schikking komen en heeft art. 441 van het Belgische Wetboek van Strafvordering (vernietiging van rechterlijke handelingen of uitspraken die in strijd zijn met de wet) geen toepassing gevonden. Het Hof kent de klager alsnog vergoeding toe voor geleden immateriële schade en 'loss of real opportunities'.[51]

Soms houdt het Hof de kwestie van art. 50 aan als de regering met het verweer komt, dat de klager in het nationale recht herstel (schadevergoeding dan wel *restitutio in integrum*) kan verkrijgen.[52]

In het arrest *Kostovski* tegen Nederland houdt het Hof de kwestie van art. 50 aan, aangezien het geen informatie heeft over de mate waarin het Nederlandse recht herstel mogelijk maakt van de gevolgen van de verdragsschending.[53] In het arrest *Brigandì* stelt de Italiaanse regering dat de juridische autoriteiten de klager een herstel in natura hebben gegeven door hem opnieuw in het bezit te stellen van zijn eigendom. Tevens

46 Arrest *Piersack* tegen België van 26 oktober 1984 (art. 50), § 11.
47 Arrest *De Cubber* tegen België van 14 september 1987 (art. 50), A-124-B, § 21.
48 A-124-B, § 24.
49 Arrest *Eckle* tegen Duitsland van 21 juni 1983 (art. 50), A-65, § 14: in casu neemt het Hof toch een beslissing op grond van art. 50, aangezien uitstel van deze beslissing niet zou bijdragen aan een behoorlijke rechtsbedeling, nu de stand van zaken in de nationale procedure geheel onduidelijk was.
50 Arrest *Vidal* tegen België van 22 april 1992, A-235-B.
51 Arrest *Vidal* tegen België van 28 oktober 1992 (art. 50), A-235-E, § 9.
52 Zie bijv. het arrest *Barberà, Messegué en Jabardo* tegen Spanje van 6 december 1988, A-146, § 92.
53 Arrest *Kostovski* tegen Nederland van 20 november 1989, A-166, § 48.

heeft de klager vergoeding gekregen voor het verlies van het genot van zijn eigendom en voor immateriële schade. Het Hof is echter van oordeel dat deze reeds door de Italiaanse autoriteiten genomen maatregelen de gevolgen van de inbreuk op het vereiste van behandeling binnen een redelijke termijn in een civiele procedure niet geheel hebben weggenomen en kent een schadevergoeding toe.[54]

In het arrest *Windisch*, waarin het Hof een schending constateert van art. 6 nu een veroordeling voor een groot gedeelte was gebaseerd op anonieme getuigenverklaringen, houdt het Hof de kwestie van art. 50 aan, aangezien het mogelijk is dat de zaak van de klager wordt heropend als de procureur-generaal cassatie in het belang der wet instelt.[55] In het arrest *Zanghì* overweegt het Hof, na constatering van een schending van het vereiste van behandeling binnen een redelijke termijn in een civiele procedure, dat de mogelijkheid bestaat dat de nationale rechter een vergoeding zal toekennen voor de financiële gevolgen van deze verdragsschending. Het Hof wijst de schadeclaim van de klager af.[56] Het is niet geheel duidelijk waarom het Hof in de zaak *Windisch* de kwestie van art. 50 aanhoudt, terwijl het in het arrest *Zanghì* de schadevergoedingsclaim direct afwijst. Deze laatste uitspraak lijkt mij minder juist, aangezien het nog allerminst vaststaat of de nationale rechter – binnen redelijke termijn – schadevergoeding zal toekennen. Het Hof had door de zaak aan te houden hier enige controle op kunnen uitoefenen en zonodig alsnog een billijke genoegdoening kunnen toekennen.

In de zaak *Hauschildt* wijst de Deense regering op het bestaan van een rechtsmiddel op nationaal niveau in geval het bewijs niet op de juiste wijze is beoordeeld. Het Hof merkt echter op dat het in casu een schending betreft van het vereiste van rechterlijke onpartijdigheid van art. 6 en dat de zaak geen betrekking heeft op de beoordeling van het bewijs. Daaruit volgt volgens het Hof, dat de door de regering naar voren gebrachte remedie niet in staat is de gevolgen van de schending weg te nemen als bedoeld in art. 50.[57]

In het arrest *Barberà, Messegué en Jabardo* tegen Spanje is het Hof van oordeel dat het strafproces van de klagers niet voldeed aan de vereisten van een eerlijke en openbare behandeling uit art. 6 lid 1. Het Hof heeft de kwestie van toepassing van

54 Arrest *Brigandì* tegen Italië van 19 februari 1991, A-194-B, § 34-35.

55 Arrest *Windisch* tegen Oostenrijk van 27 september 1990, A-186, § 35; zie ook bijv. het arrest *Kemmache* tegen Frankrijk van 27 november 1991, A-218, § 74, waarin het Hof na constatering van een schending van de artikelen 5 lid 4 en 6 lid 1 de kwestie van art. 50 aanhoudt, aangezien de nationale strafprocedure nog niet tot een einde is gekomen; zie ook het arrest *Clooth* tegen België van 12 december 1991, A-225, § 52: voor de schending van art. 5 lid 3 kan de klager eventueel compensatie verkrijgen volgens het nationale recht.

56 Arrest *Zanghì* tegen Italië van 19 februari 1991, A-194-C, § 25.

57 Arrest *Hauschildt* tegen Denemarken van 24 mei 1989, A-154, § 56; zie bijv. ook het arrest *Bezicheri* tegen Italië van 25 oktober 1989, A-164, § 28.

art. 50 aangehouden.[58] De uitspraak over deze kwestie heeft ruim vijf jaar op zich laten wachten.[59] In de nationale procedures na het arrest van het Hof in de hoofdzaak zijn de door art. 6 vereiste garanties wel in acht genomen; deze procedures hebben uiteindelijk geleid tot de vrijlating en vrijspraak van de klagers. Desalniettemin werden de klagers vastgehouden ten gevolge van een proces dat niet voldeed aan de vereisten van art. 6. Volgens het Hof hebben zij hierdoor een 'real loss of opportunity' geleden om zichzelf te verdedigen overeenkomstig de garanties van art. 6 en daarmee een gunstigere uitkomst van de procedure te bereiken. Tussen de gestelde schade en de door het Hof geconstateerde schending bestaat een duidelijk causaal verband. De vrijlating en vrijspraak van de klagers hebben deze schade volgens het Hof niet geheel goed kunnen maken:

> 'In the nature of things the subsequent release and acquittal of the applicants could not in themselves afford restitutio in integrum or complete reparation for damage derived from their detention.....'[60]

Onder Spaans recht bestaat de mogelijkheid om compensatie te verkrijgen in het geval van het disfunctioneren van het rechterlijk systeem. De Commissie heeft in twee andere zaken erkend dat deze remedie effectief is.[61]

Het Hof acht zichzelf niet gebonden om de art. 50 kwestie nog verder aan te houden met het oog op deze nationale remedie. Anders zou de procedure nog langer duren hetgeen niet in overeenstemming is met een effectieve bescherming van de rechten van de mens. Het Hof gebruikt in dit verband vergelijkbare overwegingen als in het reeds genoemde arrest *De Wilde, Ooms en Versyp*:[62]

> 'If (.....) the applicants were required to exhaust domestic remedies a third time in order to be able to obtain just satisfaction from the Court, the total duration of the proceedings would be hardly consistent with the effective protection of human rights and would lead to a situation incompatible with the aim and object of the Convention.....'[63]

De constatering van een schending van het verdrag door het Hof alsmede de daarop volgende uitspraken van de Spaanse rechter, hebben de klagers een zekere mate van vergoeding van immateriële schade gegeven; hiermee is echter niet alle immateriële schade goedgemaakt. Het Hof kent de klagers op grond van art. 50 diverse bedragen

58 Arrest *Barberà, Messegué en Jabardo* tegen Spanje van 6 december 1988, A-146.
59 Arrest *Barberà, Messegué en Jabardo* tegen Spanje van 13 juni 1994 (art. 50), A-285-C.
60 A-285-C, § 16.
61 A-285-C, § 12.
62 Arrest *De Wilde, Ooms en Versyp* tegen België van 10 maart 1972 (art. 50), A-14, § 16.
63 A-285-C, § 17.

toe voor de geleden materiële en immateriële schade, alsmede een gedeeltelijke vergoeding van de in Spanje en Straatsburg gemaakte kosten.[64]

Doctrine

De voorwaarde van gedeeltelijk rechtsherstel van de gevolgen van de verdragsschending in het nationale recht speelt geen grote rol meer in de jurisprudentie van het Hof. Het Hof acht zich bevoegd een schadevergoeding op grond van art. 50 toe te kennen, indien de aansprakelijke staat de klager een schadevergoeding weigert waarop hij recht meent te hebben.[65] Deze extensieve uitleg door het Hof van zijn bevoegdheid om op grond van art. 50 een billijke genoegdoening toe te kennen, heeft voor de klager het voordeel dat hij zonder verder oponthoud een schadevergoeding verkrijgt. Deze uitleg heeft echter volgens DANNEMANN ook tot gevolg dat de mogelijkheid van een herstel in natura door de aansprakelijke staat volledig naar de achtergrond wordt gedrukt.[66] DANNEMANN meent dat in geval de mogelijkheid van een herstel in natura in het nationale recht nog openstaat, het beter zou beantwoorden aan de bedoeling van art. 50 als het Hof ook de bevoegdheid accepteert om *restitutio in integrum* voor te schrijven.[67]

CASTRO-RIAL GARRONE houdt meer vast aan de letterlijke tekst van art. 50 en benadrukt het subsidiaire karakter van de bevoegdheid van het Hof om schadevergoeding toe te kennen.[68] Eerst zal het slachtoffer van schending van een in het EVRM neergelegd recht volgens het nationale recht herstel moeten proberen te krijgen. Pas als deze poging faalt kan hij zich tot het EHRM wenden. Deze weg hoeft het slachtoffer niet af te leggen, indien het interne recht geen 'volledig herstel' mogelijk maakt.[69]

VILLIGER constateert in 1985 dat het Hof de laatste jaren steeds minder vaak onderzoekt of na een verdragsschending binnenlands herstel ('innerstaatliche Wiedergutmachung') plaatsvond of kon plaatsvinden.[70] VILLIGER meent dat een vruchtbaardere bodem voor 'judicial activism' bestaat, indien het Hof de mogelijkheid openhoudt om te onderzoeken in hoeverre, na de vaststelling van een verdragsschending, de verdragsconforme toestand wordt hersteld. De terughoudendheid van het Hof ten aanzien van het onderzoek naar de nationale herstelmogelijkheden zal volgens hem door een ieder worden betreurd, die het individu een zo groot mogelijke, effectieve rechtsbescherming wil bieden en die hoopt dat de beslissingen van het Hof over het individuele geval heen impulsen geven aan de nationale rechtsorde. De genoemde

64 A-285-C, § 19-27.
65 Arrest *Ringeisen* tegen Oostenrijk van 22 juni 1972 (art. 50), A-15, § 22.
66 Dannemann 1994, p. 51.
67 Dannemann 1994, p. 207.
68 Castro-Rial Garrone 1985, p. 672-673; zie in dit verband ook Golsong 1969, p. 90-91.
69 Castro-Rial Garrone 1985, p. 696.
70 Villiger 1985, p. 485.

liberale uitleg door het Hof van zijn bevoegdheid op grond van art. 50 kan de verdragsstaten ervan weerhouden om binnenlandse procedures in te voeren, die herstel mogelijk maken.[71]

Tegen deze argumenten van VILLIGER kan worden ingebracht dat verdragsstaten op grond van art. 53 EVRM verplicht zijn zich te houden aan de beslissingen van het Hof in de geschillen waarbij zij partij zijn. Het is vaste jurisprudentie van het Hof, dat het de staat in kwestie in principe vrij staat op welke wijze hij aan deze verplichting in het nationale rechtsstelsel zal voldoen.[72] Deze vrijheid is echter niet onbegrensd, zoals blijkt uit het arrest *Vermeire* tegen België.[73] In deze zaak betreft het net als in het arrest *Marckx*[74] het onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen, met name in het erfrecht. Dit onderscheid acht het Hof in strijd met art. 8 j° 13 EVRM ten aanzien van de nalatenschap van de grootvader van klaagster, nu deze is opengevallen na de datum van het wijzen van het *Marckx*-arrest. Het Hof ziet niet in waarom de nationale rechter zich niet had kunnen houden aan de uitkomsten van het arrest *Marckx*, nu de wetgever te lang passief toekeek.

Naar mijn mening behoeven de toekenning van compensatie door het Hof op grond van art. 50 en het algemene effect van het arrest op het nationale rechtsstelsel elkaar geenszins te bijten. Indien aan een individuele klacht een structureel gebrek in het nationale rechtsstelsel ten grondslag ligt, zal de aangesproken staat zijn genoodzaakt dit rechtsstelsel in overeenstemming te brengen met het verdrag teneinde herhaalde veroordelingen door het Hof te voorkomen. Zelfs staten die geen partij zijn in het voorliggende geschil kunnen zich naar aanleiding van een arrest van het Hof geroepen voelen hun wetgeving aan te passen.[75] De toekenning van compensatie aan een individuele klager ontslaat de verdragsstaten derhalve niet van de verplichting hun nationale recht in overeenstemming te doen zijn met verdrag. De arresten van het Hof zullen dan ook over het individuele geval heen effect hebben op de nationale rechtsorde.[76] In het arrest *Norris* tegen Ierland bijvoorbeeld, constateert het Hof een schen-

71 Villiger 1985, p. 486; vgl. in dit verband de 'separate opinion' van rechter Mosler in het arrest *De Wilde, Ooms* en *Versyp* van 10 maart 1972 (art. 50), A-14, p. 17-20, met name p. 19, § 6.

72 Zie bijv. het arrest *Demicoli* tegen Malta van 27 augustus 1991, A-210, § 45.

73 Arrest *Vermeire* tegen België van 29 november 1991, A-214-C.

74 Arrest *Marckx* tegen België van 13 juni 1979, A-31.

75 Zo bracht Nederland in 1982 wetgeving tot stand om het onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen in het erfrecht weg te nemen (wet van 27 oktober 1982, *Staatsblad* 608); de wet werkt terug tot 13 juni 1979, de datum van het bovengenoemde arrest *Marckx* tegen België. België paste pas in 1987 de wetgeving aan.

76 Vgl. in dit verband Polakiewicz die van oordeel is dat de arresten van het Hof niet alleen van belang zijn voor het individuele geval in kwestie, maar evenzeer over het individuele geval heen verplichtingen opleggen, zodat vergelijkbare verdragsschendingen in de toekomst worden voorkomen ('Einzelfallbezogenheit' en 'kollektive Garantie'); zie Polakiewicz 1991, p. 185-186. Zie verder over de effecten van de arresten van het Hof onder meer M. Gerbino, Considerazioni sugli effetti della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Rivista di diritti europeo*, 1963, p. 14-24 en K. Rimanque, De nakoming van Straatsburgse beslissingen: een taak voor regelgevers en rechters, in: *Présence du droit public et des droits de l'homme*. Mélanges offerts à Jacques Velu, Bruxelles, 1992, Tome Troisième,

ding van art. 8 door het bestaan van wetgeving die bepaalde homosexuele handelingen in de privésfeer tussen toestemmende volwassen mannen verbiedt. Het Hof overweegt:

> 'As in the Marckxcase, it is inevitable that the Court's decision will have effects beyond the confines of this particular case, especially since the violation found stems directly from the contested provisions and not from individual measures of implementation.'[77]

Conclusie

De conclusie moet zijn dat het Hof zijn door art. 50 toegekende bevoegdheid zeer ruim heeft uitgelegd, hoewel een meer restrictieve uitleg van deze competentie op grond van de letterlijke tekst van het artikel zeker zou zijn te verdedigen. Het Hof hecht echter naar mijn mening terecht in het bijzonder aan het doel en object van het verdrag, namelijk de effectieve bescherming van de rechten van de mens. Het lijkt mij voor de individuele klager van groot belang dat hij zonder verder oponthoud een schadevergoeding krijgt en dat niet van hem kan worden verlangd eerst nog eens in het nationale recht schadevergoeding te verkrijgen. Een en ander laat onverlet de mogelijkheid van nationale maatregelen die een *restitutio in integrum* trachten te benaderen, zoals het verlenen van gratie, het doorhalen van de aantekening in het strafregister en het vernietigen van een strafrechtelijk vonnis. Het Hof kent geregeld vergoedingen toe voor geleden immateriële schade, zelfs als de aangesproken staat dergelijke herstelmaatregelen heeft doorgevoerd.[78] Naar mijn mening kan het Hof de klager al dan niet een vergoeding toekennen voor geleden immateriële of materiële schade zonder deze te verwijzen naar in het nationale recht openstaande procedures. De klager heeft in Straatsburg vaak al een lange weg afgelegd en het is mijns inziens in strijd met het doel van het verdrag, namelijk een effectieve bescherming van de rechten van de mens, om de klager alsnog te verwijzen naar zijn nationale rechtsstelsel.[79] Een en ander kan anders liggen indien de klager aangeeft eerst de nationale herstelmogelijkheden te willen beproeven, zoals in het arrest *Vidal*.[80] Het Hof heeft zich nog niet expliciet uitgelaten over een keuzerecht van de klager.[81] In het algemene volkenrecht is het keuzerecht voor de getroffen staat tussen herstel in natura en schadevergoeding in geld erkend.[82] Met POLAKIEWICZ[83] ben ik van mening dat een

p. 1347-1360.

77 Arrest *Norris* tegen Ierland van 26 oktober 1988, A-142, § 50.

78 Zie in dit verband met name het arrest *Bönisch* tegen Oostenrijk van 2 juni 1986 (art. 50), A-103.

79 Zie over de betekenis van het vereiste van berechting binnen een redelijke termijn ex art. 6 voor de Straatsburgse instanties zelf, E.A. Alkema in zijn noot onder het arrest *Abdoella* tegen Nederland van 25 november 1992, A-248-A, *NJ* 1993, 24.

80 Arrest *Vidal* tegen België van 22 april 1992, A-235-B.

81 Zie Polakiewicz 1991, p. 120 en 124-125.

82 Personnaz 1939, p. 91.

dergelijk keuzerecht voor de individuele klager past in het doel van het verdrag, namelijk de bescherming van de belangen van het individu.[84]

4.4.4 Discretionaire bevoegdheid van het Hof bij de toekenning van een billijke genoegdoening

Bij de toekenning van een billijke genoegdoening geniet het Hof een grote mate van vrijheid. Dit blijkt niet alleen uit de zinsnede 'zo nodig' (in de Engelse tekst: 'if necessary'; in de Franse tekst 's'il y a lieu') maar ook uit het adjectief 'billijk' in art. 50.[85] Uit de jurisprudentie van het Hof komt naar voren dat bij de beslissingen op grond van art. 50 billijkheidsoverwegingen een grote rol spelen.

In het arrest *Ringeisen* fundeert het Hof de ruime uitleg van zijn bevoegdheid om een billijke genoegdoening toe te kennen op de woorden 'zo nodig'. De noodzaak voor het Hof om art. 50 toe te passen bestaat zodra de aangesproken staat de klager een schadevergoeding ('reparation') weigert waarop hij recht meent te hebben.[86] In latere arresten wijst het Hof wel eens op de woorden 'zo nodig', om vervolgens te overwegen dat het in casu niet nodig is een schadevergoeding toe te kennen.[87]

De billijkheid speelt een belangrijke rol in de beslissingen van het Hof op grond van art. 50.[88] Het Hof overweegt meestal dat het zijn beslissing 'on an equitable basis' neemt. Een dergelijke verwijzing naar de billijkheid laat het Hof een grote mate van vrijheid bij de beslissing over de toekenning van schadevergoeding.

Ook de doctrine laat het Hof in het algemeen een grote speelruimte bij de toekenning van schadevergoeding op grond van art. 50.[89] DANNEMANN zet vraagtekens bij deze grote vrijheid. Hij meent dat het Hof door in zijn beslissingen alleen te verwijzen naar de billijkheid, zonder nader de gronden van zijn beslissing aan te geven, te veel speelruimte krijgt.[90] In hoofdstuk 5 kom ik hierop terug bij de behandeling van de schadeberekening door het Hof.

83 Polakiewicz 1991, p. 120; zie ook J. Polakiewicz, La mise en oeuvre de la CEDH et des décisions de la Cour de Strasbourg en Europe de l'Ouest: une évaluation, *Revue Universelle des Droits de l'Homme* 1992, p. 426.

84 Arrest *Lawless* tegen Ierland van 14 november 1960 (Exceptions préliminaires et questions de procédure), A-1, p. 15.

85 Zie het arrest *Guzzardi* tegen Italië van 6 november 1980, A-39, § 114.

86 Arrest *Ringeisen* tegen Oostenrijk van 22 juni 1972 (art. 50), A-15, § 22.

87 Zie bijv. de arresten *Golder* tegen het Verenigd Koninkrijk van 21 februari 1975, A-18, § 46; *Marckx* tegen België van 13 juni 1979, A-31, § 68; *X* tegen het Verenigd Koninkrijk van 18 oktober 1982 (art. 50), A-55, § 19; *Langborger* tegen Zweden van 22 juni 1989, A-155, § 47; *Kamasinski* tegen Oostenrijk van 19 december 1989, A-168, § 113.

88 Vgl. Polakiewicz 1991, p. 128.

89 C.D. Gray, Remedies for individuals under the European Convention on Human Rights, *HRLJ* 1980, p. 153-173 (op p. 160-162); Castro-Rial Garrone 1985, p. 727; J. Frowein und W. Peukert, *Europäische MenschenRechtsKovention*, EMRK-Kommentar, 1985, p. 452.

90 Dannemann 1994, p. 237-241.

4.4.5 Tijdstip indienen claim

Op grond van art. 50 lid 1 van Procesreglement A van het Hof (art. 52 lid 1 Procesreglement B) moet de schadeclaim op grond van art. 50 EVRM een maand voor de start van de mondelinge behandeling zijn ingediend. Indien de klager zijn claim te laat indient, wordt hij niet ontvankelijk in zijn vordering verklaard.[91]

4.5 Stelplicht en bewijslast van de klager

De klager moet vergoeding van schade en kosten claimen. Het Hof kent ambtshalve geen compensatie toe:

> 'In the context of Article 50 the Court looks only to the items actually claimed (....) and, since no question of public policy is involved, will not of its own motion consider whether the applicant has been otherwise prejudiced.'[92]

Dit is vaste jurisprudentie van het Hof.[93] In dit verband is het arrest *Golder* interessant.[94] In deze zaak is het onduidelijk of de klager een claim voor 'just satisfaction' heeft ingediend. Zover bekend heeft niemand aanwijzingen van de klager gekregen om financiële schade te claimen. Zijn laatste instructies aan zijn advocaten hielden in, dat hij eenvoudigweg een verklaring wenste dat de regering van het Verenigd Koninkrijk het verdrag heeft geschonden door hem niet toe te staan een advocaat te raadplegen teneinde een procedure te starten.[95] Ondanks deze onduidelijkheid komt het Hof aan de kwestie van art. 50 toe en is van mening dat 'in the circumstances

91 Zie het arrest *Vendittelli* tegen Italië van 18 juli 1994, A-293-A, § 43-44; in dit arrest lijkt het Hof wel de mogelijkheid open te houden, dat in zeer bijzondere gevallen vanwege de moeilijkheid om alle benodigde bewijsstukken te overleggen, de klager iets langer de tijd krijgt om zijn claims in te dienen. Zie ook de arresten *Paccione* tegen Italië van 27 april 1995, A-315, § 25 en *Ferrantelli en Santangelo* tegen Italië van 7 augustus 1996, § 65, *RJD* 1996, waarin het Hof deze mogelijkheid niet noemt.

92 Arrest *Sunday Times* tegen het Verenigd Koninkrijk van 6 november 1980 (art. 50), A-38, § 14.

93 Zie verder onder meer de arresten *Benthem* tegen Nederland van 23 oktober 1985, A-97, § 45; *Deumeland* tegen Duitsland van 29 mei 1986, A-100, § 98; *Inze* tegen Oostenrijk van 28 oktober 1987, A-126, § 46; *Bouamar* tegen België van 29 februari 1988, A-129, § 68; *Ekbatani* tegen Zweden van 26 mei 1988, A-134, § 34; *Brogan* tegen het Verenigd Koninkrijk van 29 november 1988, A-145-B, § 70; *Brogan* tegen het Verenigd Koninkrijk van 30 mei 1989 (art. 50), § 7; *Kostovski* tegen Nederland van 20 november 1989, A-166, § 46; *Huvig* tegen Frankrijk van 24 april 1990, A-176-B, § 38 en *Nasri* tegen Frankrijk van 13 juli 1995, A-322-B, § 49; zie in dit verband ook Dannemann 1994, p. 55.

94 Arrest *Golder* tegen het Verenigd Koninkrijk van 21 februari 1975, A-18.

95 B-16, p. 235.

of the case it is not necessary to afford to the applicant any just satisfaction other than that resulting from the finding of a violation of his rights.'[96]

Uit het arrest *Tyrer* tegen het Verenigd Koninkrijk blijkt de positie van het Hof bij de kwestie van de toekenning van een billijke genoegdoening op grond van art. 50.[97] Oorspronkelijk had de minderjarige klager schadevergoeding geëist, maar hij trok zijn klacht na het bereiken van de meerderjarige leeftijd in. Het Hof behandelt de zaak echter ambtshalve en acht de op een minderjarige wetsovertreder op het eiland Man ten uitvoer gelegde lijfstraf in strijd met het verbod van een vernederende behandeling in de zin van art. 3.[98] Het Hof acht het echter niet nodig om art. 50 in casu toe te passen, nu er geen klager meer is die deelneemt aan de procedure.[99]

De ene keer lijkt het Hof strengere eisen te stellen aan het vereiste dat de klager (de aard van zijn) schade dient te claimen dan de andere keer. Zo overweegt het Hof in het arrest *Ekbatani* dat het ambtshalve niet ingaat op de kwestie van immateriële schade.[100] In het arrest *Guincho* kent het Hof echter een billijke genoegdoening toe mede voor de onzekerheid waarin de klager verkeert, terwijl hij niet expliciet een claim voor vergoeding van immateriële schade heeft ingediend.[101]

Ook kan het voorkomen dat de klager een excessief hoge claim indient die in zijn geheel door het Hof wordt afgewezen. Zo beweert de klager in de zaak *Benthem*, waarin het Hof het Kroonberoep in strijd acht met art. 6 lid 1, schade door zijn faillissement en echtscheiding te hebben geleden; deze schade is volgens hem een gevolg van de schending van het verdrag. Benthem claimt in totaal vier miljoen gulden voor deze schade. Het Hof acht geen causaal verband aanwezig tussen deze schade en de inbreuk op het verdrag en vindt de constatering van een schending van art. 6 lid 1 voldoende compensatie in de zin van art. 50.[102] Het is niet ondenkbaar dat het Hof in casu wel een – bescheiden – vergoeding zou hebben toegekend, indien de klager een claim voor de ten gevolge van de schending van art. 6 lid 1 geleden immateriële schade had ingediend.

In § 4.3 bleek reeds dat ook voor het Hof nog schikkingen tussen klager en staat tot stand kunnen komen. Ook in een ander opzicht heeft de Straatsburgse procedure een voluntair karakter, dat wil zeggen dat de wens van partijen een belangrijke rol speelt. Wanneer de aangeklaagde staat geen bezwaar maakt tegen (onderdelen van) de claims,

96 A-18, § 46.
97 Arrest *Tyrer* tegen het Verenigd Koninkrijk van 25 april 1978, A-26.
98 A-26, § 35.
99 A-26, § 45.
100 Arrest *Ekbatani* tegen Zweden van 26 mei 1988, A-134, § 34.
101 Arrest *Guincho* tegen Portugal van 10 juli 1984, A-81, § 42-44.
102 Arrest *Benthem* tegen Nederland van 23 oktober 1985, A-97, § 46; zie voor een ander voorbeeld het arrest *Beldjoudi* tegen Frankrijk van 26 maart 1992, A-234-A, § 86: het Hof wijst een claim van tien miljoen FF af en acht de constatering van een schending van art. 8 voldoende.

wijst het Hof deze toe. Dit speelt in het bijzonder bij kostenclaims,[103] maar ook zo nu en dan bij schadeclaims. Zo gaat de Nederlandse regering in het arrest *De Jong, Baljet en Van den Brink* akkoord met de claims van de eerste twee klagers voor *f*100 per dag van ten onrechte ondergane voorlopige hechtenis.[104] Daarnaast komt het regelmatig voor dat het Hof het aanbod van de regering accepteert, terwijl de klager een hoger bedrag claimt.[105]

In principe moet het bestaan, c.q. ontstaan van de schade en het causaal verband tussen schade en schending door de klager worden gesteld en bewezen.[106] Schadeclaims moeten derhalve worden onderbouwd.[107] Soms is het echter problematisch om de precieze hoogte van de schade aan te geven. Indien de klager problemen heeft met betrekking tot zijn stel- en bewijslast vereist het beginsel van billijkheid uit art. 50 dat het Hof daar rekening mee houdt. Zo overweegt het Hof in het arrest *König*:

> 'Although applicants should as a rule quantify their claims, the Court would be failing to pay proper regard to the principle of equity imposed by Article 50 were it not to take into consideration the problems confronting Dr. König in this respect. Accordingly, the Court did not deem it appropriate to have Dr. König called on to plead the exact amount of reparation he was claiming'.[108]

CASTRO-RIAL GARRONE vindt dat de interpretatie van de Straatsburgse organen ten gunste van een billijker verdeling van de bewijslast tussen de partijen in het geschil een vernieuwend concept ('concepción innovadora') introduceert.[109]

De klager hoeft niet altijd zijn schade te specificeren. Zo claimt de klager in de zaak *Guzzardi* compensatie voor de geleden schade en laat de bepaling van de hoogte van het bedrag over aan het Hof, dat hem één miljoen Lire toekent mede voor

103 Zie bijv. de arresten *McGoff* tegen Zweden van 26 oktober 1984, A-83, § 31; *F. tegen Zwitserland* van 18 december 1987, A-128, § 46-47; *Neves e Silva* tegen Portugal van 27 april 1989, A-153-A, § 49; *Unión Alimentaria Sanders* tegen Spanje van 7 juli 1989, A-157, § 46-47.

104 Arrest *De Jong, Baljet en Van den Brink* tegen Nederland van 22 mei 1984, A-77, § 65.

105 Zie bijv. het arrest *Van der Leer* tegen Nederland van 21 februari 1990, A-170, § 41-42: het Hof accepteert het aanbod van de Nederlandse regering en kent *f*15.000 toe als vergoeding voor schade en kosten, terwijl de klager in totaal ongeveer *f*40.000 had geclaimd.

106 Zie onder meer de arresten *Corigliano* tegen Italië van 10 december 1982, A-57, § 53 en *Deumeland* tegen Duitsland van 29 mei 1986, A-100, § 96.

107 Zie bijv. het arrest *Ausiello* tegen Italië van 21 mei 1996, § 25, *RJD* 1996: ondanks het verzoek van de griffie van het Hof heeft de klager zijn schadeclaims niet nader onderbouwd. Het Hof is dan ook van oordeel dat de constatering van een schending van art. 6 lid 1 EVRM voldoende genoegdoening is voor de geleden immateriële schade.

108 Arrest *König* tegen Duitsland van 10 maart 1980 (art. 50), A-36, § 19.

109 Castro-Rial Garrone 1985, p. 951.

gemaakte kosten.[110] Het is echter aan te raden om bij materiële schade en kosten de claim te specificeren.[111]

Kostenclaims dienen evenzeer te worden onderbouwd. Een factor die kan leiden tot afwijzing van een kostenclaim, is het feit dat de klager in Straatsburg kosteloze juridische bijstand heeft gehad. Er kunnen echter wel additionele kosten zijn die de klager heeft moeten maken. De klager moet deze kosten stellen en bewijzen.[112] Het Hof lijkt in het arrest *Wassink* tegen Nederland van standpunt te zijn veranderd waar het er behoudens tegenbewijs van de regering van uitgaat, dat de door de klager gestelde bijkomende kosten daadwerkelijk zijn gemaakt.[113] In het arrest *Koendjbiharie* tegen Nederland gebruikt het Hof identieke overwegingen.[114] Deze twee arresten duiden op dit punt op een omkering van de bewijslast ten gunste van de klager. In beide arresten kent het Hof de volledige kostenclaim – onder aftrek van het bedrag dat de klagers reeds voor de Commissie bij wijze van rechtsbijstand hebben ontvangen – toe, aangezien deze bedragen in overeenstemming zijn met de door het Hof in zijn jurisprudentie ontwikkelde criteria.

4.6 Aan wie kent het Hof de billijke genoegdoening toe?

4.6.1 Het slachtoffer

Het Hof kan op grond van art. 50 een billijke genoegdoening toekennen aan de getroffen partij. De authentieke verdragstalen, Frans en Engels, spreken van 'partie lésée' en 'injured party'. In het *Landloperij*-arrest heeft het Hof duidelijk gemaakt, dat met de getroffen partij uit art. 50 het slachtoffer uit art. 25 wordt bedoeld.[115] Opgemerkt dient te worden dat handelingsonbekwaamheid naar nationaal recht irrelevant is voor het indienen van een klacht in Straatsburg en de eventueel later in te dienen schadevergoedingsclaim op grond van art. 50.[116] Zo kunnen minderjarigen en geesteszieken zonder wettelijke vertegenwoordiging een klacht en een eis tot

110 Arrest *Guzzardi* tegen Italië van 6 november 1980, A-39, § 112 en 114.
111 Dannemann 1994, p. 55.
112 Zie de arresten *Airey* tegen Ierland van 6 februari 1981, A-41, § 13 en *Johnston en anderen* tegen Ierland van 18 december 1986, A-112, § 86.
113 Arrest *Wassink* tegen Nederland van 27 september 1990, A-185-A, § 42.
114 Arrest *Koendjbiharie* tegen Nederland van 25 oktober 1990, A-185-B, § 35.
115 Arrest *De Wilde, Ooms en Versyp* tegen België van 10 maart 1972 (art. 50), A-14, § 23.
116 Zie in dit verband M.L. van Emmerik, Klachten van kinderen bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens te Straatsburg, in: *Kinderen en recht*, M. de Langen e.a. (red.), Arnhem/Deventer, 1989, p. 59-71.

schadevergoeding indienen, al kunnen zij natuurlijk wel worden vertegenwoordigd.[117] Slechts de klager kan als 'injured party' vergoeding vragen op basis van art. 50. Zijn advocaat kan derhalve niet voor zichzelf compensatie vorderen op grond van art. 50.[118]

4.6.2 Nabestaanden

De positie van nabestaanden van een slachtoffer van een schending van het EVRM kan op twee manieren aan de orde komen. In de eerste plaats kan het gaan om het geval dat het slachtoffer is overleden door de schending van het EVRM en de nabestaanden vervolgens een klacht en schadeclaim in Straatsburg indienen wegens het overlijden van hun naaste (zie § 4.6.2.1). In de tweede plaats is mogelijk dat het overlijden van het slachtoffer niet is veroorzaakt door de schending van het EVRM. In dit geval kunnen weer twee situaties worden onderscheiden: het slachtoffer overlijdt na het indienen van zijn klacht en de nabestaanden wensen de zaak voort te zetten, of de nabestaanden dienen na het overlijden van het slachtoffer een klacht in, die verband houdt met een jegens hem gepleegde schending van het EVRM (zie § 4.6.2.2).
Daarnaast kan onderscheid worden gemaakt tussen schade door het slachtoffer zelf geleden (dat wil zeggen 'afgeleide' schade van de nabestaanden) en eigen schade van de nabestaanden.

4.6.2.1 Schadevergoedingsclaim in verband met overlijden slachtoffer

De positie van nabestaanden speelt in het bijzonder ten aanzien van een schending van het recht op leven zoals vastgelegd in art. 2 EVRM. In deze gevallen staat het overlijden van het slachtoffer centraal in de door de nabestaanden in Straatsburg aanhangig gemaakte zaak. Zo betreft het in de zaak *Díaz Ruano* tegen Spanje een klacht van een vader wiens zoon door politieoptreden is overleden. De zoon bevond zich in voorlopige hechtenis op verdenking van het plegen van enkele diefstallen. In haar rapport is de Commissie met zeven stemmen tegen vijf van oordeel dat geen schending heeft plaatsgevonden van art. 2.[119] Voor het Hof komt alsnog een schikking tot stand waarin de Spaanse regering zich verplicht om de klager een bedrag van zes miljoen Peseta's te betalen vanwege de gebeurtenissen die hebben geleid tot het indienen van de klacht. De betaling van deze som, die alle door de klager gemaakte

117 Zie bijv. het arrest *Megyeri* tegen Duitsland van 12 mei 1992, A-237-A, § 29-34: de schadevergoedingsclaim is namens de geesteszieke klager ingediend door zijn curator; het Hof kent de klager onder meer een bedrag toe ter vergoeding van de geleden immateriële schade.

118 Arrest *Luedicke, Belkacem en Koç* tegen Duitsland van 10 maart 1980 (art. 50), A-36, § 15; arrest *Delta* tegen Frankrijk van 19 december 1990, A-191-A, § 47.

119 Klachtno. 16988/90, rapport van 31 augustus 1993. De Commissie is tevens van oordeel dat geen inbreuk is gemaakt op art. 3 EVRM (met acht stemmen tegen vier).

kosten dekt, vindt plaats *ex gratia* en houdt op geen enkele wijze een erkenning in door de Spaanse autoriteiten dat het verdrag is geschonden. De klager verbindt zich geen verdere actie tegen de Spaanse staat te ondernemen. Het Hof neemt kennis van deze schikking en schrapt de zaak van de rol, aangezien geen reden van openbare orde zich hiertegen verzet.[120]

In hoofdstuk 3 zijn reeds twee klachten aan de orde gekomen tegen het Verenigd Koninkrijk, ingediend door de echtgenoten van twee mannen die om het leven waren gekomen. Zonder haar aansprakelijkheid te erkennen heeft de Britse regering in de voor de Commissie tot stand gekomen minnelijke schikking zich verbonden een *ex gratia* betaling te doen.[121]

In een andere zaak tegen het Verenigd Koninkrijk betreft het een klacht van de nabestaanden van drie personen die in Gibraltar om het leven zijn gebracht door de 'Special Air Service' op verdenking van terrorisme. De Commissie is met elf stemmen tegen zes van oordeel dat art. 2 EVRM niet is geschonden en heeft de zaak voorgelegd aan het Hof.[122] Het Hof heeft met tien stemmen tegen negen een schending van art. 2 aangenomen. De klagers claimen een schadevergoeding vergelijkbaar met de vergoeding die volgens Engels recht zou worden toegekend aan een persoon die op onwettige wijze is vermoord onder verantwoordelijkheid van de staat. Het Hof overweegt dat niet duidelijk is of de claim van de nabestaanden betrekking heeft op materiële of immateriële schade of op beide. Hoe dit ook zij het Hof wijst de claim af, aangezien de drie slachtoffers van plan waren een bom te plaatsen in Gibraltar.[123]

4.6.2.2 Schadevergoedingsclaim houdt geen verband met overlijden slachtoffer

Indien de klager na het indienen van zijn klacht overlijdt kunnen zijn erfgenamen in beginsel, als opvolgers onder algemene titel, claimen slachtoffer ex art. 25 te zijn van de gestelde verdragsschending; zij verkrijgen hiermee de status van 'injured party'.[124] Indien de klager na het indienen van zijn verzoekschrift overlijdt en zijn erfgenamen

120 Arrest *Díaz Ruano* tegen Spanje van 26 april 1994, A-285-B, § 17-19.

121 Het gaat om de zaken *Amekrane*, no. 5961/72 (£ 37.500), *Yearbook* Vol. 16, p. 356-388, en *Farrell*, no. 9013/80 (£ 37.000); zie hoofdstuk 3 § 3.3.3.

122 *McCann, Farrell en Savage* tegen het Verenigd Koninkrijk, no. 18984/91, rapport van 4 maart 1994; zie Information Note No. 119, European Commission of Human Rights, Communiqué 247(94), 31 May 1994, p. 5.

123 Arrest *McCann en anderen* tegen het Verenigd Koninkrijk van 27 september 1995, A-324, § 219.

124 Arrest *Deweer* tegen België van 27 februari 1980, A-35, § 37; arrest *Colozza* tegen Italië van 12 februari 1985, A-89, § 38. De Commissie voert sinds 1982 een strikt beleid dat inhoudt dat nabestaanden geen algemeen recht hebben op voortzetting van de zaak. Het Hof heeft zich in het arrest *X* tegen Frankrijk van 31 maart 1992 van deze strikte benadering gedistantieerd. Zie over deze kwestie Zwart 1994, p. 84-87.

geen interesse tonen voor de voortzetting van de procedure voor het Hof, wordt de zaak van de rol geschrapt.[125]

Het Hof accepteert dat een schadevergoedingsclaim van een overleden persoon in beginsel overgaat op zijn erfgenamen (rechtsopvolgers onder algemene titel), althans ten aanzien van materiële schade en kosten.[126] Met betrekking tot immateriële schade overweegt het Hof aanvankelijk, dat deze schade een puur persoonlijk karakter heeft en niet voor vergoeding aan de erfgenamen in aanmerking komt. Van belang is in dit verband, dat de erfgenamen geen compensatie vragen als 'injured party, in their own right' voor enig hen toegebracht geestelijk lijden.[127]

In het arrest *X* tegen het Verenigd Koninkrijk is rechter VILHJÁLMSSON in zijn 'dissenting opinion' van mening dat de erfgenamen van de klager wel recht hebben op vergoeding van de immateriële schade die X door de schending van het verdrag heeft geleden. Deze rechter benadrukt dat de klager zijn claim voor vergoeding van materiële en immateriële schade reeds tijdens zijn leven had ingediend.[128]

In zijn latere jurisprudentie is het Hof alsnog op de lijn van rechter VILHJÁLMSSON gaan zitten en heeft het de nabestaanden van de klagers vergoedingen toegekend voor de door de overledene geleden materiële en immateriële schade.

In de zaak *Vocaturo* overleed de klager na het indienen van zijn klacht en vóór het wijzen van het arrest van het Hof. Zijn weduwe verklaarde de procedure te willen voortzetten en er aan deel te nemen. Voor het gemak wordt de heer Vocaturo in het arrest als klager genoemd, alhoewel het nu zijn weduwe is die deze status heeft. Zij krijgt vergoedingen voor de door haar man geleden materiële en immateriële schade.[129]

In het arrest *X* tegen Frankrijk is de klacht ingediend door een hemofiliepatiënt, die bij een bloedtransfusie is besmet met het HIV-virus. Hij stelt dat de behandeling van de door hem bij de administratieve rechter tegen de staat aangespannen procedure de door art. 6 lid 1 vereiste redelijke termijn heeft overschreden. De klager is overleden op 2 februari 1992 en zijn ouders hebben laten weten de procedure voor

125 Zie de arresten *Maculuso* en *Manunza* tegen Italië van 3 december 1991, A-223-A en B betreffende de redelijke termijn in civiele procedures. Zie ook het arrest *Scherer* tegen Zwitserland van 25 maart 1994, A-287 betreffende de vrijheid van meningsuiting (artikel 10): eventuele nabestaanden hebben geen interesse getoond in voortzetting van de zaak. De executeur heeft geen intentie laten blijken om de nationale strafprocedure namens de klager te willen heropenen of in Straatsburg vergoeding te willen eisen voor immateriële schade. Het Hof besluit de zaak met zes stemmen tegen drie van de rol te schrappen.

126 Arrest *X* tegen het Verenigd Koninkrijk van 18 oktober 1982 (art. 50), A-55, § 12.

127 Arrest *X* tegen het Verenigd Koninkrijk van 18 oktober 1982, (art. 50), A-55, § 19; arrest *Silver* tegen het Verenigd Koninkrijk van 24 oktober 1983 (art. 50), A-67, § 12.

128 Arrest *X* tegen het Verenigd Koninkrijk van 18 oktober 1982 (art. 50), A-55, p. 20.

129 Arrest *Vocaturo* tegen Italië van 24 mei 1991, A-206, § 2 en 19; zie ook de arresten *G* tegen Italië van 27 februari 1992, A-228-F, § 2; *Pandolfelli en Palumbo* tegen Italië van 27 februari 1992, A-231-B, § 2 en *Raimondo* tegen Italië van 22 februari 1994, A-281-A, § 2.

het Hof te willen voortzetten. Het Hof is van mening dat de ouders van de klager het recht hebben zijn plaats in te nemen. Volgens het Hof heeft de klager door de schending van art. 6 lid 1 ongetwijfeld immateriële schade geleden. Het Hof kent zijn ouders 150.000 FF toe voor de door hun zoon geleden immateriële schade. Dit bedrag is gelijk aan de door de zoon geclaimde som.[130]

In de zaak *Colozza* is het Hof van mening dat de weduwe van de klager zelf ook immateriële schade heeft geleden door de schending van art. 6 EVRM ten opzichte van haar man. Zij heeft volgens het Hof de status van 'injured party' gekregen en ontvangt een financiële compensatie mede voor de door haar man en haarzelf geleden immateriële schade.[131]

In het arrest *Gillow* is de klacht ingediend door een echtpaar, waarvan de man na het arrest van het Hof in de hoofdzaak, maar vóór de uitspraak met betrekking tot art. 50 overlijdt. Het Hof vergoedt de door het echtpaar *Gillow* geleden immateriële schade en vindt het billijk dat de toegekende bedragen aan mevrouw *Gillow* worden uitbetaald.[132]

In de zaak *Deumeland* verkreeg de zoon van de klaagster de status van 'injured party' op het moment van haar overlijden. Daarvoor had hij deze status niet, maar liet zijn moeder de verdediging van haar zaak aan hem over. In casu is het Hof van mening, dat de immateriële schade voldoende is gecompenseerd door de constatering van een schending van art. 6 lid 1, nu deze schade niet door de klager zelf is geleden.[133]

In het arrest *Aksoy* is de klacht ingediend door een Turkse Koerd. De klager wordt vervolgens vermoord na volgens zijn vertegenwoordigers met de dood te zijn bedreigd om zijn klacht in te trekken. Zijn vader geeft echter te kennen de klacht te willen voortzetten. Het Hof constateert schendingen van de artikelen 3, 5 lid 3 en 13 EVRM. Voor deze zeer ernstige schendingen, die de vader van het slachtoffer ongetwijfeld veel leed hebben toegebracht, kent het Hof aan de vader vergoedingen van materiële en immateriële schade toe.[134]

Het is mogelijk dat een nabestaande, bijvoorbeeld een weduwe, na het overlijden van haar man een klacht indient over een tegen hem begane inbreuk op een verdragsrecht.

130 Arrest *X* tegen Frankrijk van 31 maart 1992, A-236, § 54. Zie over de kwestie van schadevergoeding mijn noot onder dit arrest in *NJCM-Bulletin* 17-6 (1992), p. 660-669. Zie voor een vergelijkbaar geval waarin het Hof een bedrag toekent ter vergoeding van immateriële schade aan de weduwen van twee klagers, het arrest *A en anderen* tegen Denemarken van 8 februari 1996, § 86, *RJD* 1996.

131 Arrest *Colozza* tegen Italië van 12 februari 1985, A-89, § 38; de weduwe van de klager krijgt eveneens een financiële vergoeding voor de door hem geleden 'loss of real opportunities' veroorzaakt door het niet in acht nemen van de vereisten van art. 6 lid 1 EVRM in een strafprocedure.

132 Arrest *Gillow* tegen het Verenigd Koninkrijk van 14 september 1987 (art. 50), A-124-C, § 23.

133 Arrest *Deumeland* tegen Duitsland van 29 mei 1986, A-100, § 95 en 97.

134 Arrest *Aksoy* tegen Turkije van 18 december 1996, § 113, *RJD* 1996.

Volgens het Hof kan de weduwe er materieel en moreel belang bij hebben dat haar man van alle blaam wordt gezuiverd.[135]

In het arrest *A en anderen* tegen Denemarken is een van de klachten ingediend door de ouders van een met het HIV-virus besmette hemofiliepatiënt. Het Hof constateert een overschrijding van de redelijke termijn in de tegen de staat aangespannen procedure tot schadevergoeding en kent de ouders een vergoeding toe van de geleden immateriële schade.[136]

Geconcludeerd kan worden dat het Hof accepteert dat een schadeclaim van een klager bij zijn overlijden overgaat op zijn erfgenamen. Na enige aarzeling heeft het Hof uitgemaakt dat dit ook geldt voor de door de klager geleden immateriële schade. Nabestaanden hebben naast vergoeding van deze afgeleide schade ook een aantal keer vergoeding van door hen zelf geleden immateriële schade gekregen. In het reeds genoemde arrest *A en anderen* tegen Denemarken differentieert het Hof niet tussen afgeleide en eigen schade van nabestaanden. Zowel de weduwen van twee klagers als de ouders van een slachtoffer die na zijn overlijden een klacht hebben ingediend, krijgen een vergoeding van geleden immateriële schade. Het Hof overweegt dat de klagers ongetwijfeld immateriële schade hebben geleden.

4.6.3 Schuldeisers: de staat en/of derden

Bij de toepassing van art. 50 kan de vraag zich voordoen in hoeverre schuldeisers van de klager aanspraak kunnen maken op het door het Hof toegekende bedrag. Komt dit bedrag persoonlijk ten goede aan de klager of kunnen bijvoorbeeld de fiscus en de faillissementscurator aanspraak op dit bedrag maken?

Jurisprudentie

In de zaak *Ringeisen* komt de vraag aan de orde of de schadevergoeding direct aan de klager dient te worden betaald of dat deze geldsom kan worden geclaimd door de curator in het faillissement van de klager teneinde de schulden aan zijn crediteuren te voldoen. Het Hof overweegt dat het deze kwestie kan overlaten aan het inzicht van de Oostenrijkse autoriteiten ('la sagesse des autorités autrichiennes'). Het Hof merkt in dit verband op, dat ingevolge de Oostenrijkse wettelijke regelingen betreffende compensatie voor ten onrechte ondergane (voorlopige) hechtenis en/of straf dit recht

135 Arrest *Nölkenbockhoff* tegen Duitsland van 25 augustus 1987, A-123-C, § 33: in casu acht het Hof de onschuldspresumptie van art. 6 lid 2 niet geschonden.

136 Arrest *A en anderen* tegen Denemarken van 8 februari 1996, § 86, *RJD* 1996. Het Hof overweegt dat de klagers door de schending van art. 6 lid 1 EVRM immateriële schade moeten hebben geleden; het Hof maakt in dit verband geen onderscheid tussen de personen die met het HIV-virus zijn besmet en hun nabestaanden.

op schadevergoeding niet vatbaar is voor beslag, tenzij het gaat om de voldoening van een bij de wet voorziene onderhoudsverplichting.[137] In een interpretatie van dit arrest heeft het Hof later nog eens duidelijk gemaakt dat het voor de geleden immateriële schade toegekende geldbedrag aan de klager persoonlijk en vrij van beslag moet worden uitbetaald. Door te verwijzen naar het inzicht van de Oostenrijke autoriteiten heeft het Hof geen beperking willen aanbrengen op zijn intentie om de compensatie voor de immateriële schade aan de klager persoonlijk uit te laten betalen. De verwijzing naar bovengenoemde Oostenrijkse wettelijke bepalingen diende ertoe om te illustreren dat het beginsel van de onvatbaarheid voor beslag van het door het Hof toegekende schadebedrag, ook geldt in vergelijkbare gevallen in het Oostenrijkse recht. Aan de Oostenrijkse autoriteiten werd wel de praktische tenuitvoerlegging van de door het Hof in overeenstemming met dit uitgangspunt bevolen maatregelen toevertrouwd.[138] In het dictum bepaalt het Hof met vijf stemmen tegen twee dat de in het arrest van 22 juni 1972 toegekende schadevergoeding 'doit être versée à Michael Ringeisen personellement et à titre insaisissable.'[139]

De Oostenrijkse rechter VERDROSS overweegt in zijn 'opinion separée' bij het verklarend arrest dat geenszins uit art. 50 volgt dat het Hof de bevoegdheid heeft de rechten van crediteuren van de klager te beperken, aangezien de door Oostenrijk op grond van dit artikel aan *Ringeisen* verschuldigde compensatie en de inbreuk op de rechten van zijn crediteuren twee geheel verschillende kwesties zijn. De eerste kwestie heeft betrekking op de verhouding tussen de klager en de republiek Oostenrijk, de tweede op de relatie tussen de klager en zijn schuldeisers. Teneinde het Hof de bevoegdheid te geven om de rechten van de crediteuren van de klager te beperken zou een speciale bepaling in het verdrag moeten worden opgenomen. Bij afwezigheid van een dergelijke bepaling heeft het Hof niet de bevoegdheid om te bepalen dat de aan de klager toegekende billijke genoegdoening vrij van beslag door zijn crediteuren zal zijn.[140]

Met het interpretatie-arrest in de zaak *Ringeisen* lijkt de bovenstaande vraag eenduidig te zijn beantwoord. Uit latere jurisprudentie van het Hof en in het bijzonder uit enkele resoluties van het Comité van Ministers van de Raad van Europa ten aanzien van het toezicht op de tenuitvoerlegging van de arresten van het Hof (op grond van art. 54 EVRM), blijkt deze kwestie echter toch niet altijd zo duidelijk te liggen.

137 Arrest *Ringeisen* tegen Oostenrijk van 22 juni 1972 (art. 50), A-15, § 27; het Hof overweegt dat 'le droit au dédommagement ne peut faire l'objet d'une mesure d'exécution ou de sûreté, si ce n'est pour le versement d'une pension alimentaire prévue par la loi.'

138 Arrest *Ringeisen* tegen Oostenrijk van 23 juni 1973 (Interprétation), A-16, § 15.

139 A-16, p. 9.

140 Zie 'opinion separée' van rechter Verdross bij het arrest *Ringeisen* tegen Oostenrijk van 23 juni 1973 (Interprétation), A-16, p. 10.

In het arrest *Young, James en Webster* is het Hof niet ingegaan op het voorstel van de Commissie om de vergoeding voor materiële en immateriële schade op grond van art. 50 aan de klagers persoonlijk en vrij van beslag toe te kennen.[141]

In de zaak *Eckle* heeft de Duitse regering het Comité van Ministers op de hoogte gesteld van het feit dat zij van de door het Hof op grond van art. 50 toegekende kostenvergoeding de door de klager verschuldigde nationale proceskosten – die niet in verband stonden met de geconstateerde verdragsschending – heeft afgetrokken. De klagers hebben de Commissie verzocht de vraag aan het Hof voor te leggen of de aan hen toegekende bedragen vrij van beslag zijn. De Commissie zag echter geen aanleiding om in te gaan op dit verzoek om het Hof om uitleg te vragen van zijn beslissing op grond van art. 50.[142] Het Comité van Ministers heeft kennisgenomen van de door de Duitse regering verstrekte informatie en overwogen dat het zijn taak op grond van art. 54 heeft volbracht.[143]

In het arrest *Unterpertinger* heeft het Hof de klager een compensatie toegekend voor de door de klager geleden materiële en immateriële schade ten gevolge van een strafprocedure die niet voldeed aan alle vereisten van art. 6; ook heeft de klager een kostenvergoeding ontvangen.[144] Na deze uitspraak blijkt de nationale rechter het beslag op een deel van dit bedrag, dat gelegd is in verband met de alimentatieverplichtingen van de klager ten aanzien van zijn minderjarige zoon, te hebben goedgekeurd. In zijn resolutie op grond van art. 54 sanctioneert het Comité van Ministers deze gang van zaken.[145]

In het arrest *De Cubber* heeft de klager het Hof verzocht te verklaren dat de op grond van art. 50 toegekende bedragen onvatbaar voor beslag zijn. Het Hof vindt deze kwestie echter hypothetisch en abstract, aangezien de klager geen informatie heeft verschaft over de waarschijnlijkheid van een dergelijke maatregel. Het Hof gaat dan

141 Arrest *Young, James en Webster* tegen het Verenigd Koninkrijk van 18 oktober 1982 (art. 50), A-55; zie voor het verzoek van de Commissie, dat geen betrekking had op de kostenvergoeding, B-39, p. 376.

142 In het arrest *Eckle* tegen Duitsland van 21 juni 1983 (art. 50), A-65, heeft het Hof vergoedingen toegekend voor de kosten in de nationale en in de Straatsburgse procedures. In het arrest in de hoofdzaak van 15 juli 1982, A-51, heeft het Hof een schending geconstateerd van art. 6 lid 1 EVRM, aangezien de strafzaak tegen de klagers niet binnen redelijke termijn werd behandeld.

143 Resolutie DH (84) 5.

144 Arrest *Unterpertinger* tegen Oostenrijk van 24 november 1986, A-110.

145 Resolutie DH 89/2 aangenomen op 18 januari 1989, zie *Collection of resolutions adopted by the Committee of Ministers in application of Articles 32 and 54 of the European Convention on Human Rights. Supplement 1988-1989.* Strasbourg, 1990, p. 64-65; zie hierover J. Flauss, La "satisfaction équitable" devant les organes de la Convention européenne des droits de l'homme. Développements récents, in: *Ed. Techniques, Europe.* Juin 1992, p. 4; C. Mayerhofer, Angemessene Entschädigung und gütliche Einigung in Verfahren vor den Konventionsorganen, in: *Grund und Freiheitsrechte in der Gerichtlichen Praxis.* Richterwoche 1992, Vorträge Badgastein, 31. Mai bis 6. Juni 1992. Schriftenreihe des Bundesministeriums für Justiz 59, p. 129.

ook niet in op deze kwestie, in het bijzonder niet nu de regering noch de Commissie er enige opmerkingen over hebben gemaakt.[146]

In het arrest *Hauschildt* heeft het Hof een schending geconstateerd van het vereiste van rechterlijke onpartijdigheid van art. 6 lid 1. In de strafprocedure tegen de klager, die onder meer schuldig werd bevonden aan fraude, hadden immers bepaalde rechters ter zitting ook beslissingen in het vooronderzoek genomen, waaronder beslissingen over de voorlopige hechtenis. De Deense regering reageert op de kostenclaim van de klager met een tegenclaim. Het Hof is hier niet op ingegaan en heeft de klager £20.000 voor de kosten van de procedures in Straatsburg toegekend.[147]

Bij het toezicht op de naleving van dit arrest door het Comité van Ministers op grond van art. 54 EVRM blijkt echter dat de Deense regering haar tegenclaim alsnog heeft doen gelden. Immers, volgens Deens recht moet een persoon, die in een strafprocedure is veroordeeld, de proceskosten aan de staat vergoeden alsmede de kosten van zijn voorlopige hechtenis mits hij hiervoor de middelen heeft of krijgt. In zijn uitspraak van 1 november 1982 heeft de Rechtbank te Kopenhagen de klager gelast alle kosten met betrekking tot zijn proces te betalen. Deze kosten, in totaal meer dan drie miljoen Deense kronen, heeft de klager nog niet betaald. In de specifieke omstandigheden van dit geval en gezien het feit dat het door het Hof toegekende bedrag betrekking heeft op gemaakte kosten en niet op enige door de klager geleden materiële of immateriële schade, is de regering van mening dat de door het Hof toegekende £20.000 kan worden verrekend met het bedrag dat de klager nog steeds schuldig is aan de Deense autoriteiten. Het Comité van Ministers gaat met een en ander akkoord en verklaart dat het zijn taken ingevolge art. 54 van het verdrag heeft vervuld.[148]

In de zaak *Philis* verzoekt de klager het Hof in zijn arrest te specificeren dat de op grond van art. 50 toegekende bedragen vrij van beslaglegging zijn. Het Hof is echter van mening dat het niet in de positie is om aan dit verzoek gehoor te geven.[149]

In het arrest *Pine Valley Developments Ltd. en anderen* heeft het Hof de klagers (de onderneming Healy Holdings Ltd. en de heer Daniel Healy) bedragen toegekend als vergoeding voor materiële schade, immateriële schade (alleen voor de heer Healy) en de gemaakte kosten.[150] Uit de resolutie van het Comité van Ministers op grond van art. 54 EVRM blijkt dat zich na dit arrest de volgende ontwikkelingen ten aanzien van het op grond van art. 50 toegekende bedrag hebben voorgedaan.

146 Arrest *De Cubber* tegen België van 14 september 1987 (art. 50), A-124-B, § 34-35.

147 Arrest *Hauschildt* tegen Denemarken van 24 mei 1989, A-154, § 63.

148 Resolutie DH (91) 9, aangenomen op 13 februari 1991, *Recueil des résolutions du Comité des Ministres adoptées en application des articles 32 et 54 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Supplément 1990-1991*. Strasbourg, 1993, p. 105-106.

149 Arrest *Philis* tegen Griekenland van 27 augustus 1991, A-209, § 79.

150 Arrest *Pine Valley Developments Ltd en anderen* tegen Ierland van 9 februari 1993 (art. 50), A-246-B, § 15, 17 en 19.

Op dit bedrag zijn concurrerende claims ingediend door de curator in het faillissement van de onderneming en de Ierse fiscus. Op 13 mei 1993 heeft de regering drie cheques ter waarde van het volledige schadebedrag aan de klagers aangeboden. De advocaten van de klagers hebben deze cheques echter geweigerd, aangezien de cheque met het toegekende bedrag voor materiële schade betaalbaar was gesteld aan de heer Healy en aan de curator van Healy Holdings Ltd. Intussen hadden de advocaten van de klagers op 12 mei 1993 een verzoek ingediend bij het Ierse Hooggerechtshof teneinde de regering te bevelen het gehele schadebedrag aan hen betaalbaar te stellen. Het Hooggerechtshof gelastte de regering vervolgens het gehele schadebedrag bij de Ierse rechter te deponeren in afwachting van een oplossing voor de concurrerende claims. Op 14 mei 1993 heeft de regering gehoor gegeven aan dit bevel en vervolgens heeft de curator van de onderneming zijn claim ingetrokken. De uitkomst van de procedure voor het Hooggerechtshof is als volgt: met toestemming van de heer Healy is het door het Europese Hof toegekende bedrag vermeerderd met rente aan hem of zijn advocaten toegekend, met uitzondering van een bedrag van 225.000 Ierse Ponden dat aan de belastingontvanger is betaald. Na kennisneming van deze informatie is het Comité van Ministers van oordeel dat het zijn taak op grond van art. 54 heeft vervuld.[151]

In het arrest *Vermeire* overweegt het Hof dat art. 239 van de Belgische Wet inzake de Inkomstenbelasting een claim gebaseerd op art. 50 EVRM, op basis waarvan het Hof een beslissing neemt op grond van billijkheidsoverwegingen, niet opzij kan zetten. Art. 239 van genoemde wet maakt het voor de fiscus mogelijk claims tegen te werpen in procedures voor de rechter waarin de belastingplichtige enigerlei schadevergoeding van de staat eist. Bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding voor materiële schade houdt het Hof wel rekening met de claim van de Belgische fiscus.[152]

Doctrine

In zijn noot bij het arrest *Ringeisen* heeft MARCUS-HELMONS enige kanttekeningen geplaatst bij de opinie van rechter VERDROSS. Het verdrag geeft het Hof inderdaad niet de bevoegdheid om een bestaande relatie tussen de klager en zijn crediteuren te wijzigen, maar in het onderhavige geval verwijst het Hof in dit verband naar een nationale wet van de aangeklaagde staat. Zonder twijfel zou de situatie anders hebben gelegen indien de kwestie zich had voorgedaan ten aanzien van een land dat – zoals België – de onvatbaarheid voor beslag van een dergelijke schadevergoeding niet kent.

151 Resolutie DH (93) 43, aangenomen op 15 oktober 1993, p. 1-4.

152 Arrest *Vermeire* tegen België van 4 oktober 1993 (art. 50), A-270-A, § 7 en 10.

MARCUS-HELMONS vraagt zich af op welke juridische basis het Hof dan dezelfde positie had kunnen innemen.[153]

DANNEMANN gaat in op de vraag of de verhouding van de klager met zijn schuldeisers wordt beheerst door het nationale recht of door autonome regels gegeven door het Straatsburgse Hof. Hij maakt in dit verband onderscheid tussen de vatbaarheid voor beslag van de op basis van art. 50 toegekende bedragen en de kwestie van tegenclaims.[154]

Volgens DANNEMANN is de vatbaarheid voor beslag van een schadevergoedingsaanspraak niet zo nauw met de ontstaansgrond van de vordering verbonden, dat het Hof hier noodzakelijkerwijs over zou moeten beslissen in plaats van deze vraag over te laten aan het nationale recht. Hiermee vindt hij de oorspronkelijke uitspraak over art. 50 in de zaak *Ringeisen* (waarin het Hof de kwestie van de vatbaarheid voor beslag overliet aan het inzicht van de Oostenrijkse autoriteiten) overtuigender dan het er op volgende interpretatie-arrest. De mogelijkheid van beslag dient volgens DANNEMANN slechts te bestaan na afloop van de Straatsburgse procedure. Ten aanzien van de vergoeding van immateriële schade sluit hij aan bij de beperkingen die een aantal nationale rechtsstelsels stellen aan de mogelijkheid van beslag. Bij de vergoeding van immateriële schade is immers de grondgedachte om het slachtoffer een persoonlijke genoegdoening te verschaffen; dit doel zou worden doorkruist door de mogelijkheid van beslag op dit voor morele schade toegekende bedrag.[155]

De kwestie van tegenvorderingen dient echter volgens DANNEMANN niet naar nationaal recht te worden opgelost, aangezien – anders dan bij beslaglegging – verrekening in beginsel ook met bestreden, dat wil zeggen nog niet rechtsgeldig vastgestelde of erkende vorderingen toelaatbaar is. Het Hof moet deze kwestie zelfstandig beslissen en verrekening slechts toelaten in geval van rechtsgeldig vastgestelde of erkende tegenclaims. Verrekening met het schadebedrag dat het Hof heeft toegekend voor immateriële schade dient niet toelaatbaar te zijn, aangezien de genoegdoeningsfunctie van deze schadevergoeding anders in het gedrang komt.[156]

Conclusie/eigen standpunt

Vergoeding van immateriële schade op grond van art. 50 dient mijns inziens onvatbaar voor beslag en immuun voor tegenclaims te zijn. Deze vergoeding van morele schade moet aan het slachtoffer persoonlijk worden uitbetaald, zo heeft het Hof in het verklarende arrest *Ringeisen* duidelijk gemaakt.

153 S. Marcus-Helmons, Observations sur Cour européenne des droits de l'homme, 23 juin 1973, Affaire Ringeisen: interprétation de l'arrêt du 22 juin 1972, *Cahiers de Droit Européen* 1974, p. 391.

154 Dannemann 1994, p. 106-112.

155 Dannemann 1994, p. 109.

156 Dannemann 1994, p. 112.

Het lijkt mij in strijd met het bijzondere karakter van art. 50 om de ten laste van de aansprakelijke staat opgelegde vergoeding van immateriële schade wegens schending van mensenrechten vatbaar te laten zijn voor claims van crediteuren van de klager, of het nu de overheid of andere schuldeisers betreft.

Dient een en ander anders te liggen ten aanzien van de bedragen die het Hof op grond van art. 50 toekent voor vergoeding van materiële schade en kosten?

Voor een bevestigende beantwoording van deze vraag pleit volgens FROWEIN/PEUKERT het feit dat het hier – anders dan bij immateriële schade – gaat om het herstel van een vermogensverlies, waarvoor vóór de verdragsschending geen bescherming tegen beslaglegging gold. Zo is de schadevergoeding die de klager krijgt voor inkomstenderving, zoals in het bovengenoemde geval *Young, James en Webster*, vatbaar voor beslag net als dat deze inkomsten dat waren geweest als de klager ze wel direct had gekregen.[157]

Mijns inziens verdient het toch aanbeveling deze kwestie over te laten aan het Europese Hof en niet aan de afzonderlijke rechtsstelsels. Het hierboven geschetste bonte scala van nationale executiemaatregelen ten aanzien van de door het Hof op grond van art. 50 toegekende bedragen veroorzaakt wel een zéér ongelijke behandeling tussen de klagers uit de diverse verdragsstaten. Anders dan DANNEMANN zou ik de kwestie van de vatbaarheid voor beslag dan ook niet aan de nationale autoriteiten willen overlaten. Deze vraag zou evenals de kwestie van tegenvorderingen moeten worden beantwoord door het Hof. In het bovengenoemde arrest *Vermeire* heeft het Hof reeds uitgemaakt dat een claim van de Belgische fiscus de vordering op grond van art. 50 niet opzij kan zetten. Het Hof kan bij de bepaling van de hoogte van de materiële schadevergoeding wel rekening houden met deze claim.

Het zou een goede zaak als het Hof zich expliciet uitspreekt over de status van de op grond van art. 50 toegekende bedragen.[158] In deze verklarende uitspraak zou het Hof nog eens uitdrukkelijk kunnen aangeven dat de vergoeding van morele schade aan het slachtoffer persoonlijk ten goede komt, geheel vrij van elke mogelijkheid van beslag of tegenvorderingen. Vergoedingen voor materiële schade en kosten dienen ook aan de klager persoonlijk te worden uitbetaald. Bij de bepaling van de hoogte van dit bedrag kan het Hof rekening houden met eventuele tegenvorderingen van de aansprakelijke overheid.

157 Frowein/Peukert 1996, p. 720.

158 Zie in dit verband C. Ravaud, Activités du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en 1989 en vertu des articles 32 et 54 de la CEDH, *Revue Universelle des Droits de l'Homme* 1990, p. 136-137, die zich naar aanleiding van de bovengenoemde resoluties van het Comité van Ministers in de zaken *Eckle* en *Unterpertinger* afvraagt waarom de Commissie het Hof niet heeft verzocht om een interpretatie van de kwestie van de wijze van uitbetaling van de op grond van art. 50 toegekende bedragen.

Het is dan ook te betreuren dat het Hof onlangs een kans heeft laten liggen om duidelijkheid over deze kwestie te verschaffen. De Commissie heeft een verzoek om interpretatie ingediend naar aanleiding van het arrest *Allenet de Ribemont* tegen Frankrijk.[159] In het arrest in de hoofdzaak heeft de klager het Hof verzocht de staat op te leggen hem te vrijwaren tegen executie van een nationaal rechterlijk vonnis door zijn crediteuren. Het Hof overweegt echter dat het niet de bevoegdheid heeft dergelijke bevelen op te leggen.[160] Na deze uitspraak hebben zijn crediteuren inderdaad beslag laten leggen op de door het Hof toegekende schadevergoeding. Allenet de Ribemont vraagt de president van de Commissie dan ook om bij het Hof een verzoek om interpretatie van het arrest in de hoofdzaak in te dienen ter verduidelijking van de status van het door het Hof op grond van art. 50 toegekende bedrag. In haar verzoek tot interpretatie legt de Commissie het Hof onder meer de volgende vraag voor: dient art. 50 in die zin te worden begrepen dat elk op grond van dit artikel toegekend bedrag aan het slachtoffer persoonlijk en vrij van beslag moet worden betaald?

Het Hof verstaat deze vraag als een uitnodiging om art. 50 op een algemene, abstracte wijze uit te leggen. Dit overschrijdt echter niet alleen de door art. 57 Procesreglement A gestelde grenzen maar ook die van de contentieuze jurisdictie van het Hof op grond van het verdrag. In ieder geval heeft het Hof in casu niet bepaald dat enig aan de klager toegekend bedrag vrij van beslag zou zijn. Door afwijzing van het verzoek van de klager in het arrest in de hoofdzaak, heeft het Hof deze kwestie overgelaten aan de nationale autoriteiten. Het Hof wijst derhalve het verzoek van de Commissie om interpretatie af.[161]

Rechter DE MEYER meent in zijn 'dissenting opinion' dat het Hof de eerste vraag van de Commissie bevestigend had moeten beantwoorden. Het gaat immers in de eerste plaats om de vraag of de op grond van art. 50 toegekende billijke genoegdoening in casu aan de klager persoonlijk en vrij van beslag had moeten worden betaald. Bovendien moet niet worden vergeten dat kwesties betreffende de uitleg en toepassing van art. 50 evenzeer onder de rechtsmacht van het Hof vallen als die met betrekking tot andere verdragsbepalingen (art. 45 EVRM). Daarnaast legt het Hof verdragsbepalingen vaak eerst op een algemene abstracte wijze uit alvorens ze op het concrete geval toe te passen.

159 Arrest *Allenet de Ribemont* tegen Frankrijk van 10 februari 1995, A-308: schending art. 6 lid 2 (onschuldpresumptie) en 6 lid 1 (redelijke termijn). Zie voor de rechten van derden op de door het Hof op grond van art. 50 toegekende bedragen Flauss 1995, p. 15-19.

160 A-308, § 65.

161 Arrest *Allenet de Ribemont* tegen Frankrijk van 7 augustus 1996 (Interpretation), § 19, *RJD* 1996. Ook het verzoek om interpretatie ten aanzien van de kwestie welk deel van de op grond van art. 50 EVRM toegekende genoegdoening (ad twee miljoen FF) is bestemd voor vergoeding van materiële schade en welk deel voor immateriële schade, wijst het Hof van de hand. Het Hof acht zich niet gehouden op een dergelijke wijze te differentiëren in het toegekende bedrag; in feite is dit vaak moeilijk, zo niet onmogelijk.

DE MEYER is van oordeel dat de door het Hof gekozen oplossing om de tenuitvoerlegging van de beslissing op grond van art. 50 aan het oordeel van de nationale autoriteiten over te laten, in strijd komt met de geest van het verdrag. In de eerste plaats is het moeilijk te accepteren dat de executie van een art. 50-beslissing onderworpen is aan uiteenlopende wetgeving in verschillende verdragsstaten. In de tweede plaats is het even moeilijk te aanvaarden dat het recht op schadevergoeding wegens schending van fundamentele rechten zoals vastgelegd in het verdrag, kan worden gefrustreerd door een gewone schuld volgens het nationale recht. Dit klemt des te meer in het onderhavige geval, aangezien de vordering tegen de klager – althans indirect – een gevolg was van de tegen hem begane verdragsschending.

De opinie van DE MEYER kan ik volledig onderschrijven. Door de tenuitvoerlegging van een uitspraak op grond van art. 50 EVRM volledig aan het nationale recht over te laten, bestaat het gevaar dat de effectieve bescherming van de rechten van de mens, de belangrijkste doelstelling van het EVRM, wordt gefrustreerd. De uitspraak van het Hof is in feite in strijd met het arrest *Ringeisen*, waarin het Hof duidelijk heeft gemaakt dat het toegekende bedrag ter vergoeding van immateriële schade onvatbaar is voor beslag. Voor de effectieve tenuitvoerlegging van art. 50-beslissingen is het te hopen dat het Hof terugkomt op zijn uitspraak in de zaak *Allenet de Ribemont* en alsnog zijn in het arrest *Ringeisen* gegeven uitleg van art. 50 gaat volgen.

De zojuist gemaakte opmerkingen hebben betrekking op de periode dat de gelaedeerde een vorderingsrecht heeft op de aansprakelijke staat, die door het EHRM is veroordeeld tot de betaling van schadevergoeding wegens een inbreuk op het EVRM jegens hem. Indien de staat de schadevergoeding aan het slachtoffer heeft voldaan, ontstaat een andere situatie. Na uitbetaling van de op grond van art. 50 EVRM toegekende bedragen maken deze deel uit van het vermogen van het slachtoffer. Schuldeisers kunnen dan eventueel ingevolge het nationale recht claims doen gelden op deze bedragen. Uit de overwegingen van het Hof in het reeds genoemde arrest *Ringeisen* (de schadevergoeding 'doit être versée à Michael Ringeisen personellement et à titre insaisissable') blijkt echter niet dat de onmogelijkheid van beslaglegging slechts zou gelden voor de periode waarin de klager een vorderingsrecht heeft op de staat. Een en ander zal echter vele praktische bezwaren met zich brengen, aangezien het door het Hof toegekende en door de staat betaalde geldbedrag deel is gaan uitmaken van het vermogen van de klager.

4.6.4 Rechtspersonen

Jurisprudentie

Niet-publiekrechtelijke rechtspersonen kunnen op grond van art. 25 EVRM een klacht indienen bij de Commissie in geval van vermeende schending van een in het verdrag

neergelegd recht. In een aantal arresten heeft het Hof een schending van het verdrag geconstateerd ten aanzien van klagende ondernemingen. In de meeste gevallen betreft het een inbreuk op procedurele garanties, zoals de overschrijding van de redelijke termijn uit art. 6 EVRM.[162]

Vervolgens rijst de vraag of klagende rechtspersonen op dezelfde voet als klagende natuurlijke personen in aanmerking komen voor schadevergoeding op grond van art. 50 EVRM.

Ten aanzien van materiële schade ligt deze kwestie duidelijk: de rechtspersoon kan in aanmerking komen voor vergoeding van deze schade. In het arrest *Unión Alimentaria Sanders* betreft het bijvoorbeeld de overschrijding van de redelijke termijn in een civiele procedure en kent het Hof een vergoeding toe voor de door de klagende onderneming geleden materiële schade.[163] Een rechtspersoon kan ook in aanmerking komen voor vergoeding van gemaakte kosten.[164]

Volgens het Hof in het arrest *Open Door en Dublin Well Woman* kan ook een non-profit instelling verliezen lijden waarvoor ze dient te worden gecompenseerd.[165] In casu betreft het een door het Ierse Hooggerechtshof verleend verbod waardoor de klagers, twee adviesbureaus, ervan werden weerhouden om zwangere vrouwen informatie te geven over abortusfaciliteiten in het buitenland. Het Hof acht deze gang van zaken in strijd met art. 10 EVRM en kent de materiële schadeclaim van *Dublin Well Woman* in verband met inkomstenderving door het stopzetten van de adviesservice voor zwangere vrouwen gedeeltelijk toe.

MATSCHER is in zijn gedeeltelijke 'dissenting opinion' van mening dat art. 10 niet is geschonden. Ten aanzien van art. 50 overweegt hij in § 5 van zijn 'dissenting opinion':

> 'Even if I had accepted the position of the majority of the Court as regards the substance of the case, I could not agree with the award of any sum to Dublin Well Woman in respect of pecuniary damage (at the most it might have been possible to

162 Zie in dit verband onder meer R.A.R.S. Finaly, Grondrechtsbescherming van rechtspersonen, *NJCM-Bulletin* 16-2 (1991), p. 105-120 en van de hand van dezelfde auteur Grondrechten voor publiekrechtelijke rechtspersonen, *NJCM-Bulletin* 19-6 (1994), p. 610-622.

163 Arrest *Unión Alimentaria Sanders SA* tegen Spanje van 7 juli 1989, A-157, § 45; zie verder bijv. het arrest *Pine Valley Developments Ltd.* tegen Ierland van 9 februari 1993 (art. 50), A-246-B, § 15. In beide arresten kent het Hof ook een vergoeding van kosten toe; de klagende ondernemingen hebben geen vergoeding van immateriële schade geclaimd.

164 Zie bijv. de arresten *Sunday Times* tegen het Verenigd Koninkrijk van 6 november 1980 (art. 50), A-38, § 45; *Autronic AG* tegen Zwitserland van 22 mei 1990, A-178, § 65; *Observer and Guardian* tegen het Verenigd Koninkrijk van 26 november 1991, A-216, § 84; *Sunday Times (No. 2)* tegen het Verenigd Koninkrijk van 26 november 1991, A-217, § 70 en *Informationsverein Lentia e.a.* tegen Oostenrijk van 24 november 1993, A-276, § 47. In al deze gevallen was de claim beperkt tot de vergoeding van kosten. In de arresten *Tre Traktörer AB* tegen Zweden van 7 juli 1989, A-159, § 66 en 69 en *Editions Périscope* tegen Frankrijk van 26 maart 1992, A-234-B, § 47 en 49 wijst het Hof de materiële schadeclaim af en kent het wel een vergoeding van kosten toe.

165 Arrest *Open Door en Dublin Well Woman* tegen Ierland van 29 oktober 1992, A-246-A, § 87.

> envisage the award of compensation for non-pecuniary damage, if such a claim had been submitted). If this applicant is an idealistic, non-profit making association, as it gave the Court to understand, it is not entitled to claim compensation for loss of earnings; if on the other hand, it also operates as a commercial undertaking – a specialised travel agency – the whole case should equally appear to the majority in a rather different light.'[166]

Over de mogelijkheid van vergoeding van immateriële schade aan rechtspersonen heeft het Hof zich niet duidelijk uitgelaten.

In het arrest *Manifattura FL* tegen Italië betreft het de overschrijding van de redelijke termijn in een civiele procedure. De klager-onderneming claimt vergoeding van materiële en immateriële schade. Het Hof wijst de materiële schadeclaim af wegens onvoldoende bewijs en ten aanzien van de immateriële schadeclaim overweegt het Hof:

> '..., assuming that Manifattura FL, a commercial company, was capable of suffering such damage, the Court considers that the finding of a violation of Article 6 § 1 in itself provides sufficient just satisfaction for the purposes of Article 50.'[167]

In de zaak *Dombo Beheer BV* veegt het Hof de materiële en immateriële schadeclaims op één hoop en wijst ze af, aangezien ze zijn gebaseerd op de veronderstelling dat de klager-onderneming de nationale procedure zou hebben gewonnen bij het voldoen aan alle garanties van art. 6 EVRM.[168]

In het arrest *Matos e Silva, Lda. en anderen* is de klacht ingediend door twee ondernemingen en een natuurlijke persoon. Het Hof heeft schendingen geconstateerd van de redelijke termijn uit art. 6 en het recht op ongestoord eigendomsgenot uit art. 1 Protocol No. 1. De regering stelt dat alleen natuurlijke personen immateriële schade kunnen leiden vanwege de door de lengte van de procedure veroorzaakte onzekerheid. Het Hof begroot de schade in zijn geheel en houdt hierbij rekening met de door de overschrijding van de redelijke termijn veroorzaakte onzekerheid en met het nadeel geleden door de inbreuken op het eigendomsrecht. Het Hof kent één totaalbedrag toe aan de klagers, zonder te differentiëren tussen de ondernemingen en de natuurlijke persoon.[169]

166 A-246-A, p. 38-40 (op p. 40).
167 Arrest *Manifattura FL* tegen Italië van 27 februari 1992, A-230-B, § 22.
168 Arrest *Dombo Beheer BV* tegen Nederland van 27 oktober 1993, A-274, § 40.
169 Arrest *Matos e Silva, Lda. en anderen* tegen Portugal van 16 september 1996, § 101, *RJD* 1996.

Doctrine

DANNEMANN stelt voor dat het Hof te Straatsburg zich op dit terrein spiegelt aan de door het Duitse 'Bundesgerichtshof' ontwikkelde criteria. Voor het 'Bundesgerichtshof' is doorslaggevend of de rechtspersoon in kwestie tot doel heeft ook voor immateriële belangen op te komen. In de opvatting van de hoogste Duitse rechter kan een onderneming die overwegend uit is op het maken van winst niet in aanmerking komen voor vergoeding van immateriële schade.[170]

Conclusie/eigen standpunt

Naar mijn mening valt veel te zeggen voor het standpunt van DANNEMANN en het 'Bundesgerichtshof' in deze. Een organisatie met ideële doelstellingen kan in haar reputatie worden aangetast zonder dat sprake is van materiële schade. De immateriële schade kan bestaan in het feit dat de aantasting van de reputatie de verwezenlijking van de ideële doelstellingen van de organisatie, bijvoorbeeld op het terrein van de mensenrechten, bemoeilijkt. Vergoeding van deze immateriële schade is volgens mij op haar plaats.

Anders ligt dit met een commerciële onderneming. Ingeval de reputatie van een onderneming wordt aangetast zal de hieruit voortvloeiende schade materieel van aard zijn. Het lijkt me niet mogelijk dat een organisatie met winstoogmerk zuiver immateriële schade lijdt. Zo kan een commerciële onderneming die het slachtoffer is geworden van de overschrijding van de redelijke termijn in een civiele procedure (art. 6 EVRM) naar mijn mening geen immateriële schade lijden door de onzekerheid ten aanzien van de uitkomst van de procedure. Wel kan de onderneming in aanmerking komen voor de hierdoor geleden materiële schade, bijvoorbeeld bestaande in het derven van inkomsten.

Geconcludeerd kan worden dat het Hof van de ene kant niet lijkt uit te sluiten dat een klager-rechtspersoon in aanmerking kan komen voor vergoeding van morele schade, van de andere kant heeft het Hof zich tot nu toe niet duidelijk over deze kwestie uitgelaten en vooralsnog geen bedrag toegekend als vergoeding voor de door een rechtspersoon geleden immateriële schade veroorzaakt door een schending van het verdrag. Mijns inziens zou het Hof zich in de toekomst expliciet over deze kwestie moeten uitlaten. Het Hof heeft terecht geoordeeld dat rechtspersonen, of zij nu uit zijn op het maken van winst of een ideëel doel nastreven, in aanmerking kunnen komen voor de vergoeding van materiële schade.

170 Dannemann 1994, p. 388-389.

4.7 Conclusie

Op diverse plaatsen in dit hoofdstuk is reeds een tussenbalans opgemaakt. De kern is dat het EHRM de voorwaarden waaronder het de bevoegdheid heeft om op grond van art. 50 een genoegdoening toe te kennen ruim heeft opgevat. Bovendien is de individuele klager langzamerhand een steeds sterkere positie in de procedure voor het Hof gaan innemen.

HOOFDSTUK 5

Materiële kwesties in verband met artikel 50

5.1 Wat kan de billijke genoegdoening inhouden?

5.1.1 Schadevergoeding in geld

De meest voorkomende vorm van compensatie die het Hof toekent is de betaling van een som geld. Dit geldbedrag kan zowel betrekking hebben op materiële als immateriële schade. Tevens kan het een vergoeding van gemaakte kosten inhouden.

5.1.2 Declaratoire uitspraak

In een groot aantal arresten heeft het Hof geen schadevergoeding toegekend, maar is het van oordeel dat de constatering van de schending van een verdragsrecht op zichzelf voldoende 'billijke genoegdoening' biedt in de zin van art. 50. Deze vorm van compensatie hanteert het Hof met name in geval van immateriële schade. Een declaratoire uitspraak kan echter geen genoegdoening zijn voor gemaakte kosten.[1] Vaak overweegt het Hof dat de vaststelling van een verdragsschending in de omstandigheden van het geval voldoende compensatie biedt. Hierbij geeft het Hof dan geen nadere motivering.[2] Na inventarisatie van de jurisprudentie kunnen enige relevante factoren worden gesignaleerd.[3]

1 Arrest *Sunday Times* tegen het Verenigd Koninkrijk van 6 november 1980 (art. 50), A-38, § 16.

2 Zie voor slechts enkele voorbeelden de arresten *Minelli* tegen Italië van 25 maart 1983, A-62, § 44; *Bodén* tegen Zweden van 27 oktober 1987, A-125-B, § 41; *Hauschildt* tegen Denemarken van 24 mei 1989, A-154, § 58; *Ezelin* tegen Frankrijk van 26 april 1991, A-202, § 57 en *Schwabe* tegen Oostenrijk van 28 augustus 1992, A-242-B, § 39.

3 Zie in dit verband ook M.A. Eissen, La Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger* 1986, p. 1571-1572.

(i) De klager eist niets meer dan de constatering dat het verdrag is geschonden.

In het arrest *Deweer* vragen de erfgenamen van de klager als vergoeding voor de morele schade slechts de vaststelling van een inbreuk op het verdrag.[4] In het arrest *Pham Hoang* kan volgens de klager de hem toegebrachte immateriële schade, die is veroorzaakt door het ontbreken van kosteloze rechtsbijstand, worden goedgemaakt door de constatering van een schending van art. 6 lid 3(c). Het Hof honoreert dit verzoek.[5]

(ii) De schade of de inbreuk is zeer gering.

In de ogen van het Hof kan het slachtoffer enige immateriële schade hebben geleden, maar niet in die mate dat dit de toekenning van een financiële compensatie rechtvaardigt. Zo acht het Hof in het arrest *Wassink* de constatering van een schending van art. 5 lid 1, veroorzaakt door het ontbreken van een griffier bij de hoorzitting voor de president van de rechtbank die moest beslissen over de verlenging van de opname van een psychiatrische patiënt, voldoende genoegdoening voor het gevoel van frustratie dat de klager hier mogelijk aan over heeft gehouden.[6]

Het Hof kan ook overwegen dat de aard en de geringe ernst van de geconstateerde inbreuk de toekenning van een financiële compensatie niet rechtvaardigen.[7]

(iii) De schade is reeds (gedeeltelijk) gecompenseerd door andere maatregelen.

In het arrest *Dudgeon* constateert het Hof een schending van art. 8 door het bestaan in Noord-Ierland van wetten die bepaalde homosexuele handelingen tussen volwassen mannen verbieden. Het Hof vindt echter deze constatering van een inbreuk op art. 8 voldoende compensatie in de zin van art. 50, nu er inmiddels een wetswijziging heeft plaatsgevonden die naar de mening van het Hof grotendeels tegemoetkomt aan de eisen van de klager.[8] In het arrest *Norris*, dat betrekking heeft op een vergelijkbare situatie in Ierland, is het Hof dezelfde mening toegedaan, alhoewel er nog geen wetswijziging heeft plaatsgevonden.[9]

4 Arrest *Deweer* tegen België van 27 februari 1980, A-35, § 59.

5 Arrest *Pham Hoang* tegen Frankrijk van 25 september 1992, A-243, § 45; het betreft in casu een schending van art. 6.

6 Arrest *Wassink* tegen Nederland van 27 september 1990, A-185-A, § 41.

7 Zie bijv. het arrest *Kamasinski* tegen Oostenrijk van 19 december 1989, A-168, § 113 waarin het Hof spreekt van 'the nature and limited extent of the breach found'; het betreft in casu een schending van art. 6.

8 Arrest *Dudgeon* tegen het Verenigd Koninkrijk van 24 februari 1983 (art. 50), A-59, § 18.

9 Arrest *Norris* tegen Ierland van 26 oktober 1988, A-142, § 50.

In de zaak *Eckle* acht het Hof de immateriële schade voldoende gecompenseerd door de constatering van een inbreuk op het vereiste van berechting binnen een redelijke termijn van art. 6 lid 1. Het Hof hecht hierbij grote waarde aan het feit, dat de klagers voor de nationale rechter strafvermindering hebben verkregen in verband met de overschrijding van de redelijke termijn. Daarnaast speelt een rol de ernst van de vergrijpen, waarvoor de klagers hoge straffen hebben gekregen.[10]

(iv) Het bestaan van een causaal verband tussen de gestelde schade en de geconstateerde schending is niet bewezen.

In het arrest *Benthem* heeft het Hof uitgemaakt dat het Nederlandse Kroonberoep niet voldoet aan de vereisten van rechterlijke onpartijdigheid en onafhankelijkheid, die art. 6 lid 1 stelt. De klager dient een schadeclaim in van totaal vier miljoen gulden. Dit bedrag staat voor zijn faillissement en echtscheiding, die volgens de klager zijn veroorzaakt door de schending van art. 6 lid 1. Volgens het Hof is er geen enkel bewijs dat de inbreuk op art. 6 lid 1 Benthems faillissement en echtscheiding heeft veroorzaakt. In deze omstandigheden acht het Hof de constatering van een schending van art. 6 lid 1 op zichzelf voldoende billijke genoegdoening.[11]

Een vergelijkbare uitspraak heeft het Hof gedaan in de zaak *Barthold*, waarin het Hof overweegt dat niet is bewezen dat klagers hartaanval was te wijten aan de schending van art. 10. Wel erkent het Hof dat de klager enige immateriële schade heeft geleden, die echter wordt goedgemaakt door de constatering dat art. 10 is geschonden.[12]

In het arrest *Benham* overweegt het Hof dat de vaststelling van een schending van art. 6 de klager voldoende genoegdoening biedt voor de door hem geleden immateriële schade. Het Hof houdt hierbij in het bijzonder rekening met de onmogelijkheid om te speculeren over de vraag of de klager ook zou zijn gedetineerd, indien hij voor de rechter wel de bijstand van een advocaat zou hebben gehad.[13]

(v) De gestelde immateriële schade is niet bewezen.

In het arrest *Pakelli* overweegt het Hof, na te hebben geconcludeerd dat er geen enkel bewijs is voor de gestelde immateriële schade:

10 Arrest *Eckle* tegen Duitsland van 21 juni 1983 (art. 50), A-65, § 24.
11 Arrest *Benthem* tegen Nederland van 23 oktober 1985, A-97, § 46.
12 Arrest *Barthold* tegen Duitsland van 31 januari 1986, A-98, § 10.
13 Arrest *Benham* tegen het Verenigd Koninkrijk van 10 juni 1996, § 68, *RJD* 1996. In casu had de klager er volgens het Hof recht op om kosteloos in de rechterlijke procedure te worden vertegenwoordigd.

> 'In any event, the finding of a violation contained in the present judgment, has already furnished sufficient redress for the alleged non-pecuniary loss.'[14]

In vele arresten laat het Hof het bewijs van de immateriële schade in het midden. Zo overweegt het Hof in het arrest *Zimmermann en Steiner*:

> '....assuming that the applicants suffered some degree of prejudice in the form of mental strain, adequate just satisfaction therefore would in this case be furnished by the finding, in the present judgment, that the reasonable time was exceeded.'[15]

In het arrest *Abdoella* acht het Hof de redelijke termijn in een strafprocedure overschreden. Alhoewel de tijd doorgebracht in voorlopige hechtenis werd afgetrokken van zijn uiteindelijke veroordeling, accepteert het Hof dat 'he may have suffered some frustration and anxiety.' In de omstandigheden van het geval is het Hof echter van mening dat de constatering van een schending van art. 6 lid 1 op zichzelf voldoende billijke genoegdoening is voor de immateriële schade.[16]

(vi) Bij een potentiële verdragsschending.

Een merkwaardige categorie van declaratoire uitspraken vormt die waarin sprake is van een potentiële verdragsschending. Bij een dreigende schending van het verdrag kan het Hof ook aan de kwestie van schadevergoeding op grond van art. 50 toekomen.

In het arrest *Soering* gaat het om een beslissing van de Britse autoriteiten om een Duitse onderdaan uit te leveren aan de Verenigde Staten, waar hem een berechting wacht op beschuldiging van moord en hem het reële risico bedreigt om ter dood te worden veroordeeld. De klager claimt een effectieve tenuitvoerlegging van de beslissing van het Hof. Soering nodigt het Hof uit om de betrokken verdragspartijen en hemzelf te assisteren door het geven van voorschriften ten aanzien van de werking van het arrest. Het Hof constateert een schending van het verbod van een onmenselijke of vernederende behandeling in de zin van art. 3, indien de beslissing om uit te leveren ten uitvoer wordt gelegd. Het Hof vindt deze vaststelling voldoende genoegdoening in de zin van art. 50 en acht zich niet bevoegd op grond van het verdrag om de door de klager gevraagde voorschriften te geven.[17]

In het arrest *Beldjoudi* gaat het om een Algerijn die in Frankrijk is geboren en die is getrouwd met een Française. Zijn ouders zijn geboren in de toenmalige Franse

14 Arrest *Pakelli* tegen Duitsland van 25 april 1983, A-64, § 46.

15 Arrest *Zimmermann en Steiner* tegen Zwitserland van 13 juli 1983, A-66, § 35.

16 Arrest *Abdoella* tegen Nederland van 25 november 1992, A-248-A, § 28.

17 Arrest *Soering* tegen het Verenigd Koninkrijk van 7 juli 1989, A-161, § 127; zie voor twee vergelijkbare uitspraken in verband met een potentiële schending van art. 3, de arresten *Chahal* tegen het Verenigd Koninkrijk van 15 november 1996 en *Ahmed* tegen Oostenrijk van 17 december 1996, beide *RJD* 1996.

kolonie Algerije. Na de onafhankelijkheid van Algerije in 1962 verloren zij samen met hun kinderen de Franse nationaliteit, aangezien zij niet hadden verklaard deze nationaliteit te erkennen. De Franse autoriteiten hebben een uitzettingsbevel tegen Beldjoudi uitgevaardigd wegens zijn omvangrijke strafblad. Het Hof acht het recht op eerbiediging van het gezinsleven (art. 8) van Beldjoudi en zijn vrouw geschonden, indien het uitzettingsbevel tegen de klager ten uitvoer wordt gelegd. Het Hof wijst de schadeclaim van het echtpaar Beldjoudi ad tien miljoen FF af en acht de constatering van een schending van art. 8 een voldoende genoegdoening voor de geleden immateriële schade.[18]

(vii) Het gedrag van de klager.

Bij het doen van declaratoire uitspraken door het Hof kan het gedrag van de klager een rol spelen.

Het kan zijn dat de inachtneming van het verdragsrecht niet de eerste zorg van de klager vormt. In het arrest *Corigliano* overweegt het Hof:

> '...the facts of the case give cause to believe that observance of "the reasonable time" requirement did not constitute one of his primary concerns.'[19]

De schade kan deels zijn te wijten aan de eigen schuld van de benadeelde. In het arrest *Luberti* schrijft het Hof de vertragingen voor een deel toe aan gedragingen van de klager. Voor zover deze vertragingen zijn te wijten aan de Italiaanse autoriteiten biedt de constatering van een schending van art. 5 lid 4 volgens het Hof voldoende genoegdoening in de zin van art. 50.[20]

(viii) De schade is niet door de klager zelf geleden.

In het arrest *Deumeland* acht het Hof het niet nodig de klager een financiële compensatie toe te kennen voor immateriële schade die is geleden door zijn inmiddels overleden moeder. Het Hof meent dat een constatering van een schending van art. 6 lid 1, veroorzaakt door de overschrijding van de redelijke termijn in een civiele procedure, in dit verband volstaat.[21]

18 Arrest *Beldjoudi* tegen Frankrijk van 26 maart 1992, A-234-A, § 86.
19 Arrest *Corigliano* van 10 december 1982, A-57, § 31.
20 Arrest *Luberti* tegen Italië van 23 februari 1984, A-75, § 41.
21 Arrest *Deumeland* tegen Duitsland van 29 mei 1986, A-100, § 97.

(ix) Gedeeltelijk gegronde klachten.

Een rol kan spelen dat niet alle door de klagers naar voren gebrachte klachten succes hebben gehad. Zo is in het arrest *Johnston en anderen* de klacht ingediend door een man en een vrouw en de uit hun relatie geboren dochter. De vader is formeel nog steeds getrouwd met een andere vrouw, aangezien het Ierse recht echtscheiding niet toestaat. De in 1978 geboren dochter is een onwettig kind volgens Iers recht en heeft als zodanig minder aanspraken op de nalatenschap van haar ouders dan wettige kinderen. De verzoekers beroepen zich met name op het recht op eerbiediging van hun gezinsleven ex art. 8. Het Hof acht art. 8 geschonden voorzover het Ierse recht onwettige kinderen achterstelt ten opzichte van wettige kinderen. De onmogelijkheid om te scheiden volgens Iers recht acht het Hof niet in strijd met art. 8. De door de klagers gestelde immateriële schade is grotendeels veroorzaakt door kwesties die het Hof niet in strijd heeft bevonden met het verdrag. Voorzover deze schade is veroorzaakt door de 'onwettige' situatie van de dochter is de constatering van een schending van art. 8 volgens het Hof op zichzelf voldoende compensatie in de zin van art. 50.[22]

De declaratoire uitspraken van het Hof zijn niet zonder kritiek gebleven.

Rechterlijke opinies

In de eerste plaats hebben enkele rechters hiervan in hun 'opinion' blijk gegeven. In het arrest *Engel en anderen* betreft het ten aanzien van Engels medeklagers een schending van art. 6 lid 1 veroorzaakt door de niet openbare behandeling van hun zaak door het Hoog Militair Gerechtshof.[23] Het Hof acht de constatering van een schending van het verdrag voldoende compensatie in de zin van art. 50. De rechters GANSHOF VAN DER MEERSCH en EVRIGENIS hebben in hun 'separate opinion' enige moeite om de redenering waarmee het Hof tot dit resultaat komt te volgen. Zij vinden het moeilijk te accepteren dat de constatering door het Hof dat een materiële verdragsbepaling is geschonden, terwijl dit een voorwaarde is voor de toepassing van art. 50, tegelijkertijd het rechtsgevolg kan zijn van deze bepaling:

> 'According to Article 50 of the Convention, the Court shall afford, on the conditions laid down in that provision, "just satisfaction" to the injured party if it finds a breach of the Convention. It seems difficult to accept the proposition that the finding by the Court of a breach of the substantive provisions of the Convention, whilst constituting a condition for the application of Article 50, can at the same time be the consequence in law following from that same provision.'[24]

22 Arrest *Johnston en anderen* tegen Ierland van 18 december 1986, A-112, § 84.
23 Arrest *Engel en anderen* tegen Nederland van 8 juni 1976, A-22.
24 Arrest *Engel en anderen* van 23 november 1976 (art. 50), A-22, p. 71.

In het arrest *Marckx* meent de meerderheid van het Hof dat de vaststelling van een schending van art. 14 j° 8, veroorzaakt door het wettelijk onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen, voldoende compensatie biedt in de zin van art. 50.[25] De rechters BALLADORE PALLIERI, PEDERSEN, GANSHOF VAN DER MEERSCH, EVRIGENIS, PINHEIRO FARINHA en GARCIA DE ENTERRIA zijn in hun gezamenlijke 'dissenting opinion' van mening dat de bescheiden claim van moeder en dochter Marckx van ieder één Belgische franc had moeten worden toegekend. Zij vinden dat deze declaratoire uitspraak niet zonder meer kan worden gegrond op een principiële beslissing van algemene strekking. In hun opinie dient de beoordeling van wat juist is om als genoegdoening aan de getroffen partij toe te kennen alsmede de vorm van deze genoegdoening af te hangen van de bijzondere feiten en omstandigheden van het geval. De claim van klaagsters is een symbolisch bedrag als compensatie voor immateriële schade en deze genoegdoening moet volgens de dissenters een persoonlijk karakter hebben toegepast op de effecten van de wet in hun bijzondere geval.[26]

Doctrine

Ook in de doctrine is kritiek geleverd op de praktijk van het Hof om de schadeclaim van de klager af te wijzen en te constateren dat de vaststelling van een schending van het verdrag voldoende genoegdoening is in de zin van art. 50.

CASTRO-RIAL GARRONE plaatst enige kritische kanttekeningen bij deze declaratoire uitspraken, aangezien deze morele genoegdoening zich niet slechts uitstrekt over zuiver immateriële schade maar ook over materiële schade.[27]

De belangrijkste kritiek van DANNEMANN is dat het Hof geregeld claims voor vergoeding van immateriële schade afwijst met als enige motivering dat de vaststelling van een verdragsschending reeds voldoende compensatie biedt. Het Hof motiveert derhalve niet nader waarom het geen financiële compensatie toekent, terwijl het vaak om ernstige immateriële nadelen gaat.[28]

MCBRIDE stoort zich ook aan dit motiveringsgebrek:

> '... there is no real explanation as to why the judgment should be sufficient, except perhaps that the Court has little sympathy with the applicant; this seems particularly so in cases involving prisoners or where the applicant is somehow regarded as being at fault.'[29]

25 Arrest *Marckx* tegen België van 13 juni 1979, A-31.
26 A-31, p. 32-33.
27 Castro-Rial Garrone 1985, p. 898.
28 Dannemann 1994, p. 368.
29 Jeremy McBride, Redress for human rights violations, in: *Droit sans frontières*. Essays in honour of L. Neville Brown, edited by Geoffrey Hand . Jeremy McBride, Birmingham, 1991, p. 161-174 (op p. 172).

ALKEMA is evenmin gelukkig met de praktijk van het Hof om na constatering van een schending van een door het EVRM gegarandeerde procedurele garantie geregeld schadeclaims af te wijzen of te volstaan met een declaratoire uitspraak:

> 'Klaarblijkelijk creëert het Hof door hier -en elders- een schending vast te stellen zonder daaraan een schadevergoeding te verbinden een categorie van minder ernstige vormverzuimen.'[30]

Eigen standpunt

Bovenstaande kritiek deel ik. Het Hof heeft zelf reeds uitgemaakt dat de door de klager gemaakte kosten niet kunnen worden goedgemaakt door de vaststelling van een verdragsschending.[31] Het is logisch deze redenering ook door te trekken naar materiële schade.[32] Een in strijd met de vereisten van het verdrag opgelegde boete kan niet worden gecompenseerd door een declaratoire uitspraak van het Hof. Het overgrote deel van de declaratoire uitspraken van het Hof heeft echter betrekking op immateriële schade. Indien de klager zelf om een declaratoire uitspraak vraagt is het natuurlijk geen probleem als het Hof een dergelijke uitspraak doet. Naar mijn mening ligt dit anders als de klager een claim indient voor vergoeding van immateriële schade en het Hof deze claim afwijst met als enige motivering dat de vaststelling van een inbreuk op het verdrag reeds voldoende compensatie biedt. Mijns inziens dient het Hof de afwijzing van een schadeclaim grondig te motiveren teneinde al te grote verschillen bij de kwestie van schadevergoeding op grond van art. 50 te voorkomen.

Hierboven bleek dat bij enkele declaratoire uitspraken van het Hof ook andere factoren een rol spelen, zoals het feit dat de schade reeds (gedeeltelijk) is gecompenseerd door andere maatregelen.

In het arrest *Dudgeon* is het Hof van oordeel dat art. 8 is geschonden door het bestaan in Noord-Ierland van wetten die bepaalde, vrijwillig aangegane, homosexuele handelingen in de privésfeer tussen volwassen mannen verbieden.[33] De klager dient diverse claims in voor vergoeding van materiële en immateriële schade alsmede van kosten. De klager stelt dat hij als gevolg van de in het geding zijnde wetten gedurende vele jaren aanzienlijke nadelen heeft geleden: psychische schade, schade aan zijn relaties met familie en maatschappij, niet-ontplooiing van zijn persoonlijkheid, aantasting van zijn reputatie en verlies van capaciteit om te verdienen. Dudgeon claimt

30 Zie de noot van E.A. Alkema onder het arrest *Bunkate* tegen Nederland van 26 mei 1993, A-248-B, *NJ* 1993, 466.

31 Arrest *Sunday Times* tegen het Verenigd Koninkrijk van 6 november 1980 (art. 50), A-38, § 16; anders de Britse rechter Fitzmaurice in zijn 'dissenting opinion' bij dit arrest, A-38, p. 20.

32 Zo ook Castro-Rial Garrone 1985, p. 898 en Dannemann 1994, p. 367.

33 Arrest *Dudgeon* tegen het Verenigd Koninkrijk van 22 oktober 1981, A-45.

£10.000 als billijke genoegdoening voor deze schade. Daarnaast claimt hij £5.000 als vergoeding voor immateriële schade die hij heeft geleden door een op hem in 1976 uitgevoerd politieonderzoek. Op 21 januari 1976 vond bij klager een onderzoek plaats op verdenking van drugsmisbruik. De politie nam een hoeveelheid cannabis in beslag, alsmede persoonlijke papieren, inclusief correspondentie en dagboeken van de klager waarin homosexuele activiteiten werden beschreven. Op grond hiervan werd hij meegenomen naar het politiebureau, waar hij werd ondervraagd over zijn sexuele leven. In februari 1977 werd hem medegedeeld dat geen vervolging zou worden ingesteld en kreeg hij zijn persoonlijke papieren terug.

Het Hof meent dat het bestaan van de wetten in kwestie de klager ongetwijfeld op zijn minst enige angst, psychische nood en ellende heeft bezorgd. Inmiddels heeft er echter een wetswijziging in Noord-Ierland plaatsgevonden waardoor de bedoelde handelingen in beginsel niet meer strafbaar zijn vanaf de leeftijd van 21 jaar. Dudgeon zegt zich niet in deze wetswijziging te kunnen vinden. Het Hof is echter van mening, dat er met deze wetswijziging aan zijn wensen tegemoet is gekomen. Het Hof leidt uit de wetswijziging en de aard van de geconstateerde schending af dat het arrest in de hoofdzaak ten aanzien van deze schadeclaim voldoende 'just satisfaction' biedt in de zin van art. 50.

Het politieonderzoek vormde volgens het Hof een inbreuk op het recht op eerbiediging van het privéleven van de klager ex art. 8, waardoor hij op zijn minst enige immateriële schade moet hebben geleden. Het onderzoek was echter slechts een specifieke uitvoeringsmaatregel van de wetten die deze inbreuk op het privéleven van de klager toestonden en toonde volgens het Hof slechts aan dat de dreiging die de klager boven zijn hoofd hing reëel was. De in het geding zijnde wetten zijn inmiddels gewijzigd en het Hof acht het, in de omstandigheden van het geval, niet nodig om de klager een financiële compensatie toe te kennen voor de extra schade die hij heeft geleden ten gevolge van het politieonderzoek.[34]

Bij deze uitspraak kunnen wel enige kanttekeningen worden geplaatst. Een (op de toekomst gerichte) wetswijziging kan toch bezwaarlijk worden gezien als een compensatie voor de door de klager reeds geleden schade, terwijl hij bovendien uitdrukkelijk aangeeft zich niet in deze wetswijziging te kunnen vinden. Nog vreemder doen de overwegingen van het Hof ten aanzien van het politieonderzoek aan. Het Hof erkent dat de klager hierdoor immateriële schade heeft geleden. Volgens het Hof was dit onderzoek slechts een uitvoeringsmaatregel van de wetten die deze inbreuk op het privéleven van de klager toestonden. Het bestaan van deze wetten leidde echter nu juist tot een inbreuk op het recht op privéleven van de klager uit art. 8. De argumentatie van het Hof om geen compensatie toe te kennen voor de schade veroorzaakt door het politieonderzoek steekt naar mijn mening dan ook niet logisch in elkaar.

34 Arrest *Dudgeon* tegen het Verenigd Koninkrijk van 24 februari 1983 (art. 50). A-59, § 18.

Het lijkt mij geen bezwaar, dat het Hof zich bedient van declaratoire uitspraken bij wijze van billijke genoegdoening in geval van lichte schendingen van het verdrag, waarbij het slachtoffer geringe schade heeft geleden.[35] Het Hof zal dit dan wel zorgvuldig moeten onderzoeken en nader dienen te motiveren waarom het geen schadevergoeding toekent.

5.1.3 Restitutio in integrum

Voor het Hof staat voorop dat het slachtoffer van een verdragsschending zoveel mogelijk in de positie moet worden geplaatst waarin hij zou hebben verkeerd, indien de vereisten van het EVRM wel in acht zouden zijn genomen.

In het arrest *Piersack* benadrukt het Hof het beginsel van *restitutio in integrum* door te overwegen dat de klager zoveel mogelijk in de situatie moet worden gebracht waar hij in zou hebben verkeerd, indien de vereisten van art. 6 niet waren geschonden.[36] Ook in het arrest *Papamichalopoulos en anderen* stelt het Hof *restitutio in integrum* voorop, waarbij het verwijst naar de klassieke uitspraak van het Permanente Hof van Internationale Justitie inzake de fabriek te Chorzów.[37] De schending van art. 1 Protocol No. 1 kan volgens het Hof het beste worden goedgemaakt door de teruggave van het ten onrechte onteigende land.[38] Het Hof bepaalt dat de Griekse overheid het land inclusief bebouwing binnen zes maanden na de uitspraak moet teruggeven aan de klagers. Bij gebreke van deze restitutie na zes maanden, dient de Griekse staat een zeer fors bedrag ter vergoeding van de materiële schade aan de klagers te betalen.[39]

Restitutio in integrum komt in de jurisprudentie van het Hof op diverse plaatsen als vorm van compensatie ter sprake.

In de eerste plaats zijn er arresten, waarin het Hof na constatering van een schending van art. 6 de kwestie van art. 50 aanhoudt met het oog op nationale mogelijkheden van herstel.

In het zojuist genoemde arrest *Piersack* heeft het Hof een schending geconstateerd van het vereiste van rechterlijke onpartijdigheid uit art. 6 lid 1.[40] Deze schending is daarna grotendeels goedgemaakt door de in België gevoerde procedures en het Hof

35 Zo ook Polakiewicz 1991, p. 129.

36 Arrest *Piersack* tegen België van 26 oktober 1984 (art. 50), A-85, § 12.

37 Arrest van 13 september 1928, C.P.J.I. Série A No 17; zie over deze uitspraak hoofdstuk 3 § 3.1.

38 Zie ook het arrest *Hentrich* tegen Frankrijk van 22 september 1994, A-296-A, § 71.

39 Arrest *Papamichalopoulos en anderen* van 31 oktober 1995 (art. 50), A-330-B, §§ 38-39; in zijn arrest in de hoofdzaak van 24 juni 1993, A-260-B, heeft het Hof een inbreuk op art. 1 van Protocol No. 1 geconstateerd, veroorzaakt door de onteigening van het land van de klagers door de nieuwe machthebbers in 1967.

40 Arrest *Piersack* tegen België van 1 oktober 1982, A-53.

overweegt dat 'those proceedings brought about a result as close to restitutio in integrum as was possible in the nature of things.'[41]

In het arrest *Windisch* heeft het Hof een schending aangenomen van art. 6 lid 1 j° lid 3(d), aangezien de veroordeling van de klager voor een groot deel was gebaseerd op de verklaring van twee anonieme getuigen.[42] Na dit arrest van het Hof werd de veroordeling van de klager vernietigd en werd een nieuwe strafprocedure tegen hem aangevangen. In deze procedure, die tot een identiek resultaat leidde, werden alle vereisten van art. 6 in acht genomen; in het bijzonder maakten de twee anonieme getuigen hun identiteit bekend. Het Hof vindt dat deze procedure de verdragsinbreuk heeft hersteld en overweegt ten aanzien van de materiële schadeclaim:

> '.....the end-result of the fresh set of proceedings, together with the fact that the term of imprisonment previously served by the applicant was fully taken into account, have brought about a situation as close to restitutio in integrum as was possible in the nature of things.'[43]

In de tweede plaats komt deze vorm van compensatie aan de orde bij het verdisconteren van de in voorlopige hechtenis doorgebrachte tijd in de uiteindelijk opgelegde straf. In het arrest *Ringeisen* meent het Hof dat de aftrek van de tijd doorgebracht in voorarrest van de opgelegde gevangenisstraf zonder twijfel in beschouwing moet worden genomen bij het waarderen van de hoogte van de schade die is veroorzaakt door de excessieve duur van de voorlopige hechtenis. Het betreft echter op geen enkele wijze een *restitutio in integrum*, 'for no freedom is given in place of the freedom unlawfully taken away.'[44] Er volgt toekenning van een financiële compensatie. In het arrest *Neumeister* overweegt het Hof:

> 'While remission of sentence, like the reckoning of detention as part of a sentence, does not constitute real restitution in integrum, it comes as close to it as possible in the nature of things.'[45]

Het Hof wijst de claim voor financiële compensatie af, mede gezien het feit dat de klager in eerste instantie had aangegeven de kwijtschelding van het restant van zijn veroordeling de best mogelijke vorm van herstel te vinden; de Oostenrijkse autoriteiten hebben hem vervolgens gratie verleend.

In het arrest *Engel en anderen* houdt het Hof bij het waarderen van de schade rekening met de korte duur van de detentie en het feit dat de schade, veroorzaakt door

41 Arrest *Piersack* tegen België van 26 oktober 1984 (art. 50), A-85, § 12.
42 Arrest *Windisch* tegen Oostenrijk van 27 september 1990, A-186.
43 Arrest *Windisch* tegen Oostenrijk van 28 juni 1993 (art. 50), A-255-D, § 14.
44 Arrest *Ringeisen* tegen Oostenrijk van 22 juni 1972, A-15, § 21.
45 Arrest *Neumeister* tegen Oostenrijk van 7 mei 1974 (art. 50), A-17, § 40.

schending van art. 5 lid 1, grotendeels is goedgemaakt doordat *Engel* in feite zijn straf niet heeft hoeven te ondergaan. Alhoewel dit geen *restitutio in integrum* is, is het desalniettemin relevant in de context van art. 50. Het Hof overweegt:

> '.., it is clear from the case-law of the European Court that the reckoning of detention on remand (...) as part of a later sentence cannot eliminate a violation of paragraph 3 of Article 5, but may have repercussions only under Article 50 on the basis that it limited the loss occasioned (...).'[46]

Het Hof kent Engel een compensatie toe van *f*100.

In de derde plaats komt *restitutio in integrum* aan de orde in een aantal zaken, waarin het Hof overweegt dat vanwege de aard van de schending volledig herstel van de schade niet mogelijk is. Zo constateert het Hof in het arrest *König* een schending van het vereiste van berechting binnen een redelijke termijn en overweegt:

> '.....when proceedings are continued beyond "the reasonable time" laid down in Article 6 § 1, the intrinsic nature of the wrong prevents complete reparation (restitutio in integrum). This being so, the only claim the applicant can make is for just satisfaction.'[47]

Het Hof kent financiële compensatie toe, met name voor immateriële schade.

Op dezelfde wijze is het Hof van mening dat volledig herstel onmogelijk is bij een onrechtmatige vrijheidsberoving (art. 5)[48] en bij een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting (art. 10).[49]

In het arrest *Sporrong en Lönnroth* overweegt het Hof dat slechts een financiële vergoeding als vorm van compensatie hoeft te worden overwogen, aangezien de intrekking van de onteigeningsvergunningen en de bouwverboden met betrekking tot de eigendommen in kwestie niet kan worden beschouwd als een *restitutio in integrum*.[50]

De bovenstaande voorbeelden maken duidelijk, dat bij schending van een verdragsrecht *restitutio in integrum* meestal onmogelijk is. De schade kan in een dergelijk geval enigszins worden gecompenseerd door een financiële genoegdoening. In dit verband is ook van belang dat het Hof bepaalde bevoegdheden mist, zoals de mogelijkheid

46 Arrest *Engel en anderen* tegen Nederland van 23 november 1976 (art. 50), A-22, § 69.

47 Arrest *König* tegen Duitsland van 10 maart 1980 (art. 50), A-36, § 15.

48 Arrest *Guzzardi* tegen Italië van 6 november 1980, A-39, § 113.

49 Arrest *Sunday Times* tegen het Verenigd Koninkrijk van 6 november 1980 (art. 50), A-38, § 13.

50 Arrest *Sporrong en Lönnroth* tegen Zweden van 18 december 1984 (art. 50), A-88, § 32; in zijn arrest van 23 september 1982, A-52 heeft het Hof onder meer een schending geconstateerd van het recht op het ongestoord genot van de eigendom (art. 1 Protocol No. 1) veroorzaakt door een vergunning tot onteigening van lange duur, gepaard gaande met beperkingen op de bouw.

om nationale beslissingen te herzien. Een uitzondering vormt het zojuist genoemde arrest *Papamichalopoulos en anderen*, waarin het Hof in de eerste plaats heeft bepaald dat de Griekse overheid het ten onrechte onteigende land aan de klagers moet teruggeven.[51] Compensatie in het kader van een minnelijke schikking komt in het algemeen eerder in de buurt van een herstel in de vorige toestand.

5.1.4 Symbolische schadevergoeding

In enkele arresten van het Hof heeft de zogenaamde symbolische schadevergoeding een rol gespeeld. Bij deze vorm van schadevergoeding gaat het meestal om een klein geldbedrag dat bij wijze van genoegdoening wordt betaald, zonder dat de werkelijk geleden schade wordt vergoed.

In het reeds genoemde arrest *Engel* kent het Hof *Engel*, in aanvulling op de genoegdoening van de constatering van een schending van art. 5 lid 1, een symbolische schadevergoeding ('token indemnity') van *f*100 toe.[52]

In het ook al genoemde arrest *Marckx* wijst de meerderheid van het Hof de symbolische claim van moeder en dochter Marckx van ieder één Belgische franc af en acht de constatering van een schending van art. 14 j° 8 voldoende genoegdoening in de zin van art. 50. Zes dissenters vinden dat het Hof deze symbolische claim wel had moeten toekennen.[53]

In het arrest *Oberschlick* heeft het Hof onder meer een schending geconstateerd van art. 10. De klager, een journalist, werd veroordeeld wegens het schrijven van een artikel, waarin hij zich beledigend zou hebben uitgelaten over een politicus. De klager claimt onder meer één symbolische Oostenrijkse Schilling in verband met de inbeslagneming van het nummer van het tijdschrift, waarin zijn artikel was verschenen. Het Hof wijst deze claim af, aangezien deze schade was geleden door de eigenaars van het tijdschrift en de klager niet duidelijk heeft weten te maken waarom hij recht zou hebben op vergoeding van deze schade.[54]

Voor kosten van de advocaat in de Straatsburgse procedure claimt de klager in de zaak *Unión Alimentaria Sanders SA* het symbolische bedrag van één peseta. De regering gaat akkoord met de totale kostenclaim. Het Hof kent de Straatsburgse kostenclaim, inhoudende reis- en verblijfkosten alsmede de kosten van de advocaat ad één peseta, toe.[55]

In de zojuist genoemde jurisprudentie van het Hof met betrekking tot de kwestie van symbolische compensatie is niet echt een lijn te ontdekken. In het arrest *Engel* kent

51 Zie verder over deze zaak en de bevoegdheden van het Hof § 5.1.5.
52 Arrest *Engel en anderen* tegen Nederland van 23 november 1976 (art. 50), A-22, § 10.
53 Arrest *Marckx* tegen België van 13 juni 1979, A-31, p. 32-33.
54 Arrest *Oberschlick* tegen Oostenrijk van 23 mei 1991, A-204, § 67.
55 Arrest *Unión Alimentaria Sanders SA* tegen Spanje van 7 juli 1989, A-157, § 46-47.

het Hof een symbolische compensatie van *f* 100 toe, terwijl de zeer bescheiden claim van de klaagsters van ieder één Belgische franc in het arrest *Marckx* wordt afgewezen. Een claim van één Oostenrijkse Schilling wijst het Hof af in het arrest *Oberschlick*, waar het een symbolische claim van één peseta in het arrest *Unión Alimentaria Sanders SA* toewijst. Bij laatstgenoemde zaak speelt waarschijnlijk een rol dat de regering geen bezwaar maakte tegen de totale kostenclaim, inclusief het symbolische bedrag.

Het Hof zou zich duidelijker moeten uitspreken over de kwestie van symbolische compensatie. Mijns inziens zou het Hof een bescheiden symbolische claim, zoals in het arrest *Marckx*, die in verband staat met de geconstateerde verdragsschending moeten toekennen.[56]

5.1.5 Grenzen aan de bevoegdheden van het Hof

Jurisprudentie

Het staat vast dat het Hof geen 'cassatierechter' is: het heeft niet de bevoegdheid om met het verdrag strijdige wetgeving of maatregelen te vernietigen, noch de bevoegdheid om onherroepelijke uitspraken van nationale rechters te herzien. Evenmin is het Hof bevoegd de verdragsstaat in kwestie op te dragen bepaalde handelingen te verrichten. De verdragspartij heeft volgens constante jurisprudentie van het Hof de vrijheid op welke wijze zij aan haar verplichtingen ex art. 53 EVRM wil voldoen.

Zo overweegt het Hof in het arrest *Le Compte, Van Leuven en De Meyere* naar aanleiding van één van de claims van de klagers, dat het niet de bevoegdheid heeft de Belgische regering te dwingen om de in het geding zijnde disciplinaire sancties en strafrechtelijke veroordelingen in te trekken.[57] In het arrest *Dudgeon* vraagt de klager om een formele verklaring van de regering, dat hij niet zal worden gediscrimineerd op grond van zijn homosexualiteit of het feit dat hij een klacht in Straatsburg heeft ingediend, indien hij solliciteert voor de civiele dienst. Het Hof overweegt echter dat het niet bevoegd is de regering op te dragen een dergelijke verklaring te geven.[58] In het arrest *Campbell en Cosans* vraagt een van de klagers om een inspanning van de regering, opdat kinderen niet worden onderworpen aan enige vorm van lijfstraf op scholen binnen de jurisdictie van het Verenigd Koninkrijk. Het Hof overweegt echter:

56 Zie bijv. ook het arrest *Vacher* tegen Frankrijk van 17 december 1996, § 33-34, *RJD* 1996. Het Hof gaat niet in op de claim van één FF voor de geleden immateriële schade en overweegt dat een constatering van een schending van art. 6 de klager in dit verband voldoende genoegdoening biedt.

57 Arrest *Le Compte, Van Leuven en De Meyere* tegen België van 18 oktober 1982 (art. 50), A-54, § 13.

58 Arrest *Dudgeon* tegen het Verenigd Koninkrijk van 24 februari 1983 (art. 50), A-59, § 15.

> 'The Court's judgments leave to the Contracting State concerned the choice of the means to be utilised in its domestic legal system for performance of its obligations under Article 53. The Court is therefore not empowered to direct the United Kingdom to give the undertaking sought.'[59]

In het arrest *W* tegen het Verenigd Koninkrijk vraagt de klager, vader van een ondertoezichtgesteld en uithuisgeplaatst kind, het Hof om een aantal voorschriften te geven met betrekking tot de contacten met zijn kind. Het Hof overweegt echter dat het op grond van het verdrag niet de bevoegdheid heeft dergelijke orders te geven.[60] Rechter DE MEYER meent in zijn verklaring bij dit arrest dat de verplichting van het Hof ex art. 19 EVRM 'to ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties, may, in certain circumstances, entail the power to make orders.'[61]

Volgens constante jurisprudentie van het Hof is de veroordeelde verdragsstaat op grond van art. 53 EVRM derhalve gehouden maatregelen te nemen die de verdragsschending opheffen, maar is deze staat hierbij vrij in de keuze van de middelen.[62] Zo heeft het Hof een verzoek van de klager om aanpassing van het nationale recht aan te bevelen van de hand[63], evenals het verzoek om de regering op te dragen de nationale strafprocedure te heropenen.[64]

Deze vrijheid is echter niet onbegrensd, zoals blijkt uit het arrest *Vermeire* tegen België.[65] In deze zaak betreft het net als in het arrest *Marckx*[66] het onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen, met name in het erfrecht. Dit onderscheid acht

59 Arrest *Campbell en Cosans* tegen het Verenigd Koninkrijk van 22 maart 1983 (art. 50), A-60, § 16.

60 Arrest *W* tegen het Verenigd Koninkrijk van 9 juni 1988 (art. 50), A-136-C, § 14; in zijn arrest in de hoofdzaak van 8 juli 1987, A-121, heeft het Hof een schending geconstateerd van de artikelen 8 en 6 lid 1 veroorzaakt door de gevolgde procedures en het niet voldoen van de beschikbare rechtsmiddelen in verband met beslissingen over het kind van de klager, dat zich onder de zorg van een lokale autoriteit bevond; zie ook bijv. het arrest *McMichael* tegen het Verenigd Koninkrijk van 24 februari 1995, A-307-B, § 105.

61 A-136-C, p. 26; zie ook zijn 'concurring opinion' bij het arrest *Soering* tegen het Verenigd Koninkrijk van 7 juli 1989, A-161, p. 51-52.

62 De president van het Hof staat volledig achter deze jurisprudentie, zie R. Ryssdal, The Enforcement System set up under the European Convention on Human Rights, in: *Compliance with judgments of international courts*, edited by M.K. Bulterman and M. Kuijer, The Hague, Boston, London, 1996, p. 49-69 (op p. 68).

63 Zie het arrest *Demicoli* tegen Malta van 27 augustus 1991, A-210, § 45.

64 Arresten *Saïdi* tegen Frankrijk van 20 september 1993, A-261-C, § 47; *Pelladoah* tegen Nederland van 22 september 1994, A-297-B, § 44 en *Remli* tegen Frankrijk van 23 april 1996, § 54, *RJD* 1996; zie voor enkele andere voorbeelden waarin het Hof zich niet bevoegd acht bepaalde maatregelen op te leggen de arresten *Allenet de Ribemont* tegen Frankrijk van 10 februari 1995, A-308, § 65; *Yagci en Sargin* tegen Turkije van 8 juni 1995, A-319, § 81; *Tolstoy Miloslavski* tegen het Verenigd Koninkrijk van 13 juli 1995, A-323, § 72 en *Duclos* tegen Frankrijk van 17 december 1996, § 92, *RJD* 1996.

65 Arrest *Vermeire* tegen België van 29 november 1991, A-214-C.

66 Arrest *Marckx* tegen België van 13 juni 1979, A-31.

het Hof in strijd met art. 14 j° 8 EVRM ten aanzien van de nalatenschap van de grootvader van klaagster, nu deze is opengevallen na de datum van het wijzen van het arrest *Marckx*. Het Hof ziet niet in waarom de nationale rechter zich niet had kunnen houden aan de uitkomsten van het arrest *Marckx*, nu de wetgever te lang passief toekeek en overweegt:

> 'The freedom of choice allowed to a State as to the means of fulfilling its obligation under Article 53 cannot not allow it to suspend the application of the Convention while waiting for such a reform (in de wetgeving, *MLvE*) to be completed, to the extent of compelling the European Court to reject in 1991, with respect to a succession which took effect on 22 July 1980, complaints identical to those which it had upheld in 1979.'[67]

Het Hof wijst hier derhalve op de rechterlijke of administratieve weg om te voldoen aan de uit het verdrag voortvloeiende verplichtingen, nu wetgevende maatregelen te lang op zich hebben laten wachten.

Een ander arrest waarin het Hof de keuzevrijheid van de staat bij het voldoen aan de verplichtingen ex art. 53 EVRM aan banden legt betreft de zaak *Stran Greek Refineries en Stratis Andreadis* tegen Griekenland.[68] De klacht is ingediend door Stran Greek Refineries (Stran), een onderneming die thans wordt ontbonden, en de heer Stratis Andreadis die de enige aandeelhouder van deze onderneming was.

Op 22 juli 1972 heeft de heer Andreadis een contract gesloten met de Griekse staat, die toen werd geregeerd door een militaire junta, waarbij hij zich heeft verbonden een olieraffinaderij in de Megara regio, vlakbij Athene te bouwen. De raffinaderij zou worden gebouwd door een op te richten onderneming (Stran), waarvan de heer Stratis Andreadis de enige aandeelhouder zou worden. De bouwkosten werden begroot op 76.000.000 Amerikaanse dollars. De Griekse regering bekrachtigde het contract bij wet en verbond zich vóór 31 december 1972 een stuk grond te kopen in het Megara-gebied, geschikt voor de bouw van de raffinaderij. Helaas voor de heer Stratis Andreadis stagneerde het hele project, aangezien de staat niet aan zijn verplichtingen voldeed. Eind 1973 maakte de regering een einde aan het project: Het reeds onteigende land werd aan de voormalige eigenaren teruggegeven en de politie kreeg de opdracht de bouwwerkzaamheden stop te zetten. Na het herstel van de democratie in 1974 was de nieuwe regering van mening dat het contract met Andreadis nadelig was voor de nationale economie. De regering beriep zich in dit verband op een wet uit 1975 inzake de beëindiging van preferentiële contracten, aangegaan tijdens het militaire regime (1967-1974).

67 A-214-C, § 26.

68 Arrest *Stran Greek Refineries en Stratis Andreadis tegen Griekenland* van 9 december 1994, A-301-B.

Hierop volgde een langdurig juridisch steekspel tussen Andreadis en de Griekse regering, waaruit hier slechts enkele belangrijke elementen naar voren worden gehaald. Van groot belang is het feit dat het contract voorzag in arbitrage in geval van een conflict. De arbitrage-uitspraak zou bindend en definitief zijn. Het arbitragehof werd op 3 juli 1980 ingesteld en deed op 27 februari 1984 uitspraak. Dit hof meende dat de aansprakelijkheid voor de door Stran geleden verliezen als volgt gedeeld moest worden: 70% voor de staat en 30% voor de onderneming. De claims van Stran werden toegekend tot een bedrag van 116.273.442 Griekse drachmes, 16.054.165 Amerikaanse dollars en 614.627 FF, plus 6 % rente vanaf 10 november 1978; deze verwijzing naar rente stond echter niet in het dictum van de uitspraak.

Op 22 mei 1987 nam het Griekse parlement een wet aan waarin onder meer werd verduidelijkt dat de beëindiging van de tijdens het kolonelsregime aangegane contracten (op basis van bovengenoemde genoemde wet uit 1975) ook betrekking had op de in deze contracten opgenomen arbitrageclausule. Uitspraken van dergelijke arbitragetribunalen waren niet langer geldig of afdwingbaar. De wet trad op 25 mei 1987 na publicatie in het Staatsblad in werking. Uiteindelijk vernietigde het Hof van Cassatie op 11 april 1990 het arbitragevonnis van 27 februari 1984, de heer Andreadis met lege handen achterlatend.

In Straatsburg vinden hij en zijn onderneming meer gehoor. Zowel Commissie als Hof is van oordeel dat een schending heeft plaatsgevonden van de artikelen 6 lid 1 EVRM ('fair trial') en 1 van Protocol No. 1 (recht op ongestoord eigendomsgenot).

De klagers hebben de stelling van de regering niet tegengesproken dat de wrede praktijken van het militaire regime zwaarder wogen op de schaal van het publieke belang dan claims gebaseerd op met dat regime gesloten transacties. Volgens het Hof zou het echter onjuist zijn om iedere met een dictatoriaal regime aangegane juridische band ongeldig te verklaren als dat regime ten val komt.

Het Hof kent op grond van art. 50 bedragen toe als vergoeding voor materiële schade, gelijk aan de bedragen waar de klagers krachtens de arbitrage-uitspraak recht op hadden. Bovendien kent het Hof ook nog 6% rente toe op deze bedragen vanaf 27 februari 1984 (uitspraak arbitragetribunaal) tot 9 december 1994 (arrest EHRM). Tot nu toe betreft het hier het hoogste bedrag dat het Hof op grond van art. 50 heeft toegekend.

Deze beslissing is zeer bijzonder, aangezien zij er op neer komt dat de Griekse staat alsnog de arbitrage-uitspraak dient na te komen. Het Hof laat hier niet de op grond van art. 53 gebruikelijke vrijheid aan de aansprakelijke staat op welke wijze te voldoen aan de uitspraak. Het Hof schrijft voor dat de Griekse staat zich alsnog moet houden aan het nationale arbitragevonnis en zet daarmee in feite nationale wetgeving opzij. In casu heeft het Hof zich bevoegd geacht tot het opdragen van bepaalde handelingen en – materieel gezien – tot vernietiging van nationale wetgeving. Hierbij past de kanttekening dat deze uitspraak mogelijk moet worden bezien vanuit de bijzondere omstandigheden van het geval. Het is dan ook de vraag of het Hof deze

lijn zal voortzetten in toekomstige jurisprudentie en zal breken met zijn uitgebreide rechtspraak waarin het zich op grond van art. 50 niet bevoegd achtte om de aansprakelijke staat bepaalde handelingen op te leggen, dan wel nationale maatregelen te vernietigen. Vooralsnog wijst de jurisprudentie erop dat het Hof niet wil breken met zijn restrictieve opvatting over zijn bevoegdheden op grond van art. 50. Opvallend is wel dat het Hof onlangs deze bevoegdheid zeer ruim heeft opgevat door te beslissen dat de Griekse regering binnen zes maanden na de uitspraak van het Hof het ten onrechte onteigende land aan de klagers dient terug te geven, bij gebreke waarvan een forse schadevergoeding moet worden betaald.[69] Het blijft afwachten hoe het Hof in de toekomst zijn bevoegdheden op grond van art. 50 gaat uitleggen, maar het lijkt erop dat het Hof zich in de Griekse onteigeningszaken zeer ruime bevoegdheden op grond van art. 50 toemeet.

Het Hof kent geen 'punitive or exemplary damages' toe. 'Punitive damages' als remedie in het civiele recht komt met name voor in angelsaksische rechtsstelsels en bedoelt de aansprakelijke persoon te straffen en af te schrikken.[70]

In Straatsburg hebben klagers dergelijke bedragen wel eens geclaimd, maar het Hof is er niet op ingegaan. Zo heeft de klager in het arrest *W* tegen het Verenigd Koninkrijk een 'compensation, exemplary in amount' van tenminste £100.000 geclaimd. Het Hof kent echter slechts £12.000 toe, met name voor immateriële schade en gaat niet in op de kwestie van een 'exemplary award'.[71]

In het arrest *Olsson II* hebben de klagers een schadeclaim van 5.000.000 Zweedse Kronen ingediend. Zij stellen onder meer dat de Zweedse autoriteiten hun hetzelfde zijn blijven behandelen ondanks het *Olsson I*-arrest[72]. De door het Hof in laatstgenoemd arrest toegekende compensatie heeft naar hun mening geen effect gehad. Zij claimen nu dan ook een veel hoger bedrag. Het Hof kent echter als vergoeding van immateriële schade slechts 50.000 Zweedse Kronen toe.[73]

In het arrest *Aksoy* heeft het Hof schendingen geconstateerd van de artikelen 3, 5 lid 3 en 13 EVRM. De klager claimt bedragen voor vergoeding van materiële en immateriële schade. De claim voor vergoeding voor immateriële schade dient volgens de klager te worden verdubbeld in geval het Hof een extra zware schending ('aggravated violation') van het verdrag constateert vanwege het bestaan van een administratieve praktijk. Gezien de zeer ernstige schendingen van het verdrag kent het Hof de

69 Arrest *Papamichalopoulos en anderen* tegen Griekenland van 31 oktober 1995 (art. 50), A-330-B; zie uitgebreider over deze zaak hoofdstuk 6 § 6.6.

70 Vgl. Fontana 1991, p. 1130.

71 Arrest *W* tegen het Verenigd Koninkrijk van 9 juni 1988 (art. 50), A-136-C, § 12; zie verder bijv. het arrest *Yağci en Sargin* tegen Turkije van 8 juni 1995, A-309: de klagers dienen een forse schadeclaim in bij wijze van afschrikking (zie § 72). Het Hof kent slechts een bescheiden bedrag toe ter vergoeding van de geleden immateriële schade (iedere klager krijgt 30.000 FF, zie § 75).

72 Arrest *Olsson I* tegen Zweden van 24 maart 1988, A-130.

73 Arrest *Olsson II* tegen Zweden van 27 november 1992, A-250, § 111.

schadeclaims volledig toe. Bij narekening van het forse bedrag in Turkse lires toegekend door het Hof, blijkt echter dat hierin niet het door de klager geclaimde bedrag is verdisconteerd voor het geval het Hof een 'aggravated violation' zou constateren.[74]

In het arrest *Ribitsch*, waarin het Hof een schending heeft geconstateerd van art. 3 EVRM veroorzaakt door het optreden van de politie, doet de gedelegeerde van de Commissie de suggestie om een relatief hoge schadevergoeding aan de klager te betalen, teneinde personen in een vergelijkbare positie als de klager aan te moedigen een rechterlijke procedure te starten. Het Hof besteedt geen aandacht aan deze suggestie en kent een bedrag van 100.000 Oostenrijkse Schillings toe voor de geleden immateriële schade.[75]

Doctrine

De doctrine is unaniem van mening, dat het Hof niet de bevoegdheid heeft om met het verdrag strijdige nationale maatregelen of rechterlijke beslissingen te vernietigen.[76] In de literatuur gaan veel stemmen op om het Hof ruimere bevoegdheden toe te kennen.

CASTRO-RIAL GARRONE meent dat het Hof naast een financiële vergoeding ook andere herstelmaatregelen kan opleggen. Het Hof kan volgens haar de aansprakelijke staat verplichten maatregelen te nemen die het volgende inhouden:

- de vernietiging van administratieve handelingen en van nationale vrijheidsbeperkende bepalingen;
- de intrekking van iedere nationale wet die in strijd is met een in het EVRM neergelegd recht;
- de amendering van een nationale wet die in strijd is met een recht of fundamentele vrijheid van het individu; en
- de revisie van een strafrechtelijk vonnis, dat in strijd met een van de in het EVRM neergelegde fundamentele vrijheden is uitgesproken.[77]

FAWCETT legt een relatie tussen art. 50 en art. 13, het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie in geval van schending van een verdragsrecht. Hij merkt op dat het in art. 50 niet gaat over het nalaten door een nationale autoriteit om een effectieve remedie te bieden, maar over de situatie waarin het

74 Arrest *Aksoy* tegen Turkije van 18 december 1996, § 111 en 113, *RJD* 1996.

75 Arrest *Ribitsch* tegen Oostenrijk van 4 december 1995, A-336, § 45-46.

76 Zie in de doctrine onder meer: Golsong 1958, p. 104, Vis 1961, p. 285, Weil 1963, p. 162, Guradze 1968, p. 247, Vegleris 1968, p. 378, Panzera 1974, p. 321, Luzzatto 1975, p. 435-436, Drzemczewski 1983, p. 267, Castro-Rial Garrone 1985, p. 653, Polakiewicz 1991, p. 121, Dannemann 1994, p. 203.

77 Castro-Rial Garrone 1985, p. 694; zie ook p. 653.

nationale recht slechts gedeeltelijk rechtsherstel toestaat, dat wil dus zeggen een ineffectieve remedie. FAWCETT meent dat, welk standpunt men ook inneemt over de precieze betekenis van art. 13, het moeilijk is in te zien dat een dergelijk gebrek in het nationale recht zelf niet in strijd zou zijn met art. 13. De vraag kan dan volgens hem opkomen of het Hof, naast de toekenning van een billijke genoegdoening in een bepaald geval, ook de verbetering van het gebrek in het nationale recht kan voorschrijven.[78]

Volgens DANNEMANN sluit de verdragstekst niet uitdrukkelijk de bevoegdheid van het Hof tot vernietiging van met het verdrag strijdige nationale besluiten uit. Desalniettemin meent hij dat, gezien de ontstaansgeschiedenis van het verdrag en de jurisprudentie van het Hof tot nu toe, voor bovengenoemde bevoegdheid van het Hof een revisie van de verdragstekst noodzakelijk is. DANNEMANN meent echter dat verdere beperkingen, in het bijzonder tot de toekenning van geldbedragen, niet verenigbaar zijn met de idee van een effectieve mensenrechtenbescherming.[79] Naar zijn oordeel heeft het Hof, in overeenstemming met het algemene volkenrecht, de bevoegdheid om, naast maatregelen die gericht zijn op *restitutio in integrum*, ook maatregelen te verordenen die een verdere verdragsinbreuk door de staat in kwestie voorkomen. Het EHRM zou in dit verband aansluiting moeten zoeken bij de praktijk van het Inter-Amerikaanse Hof voor de Rechten van de Mens op grond van art. 63 lid 1 Amerikaanse Conventie voor de Rechten van de Mens.[80]

MCBRIDE meent dat individuele slachtoffers meer zijn gebaat bij maatregelen als de vernietiging van een nationale rechterlijke veroordeling en de verstrekking van een verblijfsvergunning, dan de betaling van een som geld. Het Hof mist de bevoegdheid om dergelijke maatregelen te nemen. Een en ander in tegenstelling tot de maatregelen die in een schikking kunnen worden overeengekomen. Dit onderstreept volgens MCBRIDE de noodzaak om het Hof ruimere bevoegdheden te geven en zo tegemoet te komen aan de behoeften van de individuele klagers.[81] De verdragsstaat in kwestie is volgens hem verplicht het slachtoffer te voorzien van de meest effectieve en adequate vorm van herstel die mogelijk is. Dit herstel kan bestaan in schadevergoeding of een andere vorm van redres. Volgens MCBRIDE moet het Hof in ieder geval kunnen aangeven welke vorm van herstel daadwerkelijk is vereist. Een en ander is niet alleen van belang voor het individu dat voor het Hof schadevergoeding claimt, maar ook om richtlijnen te formuleren voor nationale rechters die schadevergoeding kunnen toekennen voor een schending van het verdrag.[82]

FONTANA schrijft in dit verband:

78 J.E.S. Fawcett, *The application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 1987, p. 393-394.
79 Dannemann 1994, p. 220.
80 Dannemann 1994, p. 221-222.
81 McBride 1991, p. 166-167.
82 McBride 1991, p. 174.

> 'Due to the narrow scope of the awarded damages, the system as it stands today detrimentally limits the wide protections of human rights afforded by the Convention.'[83]

Zij meent dat het Hof de term 'if necessary' uit art. 50 ruimer moet uitleggen:

> 'Consistent with the treaty language, the term "necessary" should be examined in reference to the victim's ability to bring a case and to deter future violations, thus expanding the narrow scope of the court's current application. This expansion is not inconsistent with the object and purpose of the treaty and thus could be applied.'[84]

De voormalige Nederlandse rechter in het Hof, MARTENS, heeft zich in een rijk gedocumenteerd artikel sterk gemaakt voor ruimere bevoegdheden van het Hof op grond van art. 50 EVRM.[85] Uit de ontstaansgeschiedenis van art. 50 leidt hij af dat, hoewel het Hof niet de bevoegdheid heeft nationale beslissingen te vernietigen, het wel de bevoegdheid zou moeten hebben om de betrokken staat op te leggen wat de gepaste vorm van herstel van de geconstateerde schending is.[86] Bij schending van het internationale recht ontstaan twee soorten verplichtingen: de verplichting om een einde te maken aan de met het volkenrecht strijdige situatie en de verplichting tot *restitutio in integrum*. Hieruit volgt volgens MARTENS logischerwijs dat een rechterlijke instantie die moet oordelen over de inbreuk op deze verplichtingen, in geval zij een schending constateert niet alleen de bevoegdheid heeft om te specificeren welke verplichtingen uit dit oordeel volgen, maar ook om de aansprakelijke staat te bevelen de noodzakelijke maatregelen te treffen om een einde aan de onrechtmatige situatie te maken. Geen enkele bepaling in het verdrag dwingt tot de conclusie dat het Hof dergelijke inherente bevoegdheden zou missen. MARTENS meent juist dat de artikelen 50 en 54 vooronderstellen dat het Hof dergelijke inherente bevoegdheden heeft en daarmee in beginsel alle noodzakelijke maatregelen mag opleggen met het doel een einde aan de verdragsschending te maken en *restitutio in integrum* te bewerkstelligen.[87]

83 Barbra Fontana, Damage awards for human rights violations in the European and Inter-American Courts of Human Rights, *Santa Clara Law Review* 31, 1991, no. 4, p. 1127-1169 (op p. 1165-1166).

84 Fontana 1991, p. 1166.

85 S.K. Martens, Individual Complaints under Article 53 of the European Convention on Human Rights, in: *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe*. Essays in honour of Henry G. Schermers, Dordrecht, Boston, London, 1994, p. 253-292.

86 Martens 1994, p. 269, noot 41.

87 Martens 1994, p. 271-272.

Vergelijking met Art. 63 Amerikaanse Conventie voor de Rechten van de Mens[88]

Art. 63 lid 1 van de Amerikaanse Conventie voor de Rechten van de Mens (ACRM) luidt:

> 'If the Court finds that there has been a violation of a right or freedom protected by this Convention, the Court shall rule that the injured party be ensured the enjoyment of his right or freedom that was violated. It shall also rule, if appropriate, that the consequences of the measure or situation that constituted the breach of such right or freedom be remedied and that fair compensation be paid to the injured party.'[89]

Het Inter-Amerikaanse Hof voor de Rechten van de Mens heeft de bevoegdheid om declaratoire uitspraken te doen en om schadevergoeding toe te kennen. Art. 63 lid 1 ACRM verplicht het Hof niet alleen om te beslissen of in een concreet voorliggend geval de Conventie is geschonden en welke rechten het slachtoffer gerechtigd is uit te oefenen, maar ook om aan te geven welke stappen moeten worden genomen om de gevolgen van de schending ongedaan te maken.[90]

Art. 63 lid 1 geeft het Inter-Amerikaanse Hof voor de Rechten van de Mens niet uitdrukkelijk de bevoegdheid om met de Conventie strijdige nationale maatregelen te vernietigen. Op grond van dit artikel kan het Hof echter wel, in geval van voortduren van een met de Conventie strijdige toestand, de aansprakelijke staat opdragen een einde aan deze situatie te maken.

In het arrest *Aloeboetoe en anderen* tegen Suriname heeft het Inter-Amerikaanse Hof voor de Rechten van de Mens de reikwijdte van zijn bevoegdheden op grond van art. 63 lid 1 ACRM nader bepaald.[91]

De zaak is aanhangig gemaakt door de nabestaanden van zeven Surinaamse burgers ('Maroons' of bosnegers). Deze zeven Maroons werden ervan verdacht deel uit te maken van het 'Jungle Commando', een verzetsgroep tegen de regering. De Maroons ontkenden iedere betrokkenheid, maar werden desalniettemin meegevoerd door het regeringsleger en vermoord. De Surinaamse regering heeft haar aansprakelijkheid voor deze gebeurtenissen aanvaard en tevens aangegeven bereid te zijn de geleden

88 Voor het navolgende heb ik onder meer geput uit mijn artikel Schadevergoeding bij schending van mensenrechten: hoe ver ligt San José van Straatsburg?, *NJCM-Bulletin* 20-3 (1995), p. 303-315.

89 Zie Thomas Buergenthal, Robert Norris, Dinah Shelton, *Protecting human rights in the Americas*, Third revised edition, Kehl 1990, p. 503.

90 T. Buergenthal, The Inter-American Court of Human Rights, *American Journal of International Law* Volume 76, 1982, p. 231-245 (op p. 240).

91 AHRM 10 september 1993, *Aloeboetoe et al.* tegen Suriname (Reparation), *HRLJ* 1993, p. 413. In zijn arrest in de hoofdzaak heeft het Amerikaanse Hof diverse inbreuken op de Amerikaanse Conventie geconstateerd, zie AHRM 4 december 1991, *Aloeboetoe et al.* tegen Suriname (Interlocutory Judgment), *HRLJ* 1992, p. 140.

morele schade te vergoeden op de voet van de in de eerdere jurisprudentie door het Hof gevestigde criteria.

Het Hof kent de nabestaanden op grond van art. 63 lid 1 ACRM vergoedingen toe voor de geleden materiële en immateriële schade. Naast deze financiële toekenningen doet het Hof een opmerkelijke uitspraak. Het draagt de Surinaamse regering op de school en de medische hulppost te Gujaba (de woonplaats van de slachtoffers) te heropenen, opdat de kinderen van de slachtoffers voldoende opleiding en medische zorg krijgen. Het Hof acht zich in casu derhalve competent de aansprakelijke staat bepaalde maatregelen op te leggen. Hierbij kan een rol hebben gespeeld dat de Surinaamse regering haar aansprakelijkheid voor de verdragsschendingen heeft erkend.

Bij de vergelijking van art. 63 lid 1 ACRM met de tekst van art. 50 EVRM vallen enkele verschillen in het oog.

Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens zal schadevergoeding toekennen 'if necessary', waar het Inter-Amerikaanse Hof voor de Rechten van de Mens compensatie toekent 'if appropriate'. Hiermee bezit het Inter-Amerikaanse Hof een grotere speelruimte om schadevergoeding toe te kennen.[92]

Art. 63 lid 1 ACRM geeft het Inter-Amerikaanse Hof de bevoegdheid om te beslissen, dat de gevolgen van de maatregel of situatie die een inbreuk op een in de Conventie neergelegd recht heeft veroorzaakt, worden goedgemaakt. Deze bevoegdheid noemt art. 50 EVRM niet.

Bij een schending van de Amerikaanse Conventie zal het Amerikaanse Hof op grond van art. 63 lid 1 ACRM bepalen, dat het slachtoffer wordt verzekerd van het genot van zijn recht of vrijheid waarop inbreuk is gemaakt. Ook deze bevoegdheid mist het Europese Hof op grond van art. 50 EVRM.

Geconcludeerd kan worden dat het Amerikaanse Hof naast het toekennen van schadevergoeding, ook nauwkeurig aan kan geven welke stappen moeten worden ondernomen om de gevolgen van de verdragsschending – zoveel mogelijk – goed te maken. In contrast hiermee staat de praktijk van het Europese Hof onder art. 50 EVRM.[93] Het EHRM geeft niet aan hoe de aansprakelijke staat een einde aan de verdragsschending moet maken, het acht zich zelfs niet bevoegd aanbevelingen in die richting te doen.

92 Fontana 1991, p. 1135 en 1168.

93 Zie ook S. Davidson, Remedies for violations of the American Convention on Human Rights, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 44, Part 2 (April 1995), p. 405-414, met name p. 413-414. Davidson acht de praktijk van het Amerikaanse Hof ten aanzien van de toekenning van schadevergoeding 'more rigorous and consistent' dan die van zijn Europese tegenhanger. Hierbij maakt hij wel de kanttekening dat het Amerikaanse Hof nog slechts weinig schadevergoedingszaken heeft behandeld, terwijl het Europese Hof een zeer groot aantal van dergelijke zaken heeft beslist. Het blijft derhalve afwachten of het Amerikaanse Hof zijn consistente schadevergoedingspraktijk kan voortzetten als het aantal zaken toeneemt.

Eigen standpunt

Vanuit de positie van de individuele klager ligt het voor de hand om te pleiten voor een uitbreiding van de bevoegdheden van het Hof. Voor een in strijd met art. 6 EVRM veroordeelde klager komt een vernietiging van zijn strafrechtelijke veroordeling het dichtst in de buurt van een *restitutio in integrum*. Een klager wiens bezit is onteigend in strijd met art. 1 Protocol No. 1 heeft het meeste baat bij het terugkrijgen van zijn eigendom. Opmerkelijk in dit verband is de reeds genoemde uitspraak *Papamichalopoulos*, waarin het Hof bepaald heeft dat de Griekse overheid binnen zes maanden na het arrest van het Hof het ten onrechte onteigende land aan de klagers dient terug te geven.

Naar mijn mening zou het ten goede komen aan een effectieve bescherming van de in het verdrag neergelegde rechten, als het Hof na constatering van een verdragsschending zou aangeven welke stappen de verdragsstaat in kwestie zou moeten nemen om de gevolgen van deze inbreuk ongedaan te maken. Een en ander analoog aan de bevoegdheid van het Inter-Amerikaanse Hof voor de Rechten van de Mens op grond van art. 63 lid 1 ACRM en in overeenstemming met de geluiden uit de doctrine. Op deze manier kunnen toekomstige verdragsschendingen worden voorkomen. Het is niet geheel ondenkbaar dat de jurisprudentie van het Hof zich in deze richting zal ontwikkelen. Een aanzet tot verscherpen van de resultaatsverplichting van art. 53 EVRM heeft het Hof gegeven in de hierboven genoemde arresten *Vermeire*, *Stran Greek Refineries en Stratis Andreadis* en *Papamichalopoulos*. Een dergelijke ontwikkeling zou volledig in overeenstemming zijn met het doel van het verdrag, namelijk een effectieve bescherming van de rechten van de mens.

Het is denkbaar dat het Hof vooralsnog niet zo ver zou willen gaan, aangezien het politieke klimaat binnen de zich nog steeds uitbreidende Raad van Europa daar (nog) niet rijp voor is en het Hof te veel oppositie verwacht van de verdragsstaten tegen ruimere bevoegdheden van het Hof op grond van art. 50 EVRM. Mijns inziens is er echter op dit moment niets op tegen dat het Hof aanbevelingen doet aan de verdragsstaat in kwestie ten aanzien van door deze staat te nemen herstelmaatregelen.[94] Op deze wijze wordt de aansprakelijke staat een leidraad verschaft waarmee veroordelingen in de toekomst kunnen worden voorkomen. Deze aanbevelingen hoeven de vrijheid van verdragsstaten ten aanzien van de keuze van middelen om aan het arrest van het Hof te voldoen niet te bijten.

94 Vgl. Van Dijk/Van Hoof 1990, p. 204.

5.2 Welke schade en kosten komen voor vergoeding in aanmerking?

5.2.1 Materiële schade

Het slachtoffer van een verdragsschending kan hierdoor schade in materiële zin lijden. Deze schade kan bestaan in een geleden verlies (*damnum emergens*) of gederfde winst (*lucrum cessans*).

5.2.1.1 Geleden verlies

De klager kan schade lijden door een in strijd met het verdrag opgelegde boete. Zo krijgen de erfgenamen van de klager in het arrest *Deweer* een financiële vergoeding waarvan de hoogte gelijk is aan de in strijd met art. 6 van het verdrag opgelegde boete die hun overleden vader heeft betaald.[95]

In veel gevallen is de geleden materiële schade veel moeilijker te bepalen. In het arrest *Unión Alimentaria Sanders SA* gaat het om een schending van het vereiste van een behandeling binnen redelijke termijn in een civiele procedure ter betaling van een schuld. De klager, een onderneming, claimt diverse materiële schadeposten. Het Hof is van mening dat de klager inderdaad materiële schade heeft geleden. Deze schade leent zich volgens het Hof echter niet voor precieze begroting en het Hof kent de klager *ex aequo et bono* een financiële compensatie toe.[96]

5.2.1.2 Gederfde winst

De klager kan inkomsten derven indien hij in strijd met het verdrag wordt ontslagen of veroordeeld.

In het arrest *Young, James en Webster* acht het Hof het ontslag van de klagers vanwege hun weigering om lid te worden van een bepaalde vakbond in strijd met de vrijheid van vereniging ex art. 11.[97] De klagers dienen diverse materiële schadeclaims in, onder meer voor het verlies van inkomsten en van pensioenrechten. Het Hof kent deze claims voor een belangrijk gedeelte toe naast enige bedragen voor geleden immateriële schade.[98]

95 Arrest *Deweer* tegen België van 27 februari 1980, A-35, § 60; zie verder de arresten *Lingens* tegen Oostenrijk van 8 juli 1986, A-103, § 50; *Darby* tegen Zweden van 23 oktober 1990, A-187, § 38 (ten onrechte betaalde belasting) en *Oberschlick* tegen Oostenrijk van 23 mei 1991, A-204, § 66.

96 Arrest *Unión Alimentaria Sanders SA* tegen Spanje van 7 juli 1989, A-157, § 45.

97 Arrest *Young, James en Webster* tegen het Verenigd Koninkrijk van 13 augustus 1981, A-44.

98 Arrest *Young, James en Webster* tegen het Verenigd Koninkrijk van 18 oktober 1982 (art. 50), A-55, § 11 en 13.

In het arrest *Unterpertinger* gaat het om een klager die werd veroordeeld, nadat zijn schuld was vastgesteld op een manier die niet in overeenstemming was met de vereisten van art. 6. Als gevolg hiervan bracht de klager zes maanden in gevangenschap door en dit heeft hem volgens het Hof een inkomstenderving van 28.000 Oostenrijkse Schillings opgeleverd.[99]

In een aantal arresten wijst het Hof de claim voor vergoeding van gederfde inkomsten af vanwege het ontbreken van een causaal verband tussen de geconstateerde schending van het verdrag en het gestelde gemis aan inkomsten.[100]

5.2.2 Immateriële schade

Een inbreuk op de vereisten van het verdrag levert niet zonder meer immateriële schade op, die door een financiële compensatie moet worden goedgemaakt.[101] Hierboven bleek reeds dat het Hof regelmatig de constatering van een verdragsschending voldoende genoegdoening acht voor de – mogelijk – geleden immateriële schade. Daarnaast kent het Hof echter ook geregeld financiële vergoedingen voor immateriële schade toe. Het spreekt voor zich dat dergelijke schade zich in het algemeen minder makkelijk laat begroten dan materiële schade. Ten aanzien van het bewijzen van immateriële schade neemt het Hof een soepele houding in, zoals onder andere blijkt uit het arrest *Abdulaziz, Cabales en Balkandali*:

> 'By reason of its very nature, non-pecuniary damage of the kind alleged cannot always be the object of concrete proof.'[102]

In het overgrote deel van de gevallen waarin het Hof een financiële genoegdoening toekent voor geleden immateriële schade gaat het om een schending van een in het verdrag neergelegde procedurele garantie (zie hoofdstuk 6).

De schending van het vereiste van berechting binnen een redelijke termijn van art. 6 lid 1 neemt hierbij een belangrijke plaats in. Door het onredelijk lang duren van een procedure kan de klager immateriële schade lijden bestaande in de voortdurende onzekerheid over de uitkomst van deze procedure. Het Hof heeft dergelijke schade vergoed bij overschrijding van de redelijke termijn in strafzaken en in civiele en administratieve procedures.

99 Arrest *Unterpertinger* tegen Oostenrijk van 24 november 1986, A-110, § 35.

100 Zie bijv. de arresten *Schönenberger en Durmaz* tegen Zwitserland van 20 juni 1988, A-137, § 34; *Berrehab* tegen Nederland van 21 juni 1988, A-138, § 33-34; *Gaskin* tegen het Verenigd Koninkrijk van 7 juli 1989, A-160, § 56; *B* tegen Oostenrijk van 28 maart 1990, A-175, § 59 en *Moustaquim* tegen België van 18 februari 1991, A-193, § 53.

101 Dannemann 1994, p. 361 e.v.

102 Arrest *Abdulaziz, Cabales en Balkandali* tegen het Verenigd Koninkrijk van 28 mei 1985, A-94, § 96.

In het arrest *Milasi* betreft het bijvoorbeeld een strafprocedure die meer dan negen jaar en zeven maanden duurde. De klager werd in 1973 in kennis gesteld van een tegen hem ingestelde strafvervolging op verdenking van deelneming, in een politieke organisatie met ondemocratische doelstellingen, aan ordeverstoringen en gewelddadigheden. In 1983 werd hij vrijgesproken, aangezien zijn zaak onder een presidentiële amnestieregeling uit 1978 viel. Het Hof constateert een schending van art. 6 lid 1 en overweegt dat de klager ongetwijfeld immateriële schade heeft geleden, aangezien hij in voortdurende onzekerheid heeft gezeten over de uitkomst van de procedure en haar financiële repercussies.[103] Het Hof kent zeven miljoen Italiaanse Lire toe.

In het arrest *Capuano* gaat het om een civiele procedure die meer dan tien jaar duurde. In 1971 kocht klaagster een kleine flat met terras aan zee voor de vakanties. Deze flat maakte deel uit van een gebouw aan zee, dat zou worden gerenoveerd volgens een plan dat aan de koopovereenkomst was toegevoegd. In dit zelfde contract verleende klaagster aan de verkoper (P.) en zijn erfgenamen het recht om over haar terras te lopen om naar het strand te komen. Gedurende de renovaties bouwde P. vier flats die hij verkocht. Hierbij hield hij zich echter niet aan het originele plan: hij verwijderde de belangrijkste toegang tot het strand, zodat het terras van mevrouw Capuano de enige directe toegang tot het strand was. De klaagster startte procedures tegen P., aangezien door deze verbouwingen de erfdienstbaarheid was verzwaard.

Het Hof concludeert een schending van het vereiste van berechting binnen een redelijke termijn van art. 6 lid 1, zelfs nu mevrouw Capuano verantwoordelijk was voor enkele van de opgetreden vertragingen. Het Hof meent dat zij ongetwijfeld immateriële schade heeft geleden door de voortdurende onzekerheid en ongerustheid ten aanzien van de uitkomst en de gevolgen van de procedure en kent haar voor de gehele schade acht miljoen Italiaanse Lire toe.[104]

In het arrest *König* houdt het Hof onder meer rekening met de voortdurende onzekerheid waarin de klager werd gelaten tijdens twee administratieve procedures en kent in totaal een schadevergoeding van 30.000 DM toe.[105] In het arrest *Sporrong en Lönnroth* heeft het Hof onder meer een schending geconstateerd van het recht op eigendom (art. 1 Protocol No. 1) door een vergunning tot onteigening die lange tijd 'ongebruikt' bleef en gepaard ging met beperkingen op de bouw.[106] De onteigeningsvergunningen bleven vele jaren van kracht zonder dat er iets gebeurde: bij Sporrong bedroeg deze periode 23 jaar, bij Lönnroth acht jaar. De klagers hebben onder meer immateriële schade geleden door de voortdurende onzekerheid waarin zij werden gelaten, aangezien ze niet wisten wat er uiteindelijk met hun eigendommen zou

103 Arrest *Milasi* tegen Italië van 25 juni 1987, A-119, § 23.
104 Arrest *Capuano* tegen Italië van 25 juni 1987, A-119, § 37.
105 Arrest *König* tegen Duitsland van 10 maart 1980 (art. 50), A-36, § 19.
106 Arrest *Sporrong en Lönnroth* tegen Zweden van 23 september 1982, A-52.

gebeuren. Het Hof kent financiële compensatie toe voor geleden materiële en immateriële schade.[107]

Het Hof kent ook vergoedingen toe voor de immateriële schade die de klagers hebben geleden door de ongerustheid en ellende ('anxiety and distress') waarin zij door de verdragsschending hebben verkeerd. In een aantal arresten betreft het de verhouding tussen ouders en hun uit huis geplaatste kinderen.

Zo gaat het in het arrest *Eriksson* om de opheffing van een ondertoezichtstelling met het verbod voor de moeder om haar dochter uit het pleeggezin weg te halen. Tijdens de ondertoezichtstelling bestonden strenge beperkingen op de omgang tussen moeder en dochter en de moeder kon deze kwestie niet aan een rechter voor leggen. Het Hof meent dat, zowel ten aanzien van moeder als dochter, het recht op eerbiediging van het gezinsleven ex art. 8 en het recht op toegang tot de rechter van art. 6 lid 1 is geschonden. In de ogen van het Hof kan er geen twijfel over bestaan dat beide klagers – moeder en dochter – gedurende lange tijd in grote angst en ellende ('substantial anxiety and distress') hebben gezeten door de geconstateerde schendingen. Voor deze immateriële schade kent het Hof moeder en dochter vergoedingen toe van respectievelijk 200.000 en 100.000 Zweedse Kronen.[108] In een aantal zaken tegen Zweden en het Verenigd Koninkrijk heeft het Hof vergelijkbare uitspraken gedaan.[109]

Aantasting van iemands reputatie door een inbreuk op het verdrag rekent het Hof tot immateriële schade, die mogelijk voor vergoeding in aanmerking komt.

In het arrest *Brincat* gaat het om een schending van art. 5 lid 3 door de mogelijk opeenvolgende uitoefening van onderzoeks- en vervolgingstaken door dezelfde openbare aanklager in dezelfde procedure. Volgens het Hof heeft de klager, een Maltese advocaat, ongetwijfeld immateriële schade geleden, nu de schending in kwestie nadelige effecten op zijn reputatie had en hem een gevoel van onveiligheid heeft bezorgd. Het Hof kent hem 1.000 Maltese Lire voor deze schade toe.[110]

In enkele arresten heeft het Hof financiële vergoedingen toegekend voor immateriële schade veroorzaakt door het ontbreken van de bijstand van een advocaat in een procedure. In het arrest *Megyeri* acht het Hof art. 5 lid 4 geschonden, aangezien geen

107 Arrest *Sporrong en Lönnroth* tegen Zweden van 18 december 1984 (art. 50), A-88, § 32.

108 Arrest *Eriksson* tegen Zweden van 22 juni 1989, A-156, § 97-98.

109 Zie de arresten *Olsson* tegen Zweden van 24 maart 1988, A-130, § 102; *O, H, W, B en R* tegen het Verenigd Koninkrijk van 9 juni 1988, A-136-A, § 13-14; A-136-B, § 14-15; A-136-C, § 12; A-136-D, § 11-12 en A-136-E, § 13-14 (naast 'anxiety and distress' ook sprake van 'certain feelings of frustration and helplessness'); *Andersson* tegen Zweden van 25 februari 1992, A-226, § 107 en *McMichael* tegen het Verenigd Koninkrijk van 24 februari 1995, A-307-B, § 103.

110 Arrest *Brincat* tegen Italië van 26 november 1992, A-249-A, § 26; zie verder bijv. de arresten *Helmers* tegen Zweden van 29 oktober 1991, A-212-A, § 42 en *Schwabe* tegen Oostenrijk van 28 augustus 1992, A-242-B, § 39; in laatstgenoemd arrest acht het Hof de constatering van een schending van artikel 10 voldoende compensatie voor de immateriële schade bestaande in de aantasting van de reputatie van de klager.

advocaat was benoemd om de klager bij te staan in de procedure betreffende zijn mogelijke vrijlating uit een psychiatrisch ziekenhuis. Het Hof overweegt dat de klager hierdoor een zeker gevoelen van afzondering en hulpeloosheid ('a certain feeling of isolation and helplessness') moet hebben gehad en kent hem 5.000 DM toe.[111] In het arrest *Pham Hoang* gaat het om een schending van art. 6 lid 3(c) door het ontbreken van kosteloze rechtsbijstand voor de klager in cassatie. De immateriële schade die de klager hierdoor heeft geleden, namelijk 'a genuine impression that he had been abandoned', kan volgens hem worden goedgemaakt door de constatering van een schending van bovengenoemd artikel. Het Hof gaat in op het verzoek van de klager en acht de constatering van een inbreuk op art. 6 lid 3(c) voldoende billijke genoegdoening.[112]

5.2.3 'Loss of opportunities'

Een steeds terugkerende figuur in de jurisprudentie van het Hof is die van de 'loss of (real) opportunities'. Dit speelt in het bijzonder bij de schending van procedurele garanties, met name die van art. 6 lid 1 en art. 5 lid 4.

Het eerste arrest waarin het Hof rept over het verlies van zekere kansen en mogelijkheden door de schending van het vereiste van een redelijke termijn van art. 6 lid 1, is het arrest *König*.[113] In casu betreft het de lengte van administratieve procedures. Meestal gaat het om een 'loss of opportunities' door het ontbreken van enige procedurele garanties in een strafzaak.

In het arrest *Artico* overweegt het Hof dat een 'loss of real opportunities' in sommige gevallen de toekenning van een billijke genoegdoening rechtvaardigt.[114] In casu is het recht op bijstand door een advocaat van art. 6 lid 3 (c) geschonden. Het Hof is echter van mening, dat de schade die de klager stelt te hebben geleden door zijn onwettige detentie, slechts een hypothetische is en op zijn hoogst een indirect gevolg van de schending van art. 6 lid 3 (c). Wel vindt het Hof dat de klager immateriële schade heeft geleden en kent drie miljoen Italiaanse Lire toe. In het arrest *Goddi* betreft het een schending van art. 6 lid 3 (c) door het ontbreken van de bijstand van een advocaat in een strafprocedure. De klager stelt dat zijn veroordeling lichter zou zijn uitgevallen, indien hij wel een adequate verdediging had gehad. Het Hof kan een dergelijke categorische bewering niet accepteren. De veroordeling in eerste instantie werd echter in hoger beroep aanmerkelijk verhoogd. Deze uitkomst zou mogelijk anders zijn geweest, indien Goddi een praktische en effectieve verdediging had gehad.

111 Arrest *Megyeri* tegen Duitsland van 12 mei 1992, A-237-A, § 32.
112 Arrest *Pham Hoang* tegen Frankrijk van 25 september 1992, A-243, § 45.
113 Arrest *König* tegen Duitsland van 10 maart 1980 (art. 50), A-36, § 19.
114 Arrest *Artico* tegen Italië van 13 mei 1980, A-37, § 42.

Voor deze 'loss of real opportunities' en daarnaast geleden immateriële schade kent het Hof vijf miljoen Italiaanse Lire toe.[115]

In het arrest *Colozza* gaat het om een schending van art. 6 lid 1 in een strafprocedure, aangezien de verdachte niet op de hoogte werd gebracht van de tegen hem ingebrachte beschuldigingen. Het Hof overweegt:

> 'Whilst the Court cannot speculate as to the outcome of the trial had the position been otherwise, it does not find it unreasonable to regard Mr. Colozza as having suffered a loss of real opportunities.'[116]

Het Hof kent de klager zes miljoen Italiaanse Lire toe, ook voor immateriële schade. In enkele andere zaken waarin een of meer garanties van art. 6 niet in acht waren genomen heeft het Hof met identieke overwegingen de klager een financiële vergoeding toegekend voor een 'loss of real opportunities' (Franse tekst: 'perte de chances réelles').[117]

In de zaak *Bönisch* concludeert het Hof tot schending van het vereiste van een 'fair trial' in de zin van art. 6 lid 1 in een strafprocedure.[118] In het arrest betreffende art. 50 overweegt het Hof onder meer:

> '.....the evidence available does not establish the existence of a causal link between the violation of the Convention and the deterioration in Mr. Bönisch financial position..... Nevertheless, the Court does not exclude the possibility that the applicant suffered, as a result of the potential effects of the violation found, a loss of opportunities of which account must be taken, even if the prospects of realizing them were questionable.'[119]

Ondanks het feit dat geen causaal verband is aangetoond tussen schending en schade, vindt het Hof dat er toch rekening gehouden moet worden met een 'loss of opportunities' die de klager mogelijk heeft geleden ten gevolge van de schending van art. 6 lid 1. Verder overweegt het Hof dat Bönisch ongetwijfeld immateriële schade heeft geleden en kent hem in totaal een schadevergoeding toe van 700.000 Oostenrijkse Schillings.

In het arrest *Weeks* betreft het een klager die op zeventienjarige leeftijd werd veroordeeld tot levenslange gevangenisstraf voor het plegen van een gewapende

115 Arrest *Goddi* tegen Italië van 9 april 1984, A-76, § 35-36.

116 Arrest *Colozza* tegen Italië van 12 februari 1985, A-89, § 38.

117 Zie de arresten *Delta* tegen Frankrijk van 19 december 1990, A-191, § 43 en *Vidal* tegen België van 28 oktober 1992, A-235-B, § 9; zie ook het arrest *Geouffre de la Pradelle* tegen Frankrijk van 16 december 1992, A-253-B, § 39, betreffende een schending van art. 6 in een administratieve procedure.

118 Arrest *Bönisch* tegen Oostenrijk van 6 mei 1985, A-92.

119 Arrest *Bönisch* tegen Oostenrijk van 2 juni 1986 (art. 50), A-103, § 11.

overval (met losse patronen) op een dierenwinkel, waarbij de buit 35 pence bedroeg. Het Hof heeft een schending van art. 5 lid 4 geconstateerd, nu de klager geen mogelijkheid had de wettigheid van deze detentie aan een rechter voor te leggen.[120] Het Hof vindt het onmogelijk om te stellen dat de klager zeker eerder zou zijn vrijgelaten, indien deze rechterlijke toetsing wel had plaatsgevonden. Aan de andere kant kan dit niet geheel worden uitgesloten en gezien zijn jeugdige leeftijd zou de klager hierbij mogelijk enig praktisch voordeel hebben gehad. Het Hof is van mening dat hij daardoor een 'loss of opportunities' heeft geleden 'even if in the light of the recurrence of his behaviourial problems the prospects of realizing them fully were questionable.' Het Hof kent £8.000 toe mede voor immateriële schade.[121]

Ook in een civiele procedure kan een 'loss of opportunities' optreden door het niet in acht nemen van de garanties van art. 6, met name het recht op toegang tot de rechter en de behandeling binnen een redelijke termijn.

In de arresten *O, H, W, B en R* tegen het Verenigd Koninkrijk gaat het over kinderbeschermingsmaatregelen en omgangskwesties.[122] In alle zaken met uitzondering van de zaak *O* – waarin slechts een schending van art. 6 lid 1 wordt aangenomen – betreft het een inbreuk op art. 8 en 6 lid 1. De schendingen van art. 6 bestaan in het ontbreken van een rechtsmiddel en overschrijding van de redelijke termijn. Het Hof is in al deze zaken van mening, dat het niet is uitgesloten dat de ouders (klagers) er voordeel bij zouden hebben gehad, indien de procedurele garanties wel in acht waren genomen.

In het arrest *O* acht het Hof art. 6 geschonden door het ontbreken van de mogelijkheid voor de klager om de kwestie van omgang met zijn vijf kinderen, die onder de zorg stonden van de lokale autoriteiten, aan een rechter voor te leggen. De klager schrijft het verbreken van het contact met zijn kinderen toe aan de schending van art. 6. Het Hof overweegt dat niet met zekerheid kan worden gezegd dat dit contact niet zou zijn verbroken, indien de procedurele garanties van art. 6 wel in acht zouden zijn genomen. Aan de andere kant kan het volgens het Hof niet geheel worden uitgesloten, dat de klager enig praktisch voordeel zou hebben gehad bij het voldoen aan de vereisten van art. 6. Het Hof overweegt verder:

> 'It cannot, in the Court's opinion, be entirely excluded that if during the currency of the care orders the applicant had been able to have the question of his access to the five children reviewed by a court on its merits, he might have obtained some degree of satisfaction, especially if he had made his application at a sufficiently early date.'[123]

120 Arrest *Weeks* tegen het Verenigd Koninkrijk van 2 maart 1987, A-114.
121 Arrest *Weeks* tegen het Verenigd Koninkrijk van 5 oktober 1988 (art. 50), A-145-A, § 13-15.
122 Arresten *O, H, W, B en R* tegen het Verenigd Koninkrijk van 9 juni 1988 (art. 50), A-136-A t/m E.
123 A-136-A, § 12.

In de arresten *B* en *R* gebruikt het Hof identieke overwegingen.[124] In de arresten *H* en *W* bedient het Hof zich van vergelijkbare overwegingen al gebruikt het niet de woorden 'some degree of satisfaction'. In het arrest *H* acht het Hof het niet uitgesloten dat een sneller verloop van de procedures in kwestie mogelijk tot een ander resultaat zou hebben geleid.[125] In het arrest *W* is het volgens het Hof niet geheel ondenkbaar dat de klager er enig voordeel bij zou hebben gehad, als hij de omgangskwestie met zijn kind aan een rechter had kunnen voorleggen.[126]

Het Hof kent in alle vijf arresten voor deze 'loss of real opportunities' alsmede voor immateriële schade financiële compensaties toe.

In het arrest *Lechner en Hess* constateert het Hof een schending van de redelijke termijn van art. 6 lid 1 in civiele en strafrechtelijke procedures.[127] Het Hof kent voor de hierdoor geleden 'loss of real opportunities' en voor immateriële schade een compensatie toe van 200.000 Oostenrijkse Schillings.

In het arrest *Martins Moreira* is de redelijk termijn van art 6 lid 1 in het geding; dit vereiste is geschonden door de lengte van een civiele procedure tot schadevergoeding. Hierdoor heeft de klager volgens het Hof een 'loss of opportunities' geleden 'which warrants an award of just satisfaction in respect of pecuniary damage.' Het Hof kent 2.000.000 Escudos toe, ook voor immateriële schade.[128]

In het arrest *Bellet* heeft het Hof een schending geconstateerd van art. 6 lid 1, aangezien de klager, een met het HIV-virus besmette hemofiliepatiënt, geen praktische en effectieve toegang tot de rechter heeft gehad voor het indienen van zijn schadeclaim tegen de staat. Het Hof kent hem één miljoen FF toe voor 'loss of opportunities' en voor de geleden immateriële schade.[129]

Lang niet altijd is de claim voor een financiële vergoeding voor een 'loss of opportunity' succesvol. In het arrest *Feldbrugge*[130] is het Hof van mening, dat niet is bewezen dat de klaagster door de schending van het 'fair trial' vereiste in een civiele procedure een 'loss of opportunities' heeft geleden.[131] Het Hof kent wel *f*10.000 toe voor geleden immateriële schade.

DANNEMANN heeft in zijn grondige studie over schadevergoeding bij schending van het EVRM beschreven, dat het Hof slechts in 25% van de gevallen waarin het een schending van een procedurele garantie uit het EVRM heeft geconstateerd, een

124 A-136-D, § 10 en A-136-E, § 12.
125 A-136-B, § 13.
126 A-136-C, § 12.
127 Arrest *Lechner en Hess* tegen Oostenrijk van 23 april 1987, A-118, § 64.
128 Arrest *Martins Moreira* tegen Portugal van 26 oktober 1988, A-143, § 65-67.
129 Arrest *Bellet* tegen Frankrijk van 4 december 1995, A-333-B, § 43.
130 Arrest *Feldbrugge* tegen Nederland van 27 juli 1987 (art. 50), A-124-A, § 10 en 13.
131 Zie voor andere voorbeelden de arresten *Bricmont* tegen België van 7 juli 1989, A-158, § 96-97 en *Gaskin* tegen het Verenigd Koninkrijk van 7 juli 1989, A-160, § 55-56.

vergoeding voor 'loss of opportunities' heeft toegekend. In de andere 75% van deze gevallen heeft het Hof vaak zonder enige motivering het verzoek om vergoeding van het 'verlies van kansen' afgewezen.[132]

Na een kort rechtsvergelijkend onderzoek van het volkenrecht en enige nationale rechtsstelsels op het terrein van de 'loss of opportunities' bij schending van procedurele garanties trekt DANNEMANN de volgende vijf conclusies:

- de realistische methode houdt in dat de procedure in kwestie opnieuw wordt gevoerd met inachtneming van alle procedurele garanties. Als dit niet mogelijk is, wordt een vergoeding toegekend voor het verlies van kansen op een gunstigere afloop van de procedure;
- de hoogte van de vergoeding voor het verlies van kansen wordt gerelateerd aan de mate van waarschijnlijkheid van een gunstige afloop van de procedure;
- deze berekening heeft uitsluitend betrekking op de waarschijnlijkheid van de afloop van het proces. Andere omstandigheden worden volgens de normale regels vastgesteld;
- als de kans op een gunstige afloop van de procedure zeer groot was, dient de schade volledig te worden vergoed. Was deze kans zeer klein, dan dient in het geheel geen schadevergoeding te worden toegekend;
- de beoordeling van de rechter beperkt zich tot de taxatie hoe waarschijnlijk de voor het slachtoffer gunstige afloop van de procedure zou zijn geweest. Het staat hem niet vrij om te beoordelen of überhaupt vergoeding van verlies van kansen dient te worden toegekend.[133]

DANNEMANN is van mening dat ook het EHRM deze vijf uitgangspunten zou moeten hanteren bij de toepassing van art. 50 EVRM.[134] Het EHRM kan niet volstaan met de overweging, dat het niet kan speculeren over de vraag of de procedure in kwestie gunstiger voor de klager zou zijn afgelopen bij inachtneming van de garanties van het EVRM en de schadeclaim afwijzen. Op deze wijze wordt het slachtoffer met lege handen naar huis gestuurd en een en ander betekent in feite dat ervan wordt uitgegaan dat de uitkomst van de procedure hetzelfde zou zijn geweest als het EVRM niet was geschonden. Het Hof dient volgens DANNEMANN een duidelijke keuze te maken: ofwel de mogelijkheid van vergoeding van verlies van kansen te erkennen, ofwel deze mogelijkheid te verwerpen. Het kan echter niet zo zijn, dat het Hof in vergelijkbare zaken slechts een op de vier keer een vergoeding voor 'loss of opportunities' toekent.[135] De toepassing door het Hof van bovengenoemde uitgangspunten doet volgens DANNEMANN recht aan de effectieve bescherming van de mensenrechten, zoals

132 Zie uitgebreid Dannemann 1994, p. 264-274.
133 Dannemann 1994, p. 278-279.
134 Dannemann 1994, p. 279-283.
135 Dannemann 1994, p. 282.

neergelegd in het EVRM. Bij twijfel of de procedure met inachtneming van alle procedurele garanties gunstiger voor de klager zou zijn verlopen, dient deze twijfel ten laste van de aansprakelijke staat te komen. Zo pleit DANNEMANN ervoor ook in geval van schending van het openbaarheidsvereiste een vergoeding van verlies van kansen toe te kennen.[136]

In een enkel geval heeft de schending van een materieel verdragsrecht aanleiding gegeven tot de toekenning van een vergoeding voor een 'loss of opportunity'.[137]

In het arrest *Lingens* kent het Hof een schadevergoeding toe voor een 'loss of opportunity' veroorzaakt door de schending van art. 10. In casu betreft het een strafrechtelijke veroordeling terzake van belediging in een tijdschrift. Een van de bijkomende straffen was de verplichting tot publicatie van het vonnis in het betreffende tijdschrift. Volgens het Hof bestaat de 'loss of opportunity' daarin, dat het tijdschrift door de publicatie van het vonnis ruimte is misgelopen die anders voor advertenties had kunnen worden gebruikt.[138]

In het arrest *Sporrong en Lönnroth* houdt het Hof rekening met een 'loss of opportunity' veroorzaakt door de schending van art. 1 Protocol No. 1 (recht op eigendom) en art. 6 lid 1. In deze zaak gaat het om het zeer lang van kracht zijn van onteigeningsvergunningen, zonder dat er iets mee gebeurde. Het Hof houdt rekening met dit gemis van kansen 'notwithstanding the fact that the prospects of realizing them would have been questionable' en kent verschillende bedragen toe ook voor immateriële schade.[139]

In het arrest *Inze* gaat het om een schending van art. 14 EVRM j° art. 1 Protocol No. 1 veroorzaakt door het onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen in het erfrecht. Het Hof houdt rekening met een 'loss of real opportunities' en kent 150.000 Oostenrijkse Schillings toe.[140]

Conclusie

De 'loss of real opportunities' speelt met name een rol bij de inbreuk op procedurele garanties – in het bijzonder die van art. 6 lid 1 –, zowel in civiele procedures als in strafzaken. Een enkele keer is sprake van een 'loss of real opportunities' bij schending van een materieel recht, zoals het recht op eigendom van art. 1 Protocol No. 1 en de vrijheid van meningsuiting van art. 10.

De 'loss of real opportunities' heeft betrekking op de mogelijkheid dat de procedure in kwestie anders had kunnen aflopen, indien de procedurele garanties van

136 Dannemann 1994, p. 283.
137 Zie ook Dannemann 1994, p. 284-289.
138 Arrest *Lingens* tegen Oostenrijk van 8 juli 1986, A-103, § 51.
139 Arrest *Sporrong en Lönnroth* tegen Zweden van 18 december 1984 (art. 50), A-88, § 25 en 32.
140 Arrest *Inze* tegen Oostenrijk van 28 oktober 1987, A-126, § 51.

met name art. 6 wel waren in acht genomen. Het Hof houdt op deze manier rekening met een verlies van kansen, alhoewel het de vraag is of deze kansen volledig zouden zijn benut, indien de verdragsbepalingen in kwestie niet waren geschonden. Het mogelijke verlies is meestal materieel van aard. Dit spreekt het duidelijkst uit de arresten van het Hof waarin het gaat om een nationale civiele procedure. Zo overweegt het Hof in het arrest *Martins Moreira* betreffende een schending van de redelijke termijn uitdrukkelijk dat de hierdoor veroorzaakte 'loss of opportunities' de toekenning van een vergoeding voor de materiële schade rechtvaardigt.[141] In het arrest *Lingens* gaat het om een mogelijke winstderving door het ontbreken van advertentieruimte, terwijl de klager in het arrest *Inze* mogelijkheden heeft gemist om de boerderij van zijn – onwettige – moeder over te nemen.[142] De 'loss of opportunities' kan echter ook betrekking hebben op immateriële schade, zoals duidelijk blijkt uit de arresten *O, W, B, R en H* tegen het Verenigd Koninkrijk.[143]

In de bovengenoemde arresten betreffende de schending van procedurele garanties in strafzaken, lijkt de 'loss of real opportunities' met name betrekking te hebben op materiële schade. Het Hof overweegt meestal dat de klager naast de 'loss of real opportunities' immateriële schade heeft geleden.

5.2.4 Kosten

In het algemeen kan men zeggen dat het Hof ten aanzien van de vergoeding van de kosten, met name de honoraria van advocaten, de meest concrete uitspraken heeft gedaan.[144] Volgens vaste jurisprudentie van het Hof moet de klager deze kosten hebben gemaakt teneinde in de nationale rechtsorde de schending van het verdrag te voorkomen dan wel te herstellen en teneinde een schending van het verdrag te doen vaststellen door de Commissie en daarna het Hof of om schadevergoeding te verkrijgen. Bovendien moeten deze kosten daadwerkelijk en noodzakelijk zijn gemaakt en de hoogte ervan moet redelijk zijn. Zo overweegt het Hof in het arrrest *Eckle*:

> 'According to the settled case-law of the Court, to be entitled to an award of costs and expenses under article 50, the injured party must have incurred them in order to seek, through the domestic legal order, prevention or redress of a violation, to have the same established by the Commission and later by the Court or to obtain reparation

141 Arrest *Martins Moreira* tegen Portugal van 26 oktober 1988, A-143, § 65.

142 Arresten *Lingens* tegen Oostenrijk van 8 juli 1986, A-103, § 51 en *Inze* tegen Oostenrijk van 28 oktober 1987, A-126, § 47 en 51.

143 Arresten *O, H, W, B en R* tegen het Verenigd Koninkrijk van 9 juni 1988 (art. 50), A-136-A t/m E.

144 Zie voor een gedegen en grotendeels nog aktueel artikel over vergoeding van kosten Jonathan L. Sharpe, Awards of Costs and Expenses under Article 50 of the European Convention on Human Rights, *The Law Society's Gazette* van 28 maart 1984; zie verder N. Sansonetis, Costs and expenses, in: *The European System for the Protection of Human Rights,* edited bij R.St.J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold, Dordrecht, Boston, London, 1993, p. 755-773.

> therefore (...). Furthermore, the Court has to be satisfied that the costs and expenses were actually incurred, were necessarily incurred and were also reasonable as to quantum....'[145]

De klager moet stellen kosten te hebben gemaakt en deze kosten nader specificeren. Indien de regering in kwestie geen bezwaar maakt tegen de claim van de klager wijst het Hof de vordering toe.[146]

De kosten moeten door de klager zelf zijn gemaakt. De advocaat van de klager kan niet voor zichzelf compensatie vorderen op grond van art. 50.[147] Tevens vindt geen kostenvergoeding plaats, indien een verzekeringsmaatschappij de kosten heeft gedekt.[148]

Een reden om geclaimde kosten niet geheel toe te wijzen is het feit dat niet alle klachten van de verzoeker succesvol zijn geweest. Bij de kostenvergoeding houdt het Hof dan alleen rekening met de klachten die wel hebben geleid tot de constatering van een schending van een verdragsrecht. Zo overweegt het Hof in het arrest *Olsson*: 'The sum to be awarded should reflect the fact that some substantial complaints by the applicants remained unsuccesful.'[149]

Een factor die kan leiden tot afwijzing van een kostenclaim, is het feit dat de klager in Straatsburg kosteloze juridische bijstand heeft gehad. Er kunnen echter wel additionele kosten zijn die de klager heeft moeten maken. Deze kosten moeten worden gesteld en bewezen door de klager.[150] Het Hof lijkt op dit punt echter inmiddels van standpunt te zijn veranderd. Zo gaat het Hof in het arrest *Wassink* er behoudens tegenbewijs van de regering van uit, dat de door de klager gestelde additionele kosten, voorzover redelijk, daadwerkelijk zijn gemaakt:

> 'In the Court's view, the mere fact that the applicant was granted legal aid does not mean that he was not under an obligation to pay the fee note drawn up by his counsel and attached to the claim submitted under Article 50. In the absence of proof to the contrary, the Court must accept that Mr. Wassink is required to pay his lawyer the

145 Arrest *Eckle* tegen Duitsland van 21 juni 1983 (art. 50), A-65, § 25; zie verder bijv. de arresten *Minelli* tegen Italië van 25 maart 1983, A-62, § 45 en *Zimmermann en Steiner* tegen Zwitserland van 13 juli 1983, A-66, § 36.

146 Zie bijv. de arresten *McGoff* tegen Zweden van 26 oktober 1984, A-83, § 31; *F* tegen Zwitserland van 18 december 1987, A-128, § 46-47; *Neves e Silva* tegen Portugal van 27 april 1989, A-153-A, § 49 en *Unión Alimentaria Sanders SA* tegen Spanje van 7 juli 1989, A-157, § 46-47.

147 Arrest *Luedicke, Belkacem en Koç* tegen Duitsland van 10 maart 1980 (art. 50), A-36, § 15.

148 Arrest *Öztürk* tegen Duitsland van 23 oktober 1984 (art. 50), A-85, § 8.

149 Arrest *Olsson* tegen Zweden van 24 maart 1988, A-130, § 105; zie verder bijv. de arresten *Johnston en anderen* tegen Ierland van 18 december 1986, A-112, § 86; *Langborger* tegen Zweden van 22 juni 1989, A-155, § 53; *Allan Jacobsson* tegen Zweden van 25 oktober 1989, A-163, § 85 en *Kamasinski* tegen Oostenrijk van 19 december 1989, A-168, § 115.

150 Zie bijv. de arresten *Airey* tegen Ierland van 6 februari 1981 (art. 50), A-41, § 13 en *Johnston en anderen* tegen Ierland van 18 december 1986, A-112, § 86.

amount set out in the fee note, from which the sums received from the Council of Europe are to be deducted.'[151]

Het bovenstaande duidt op een omkering van de bewijslast ten gunste van de klager.

Bij de kwestie van kostenvergoeding acht het Hof zich niet gebonden aan nationale tarieven of standaarden.[152] Wel kan de nationale praktijk ten aanzien van kostenvergoeding het Hof van dienste zijn bij de beslissing over de kostenclaim van de klager.[153]

5.3 Factoren die de omvang van de schadevergoedingsverplichting beïnvloeden

5.3.1 Geheel of ten dele ontbreken van voldoende causaal verband tussen verdragsschending en schade

Uit de jurisprudentie ten aanzien van art. 50 blijkt dat het Hof het bestaan van een causaal verband eist tussen de gestelde schade en de geconstateerde verdragsschending. De vraag betreffende causaliteit speelt met name bij materiële schade.

Als bijvoorbeeld art. 5 lid 4 is geschonden maar art. 5 lid 1 niet, kan slechts de schade worden vergoed die is veroorzaakt door de schending van art. 5 lid 4. Zo vraagt het Hof zich in het arrest *De Wilde, Ooms en Versyp* af of de klagers daadwerkelijk schade hebben geleden. Voor het slagen van hun claim is noodzakelijk dat hun vrijheidsberoving is veroorzaakt door het ontbreken van de mogelijkheid om de wettigheid van hun detentie te laten beoordelen door een rechterlijke instantie (schending art. 5 lid 4). Volgens het Hof is dit in casu niet het geval en bestaat er geen causaal verband tussen de inbreuk op art. 5 lid 4 en de gestelde schade. Het Hof kan niet inzien hoe het voeren van een procedure om slechts de wettigheid van de detentie door een rechter te laten toetsen, zoals vereist door art. 5 lid 4, de klagers in staat zou hebben gesteld hun vrijheid eerder te verkrijgen.[154]

151 Arrest *Wassink* tegen Nederland van 27 september 1990, A-185-A, § 42; zie voor identieke overwegingen het arrest *Koendjbiharie* tegen Nederland van 25 oktober 1990, A-185-B, § 35.

152 Zie bijv. het arrest *Sunday Times* tegen het Verenigd Koninkrijk van 6 november 1980 (art. 50), A-38, § 41.

153 Zie het arrest *Silver en anderen* tegen het Verenigd Koninkrijk van 24 oktober 1983 (art. 50), A-67, § 20.

154 Arrest *De Wilde, Ooms en Versyp* tegen België van 10 maart 1972 (art. 50), A-14, § 24; in zijn arrest van 18 juni 1971, A-12, heeft het Hof een schending geconstateerd van art. 5 lid 4, maar niet van art. 5 lid 1. Zie verder bijv. de arresten *De Jong, Baljet en Van den Brink* tegen Nederland van 22 mei 1984, A-77, § 65 en *Thynne, Wilson en Gunnell* tegen het Verenigd Koninkrijk van 25 oktober 1990, A-190-A, § 85.

In de zaak *Weeks* stelt de klager dat hij eerder zou zijn vrijgelaten en een betaalde baan had kunnen vinden, indien een rechterlijke voorziening als bedoeld in art. 5 lid 4 voorhanden was geweest. Hij claimt onder meer vergoeding van inkomsten die hij hierdoor heeft gederfd. Het Hof wijst deze claim af, aangezien slechts die schade voor vergoeding in aanmerking komt die hij heeft geleden door het ontbreken van de rechterlijke voorziening als bedoeld in art. 5 lid 4. Het Hof vindt het onmogelijk om te stellen dat de klager bij het naleven van deze procedurele garantie eerder zou zijn vrijgelaten. Wel kent het Hof een financiële vergoeding toe voor de door de klager geleden 'loss of real opportunities' alsmede voor immateriële schade.[155]

In de arresten *Van Droogenbroeck* en *Luberti* overweegt het Hof dat geen rekening kan worden gehouden met de schade die een gevolg is van deze vrijheidsberoving, aangezien deze voldeed aan de vereisten van art. 5 lid 1. Slechts de schade ten gevolge van de inbreuk op art. 5 lid 4 komt voor vergoeding in aanmerking.[156]

Bij de schending van (een van) de procedurele garanties uit art. 6 doet zich geregeld de vraag voor naar het bestaan van een causaal verband tussen deze inbreuk en de door de klager gestelde materiële schade. Het Hof dient dan te beoordelen of de uitkomst van de nationale procedure anders zou zijn geweest, indien wel was voldaan aan de vereisten van art. 6.

In een aantal zaken heeft het Hof de materiële schadeclaim van de klager afgewezen, aangezien het niet kan speculeren over de vraag of de nationale procedure anders zou zijn afgelopen bij het wel in acht nemen van de vereisten van het EVRM. Het Hof overweegt dan dat geen causaal verband is aangetoond tussen de geconstateerde verdragsschending en de door de klager gestelde materiële schade. Dergelijke overwegingen zijn bijvoorbeeld aan te treffen in een aantal arresten tegen Zweden betreffende het ontbreken van een recht op toegang tot de rechter in het administratieve recht. Zo constateert het Hof in het arrest *Mats Jacobsson* een schending van art. 6 lid 1 door het ontbreken van een toegang tot de rechter bij de vermeende onrechtmatige wijziging van een bestemmingsplan. Het Hof wijst de claim van de klager tot vergoeding van materiële schade met de volgende overwegingen af:

> 'The decision to amend the plan certainly had negative effects upon the applicant's possibilities of using and developing his property. Nevertheless, the Court cannot speculate as to what the outcome of the applicant's challenge would have been if he had been able to bring his complaints before a tribunal having the supervisory powers required by Article 6 § 1.

155 Arrest *Weeks* tegen het Verenigd Koninkrijk van 5 oktober 1988 (art. 50), A-145-A, § 12-15.

156 Arresten *Van Droogenbroeck* tegen België van 25 april 1983 (art. 50), A-63, § 11 en *Luberti* tegen Italië van 23 februari 1984, A-75, § 40.

> The Court thus agrees with the Government's contention that no causal link is established between the violation of Article 6 § 1 found in this judgment and any of the alleged damage.'[157]

In een aantal zaken waarin enkele van de vereisten van art. 6 in strafprocedures niet in acht waren genomen, heeft het Hof met vergelijkbare argumenten de claim voor vergoeding van materiële schade afgewezen. Zo overweegt het Hof in het arrest *De Cubber* dat het niet kan speculeren over de uitkomst van de nationale procedure, indien het vereiste van rechterlijke onpartijdigheid uit art. 6 lid 1 niet was geschonden. Niets wijst er volgens het Hof op dat het resultaat gunstiger zou zijn geweest voor de klager. Het Hof acht geen causaal verband aanwezig tussen de schending van het verdrag en de detentie van de klager, die volgens hem zo lang duurde door de inbreuk op zijn rechten ex art. 6.[158] In het arrest *Le Compte, Van Leuven en De Meyere* acht het Hof geen causaal verband aanwezig tussen de in strijd met art. 6 lid 1 niet openbare medische tuchtprocedure en de financiële schade die de klagers stellen te hebben geleden door de hen opgelegde disciplinaire sanctie, namelijk de schorsing als arts.[159]

Hierboven bleek reeds dat het Hof geregeld rekening houdt met het gemis aan kansen van de klager veroorzaakt door de schending van een aantal procedurele vereisten in een strafprocedure. Voor een klager is het vaak zeer moeilijk of onmogelijk om aan te tonen, dat hij gunstiger uit zou zijn geweest, indien bepaalde procedurele garanties wel in acht zouden zijn genomen. Het Hof kan rekening houden met deze bewijsproblemen door middel van de in zijn jurisprudentie ontwikkelde figuur van de 'loss of opportunities'.[160] Zo houdt het Hof in het arrest *Bönisch* rekening met een 'loss of opportunities' die de klager mogelijk heeft geleden door de schending van art. 6 lid 1, zelfs zonder dat een causaal verband is aangetoond tussen deze schending en de door de klager gestelde materiële schade.[161]

Ook bij de schending van een materieel recht kan het aantonen van een causaal verband tussen deze inbreuk en de opgetreden materiële schade problemen opleveren. Zo betreft het in het arrest *Campbell en Cosans* art. 2 van Protocol No. 1, het recht op onderwijs en het recht van ouders om hun kinderen onderwezen te zien in overeen-

157 Arrest *Mats Jacobsson* tegen Zweden van 28 juni 1990, A-180-A, § 43; zie ook de volgende arresten tegen Zweden: *Tre Traktörer AB* van 7 juli 1989, A-159, § 66; *Allan Jacobsson* van 25 oktober 1989, A-163, § 82; *Håkansson en Sturesson* van 21 februari 1990, A-171, § 72; *Skärby* van 28 juni 1990, A-180-B, § 35 en *Fredin* van 18 februari 1991, A-192, § 65; zie ook bijv. het arrest *Fischer* tegen Oostenrijk van 26 april 1995, A-312, § 47.

158 Arrest *De Cubber* tegen België van 14 september 1987 (art. 50), A-124-B, § 23; zie ook bijv. het arrest *Bricmont* tegen België van 7 juli 1989, A-158, § 97.

159 Arrest *Le Compte, Van Leuven en De Meyere* tegen België van 18 oktober 1982 (art. 50), A-54, § 15.

160 Zie in dit verband ook Frowein/Peukert 1996, p. 677.

161 Arrest *Bönisch* tegen Oostenrijk van 2 juni 1986 (art. 50), A-103, § 11.

stemming met hun (van de ouders) filosofische overtuigingen. Het Hof acht dit artikel geschonden ten aanzien van de klagers, twee moeders en een zoon, door het bestaan van de praktijk van lijfstraffen als disciplinaire maatregel op Schotse scholen.[162] Jeffrey Cosans is geschorst van school, omdat hij weigerde een lijfstraf te ondergaan. Jeffrey stelt dat zijn schorsing van school hem heeft verhinderd bepaalde examens te doen en zijn studie en opleiding te vervolgen op andere onderwijsinstellingen of een avondschool, met als gevolg dat hem de mogelijkheid werd ontnomen om een vak voor de toekomst te leren. Verder is hij sinds zijn schorsing, afgezien van een zeer korte tijd, werkloos geweest en is hij afhankelijk van financiële steun van zijn ouders en de sociale zekerheid. Jeffrey stelt dat de schorsing hem niet alleen aanzienlijke verlegenheid en schaamte heeft bezorgd op dat moment, maar evenzeer duurzame, negatieve effecten zal hebben op zijn mogelijkheden en vooruitzichten om werk te vinden. Hij claimt £25.000 schadevergoeding.

Het Hof meent dat Jeffrey in ieder geval immateriële schade heeft geleden. In hoeverre Jeffrey materiële schade heeft geleden is moeilijk vast te stellen. Verschillende factoren spelen hierbij volgens het Hof een rol, zoals: een individu dat niet volledig profijt heeft van de onderwijsmogelijkheden zal in de normale gang van zaken grotere moeilijkheden in zijn toekomstige carrière tegenkomen dan iemand die dit wel heeft; uit het bewijs lijkt te volgen dat, zelfs als de schorsing niet had plaatsgevonden, de opleiding van Jeffrey slechts tot een beperkte kwalificatie zou hebben geleid; de staat kan niet volledig verantwoordelijk voor zijn situatie worden gesteld: Jeffrey lijkt er niet alles aan te hebben gedaan om een andere opleiding te volgen; als Jeffrey werkloos is, heeft hij recht op een uitkering van de sociale dienst; zelfs mensen met volledige opleiding ondervinden problemen bij het vinden van een baan in de huidige economische omstandigheden. De conclusie van het Hof luidt dat, hoewel de schorsing bijgedragen kan hebben aan de materiële problemen die Jeffrey tegenkwam, deze niet als belangrijkste oorzaak daarvan kan worden beschouwd. Het Hof kent een billijke genoegdoening toe van £3.000:

> 'None of the above factors lends itself to a process of calculation. Taking them together on an equitable basis, as is required by Article 50, the Court considers that the applicant should be afforded satisfaction assessed £ 3,000.'[163]

Bij claims voor vergoeding van immateriële schade treedt de vraag naar het bestaan van een causaal verband tussen de geconstateerde schending en de schade minder op de voorgrond. Het Hof lijkt geen al te hoge eisen aan dit causaal verband te stellen, aangezien het zeer regelmatig overweegt dat de klager ongetwijfeld immateriële schade

162 Arrest *Campbell en Cosans* tegen het Verenigd Koninkrijk van 25 februari 1982, A-48.
163 Arrest *Campbell en Cosans* van 22 maart 1983 (art. 50), A-60, § 26.

heeft geleden.[164] Een enkele keer schenkt het Hof iets meer aandacht aan de kwestie van het bestaan van een causaal verband. In het arrest *Engel en anderen* is het Hof bijvoorbeeld ten aanzien van de anderen van oordeel, dat niets wijst op een oorzakelijk verband tussen de gestelde immateriële schade en de in strijd met art. 6 lid 1 bevonden niet openbare behandeling door het Hoog Militair Gerechtshof.[165] In het arrest *Goodwin* is het Hof van oordeel dat een causaal verband is aangetoond tussen de door de klager geleden immateriële schade en de vastgestelde schending van art. 10. Vervolgens overweegt het Hof echter dat dit oordeel voldoende billijke genoegdoening is voor de morele schade.[166]

Hierboven bleek reeds dat het Hof geregeld in het midden laat of de klager immateriële schade heeft geleden door de schending van het verdrag en overweegt dat de constatering van deze schending voldoende billijke genoegdoening is in de zin van art. 50.[167]

5.3.2 Verrekening van voordeel

De voordeelsverrekening heeft in de praktijk van het Hof slechts een marginale rol gespeeld.[168]

De uitkering door een verzekeringsmaatschappij speelt een belangrijke rol in het arrest *Öztürk*. In deze zaak acht het Hof art. 6 lid 3(c) geschonden, aangezien de klager in een strafprocedure de kosten van een tolk voor zijn rekening moest nemen. Het Hof kent echter geen vergoeding toe voor de vertaalkosten, aangezien deze inmiddels zijn vergoed door een verzekeringsmaatschappij.[169]

Het overnemen van proceskosten door een mensenrechtenorganisatie heeft het Hof niet als voordeel verrekend. In het reeds genoemde arrest *Dudgeon*, waarin het Hof een schending heeft geconstateerd van art. 8 door het bestaan van een wettelijk verbod op homosexuele contacten, werden bepaalde kosten van de klager gedragen door de 'Northern Ireland Gay Rights Association'. Het Hof meent dat deze geheel persoonlijke overeenkomsten, die de klager is aangegaan om te voldoen aan zijn financiële verplichtingen ten opzichte van zijn advocaten, niet van belang zijn voor de toe te kennen genoegdoening op grond van art. 50.[170]

164 Zie voor slechts enkele voorbeelden de arresten *Deweer* tegen België van 27 februari 1980, A-35, § 60; *Dudgeon* tegen het Verenigd Koninkrijk van 24 februari 1983 (art. 50), A-59, § 18; *Goddi* tegen Italië van 9 april 1984, A-75, § 35; *X* tegen Frankrijk van 31 maart 1992, A-236, § 54 en *Tomasi* tegen Frankrijk van 27 augustus 1992, A-241-A, § 130.

165 Arrest *Engel en anderen* tegen Nederland van 23 november 1976 (art. 50), A-22, § 11.

166 Arrest *Goodwin* tegen het Verenigd Koninkrijk van 27 maart 1996, § 50, *RJD* 1996.

167 Zie bijv. ook het arrest *Welch* tegen het Verenigd Koninkrijk van 26 februari 1996 (art. 50), § 19, *RJD* 1996.

168 Zie hierover Dannemann 1994, p. 252-260.

169 Arrest *Öztürk* tegen Duitsland van 23 oktober 1984 (art. 50), A-85, § 8.

170 Arrest *Dudgeon* tegen het Verenigd Koninkrijk van 24 februari 1983 (art. 50), A-59, § 21.

5.3.3 Eigen schuld aan de schade; schadebeperkingsplicht

Eigen schuld aan de schade

De kwestie van eigen schuld speelt geen grote rol in de jurisprudentie van het Hof ten aanzien van art. 50.[171]

Bij de beantwoording van de vraag of de lengte van een rechterlijke procedure de redelijke termijn als vereist door art. 6 lid 1 heeft overschreden, spelen volgens constante jurisprudentie van het Hof de volgende factoren een rol: de complexiteit van de zaak; het gedrag van de klager en het gedrag van de justitiële autoriteiten.[172] Het gedrag van de klager, dat vertraging van de procedure heeft veroorzaakt, kan zijn claim van overschrijding van de redelijke termijn afzwakken. Van belang hierbij is of het om een civiele procedure of een strafzaak gaat.[173] Volgens constante jurisprudentie van het Hof hoeft een verdachte van een strafbaar feit immers niet actief mee te werken met de justitiële autoriteiten.[174]

In het arrest *Buchholz* was het gedrag van de klager in een civiele procedure een belangrijke reden voor het Hof om geen overschrijding van de redelijke termijn aan te nemen.[175] Het feit dat de klager zijn steentje heeft bijgedragen aan de duur van de procedure hoeft er niet toe te leiden dat het Hof geen schending van art. 6 lid 1 aanneemt. Zo acht het Hof in het arrest *Capuano* de redelijke termijn in een civiele procedure overschreden, zelfs nu de klaagster verantwoordelijk was voor enkele van de opgetreden vertragingen. Deze eigen schuld van de klaagster weerhoudt het Hof er niet van om haar een financiële compensatie toe te kennen voor de door haar ten gevolge van de lange duur van de procedure geleden materiële en immateriële schade.[176] In casu liep de procedure reeds meer dan tien jaar. De Commissie rekent een vertraging van ongeveer een jaar toe aan het gedrag van mevrouw Capuano, terwijl het Hof vindt dat zij in zekere mate verantwoordelijk is voor de duur van de procedure. Het Hof geeft echter niet precies aan hoe groot de vertraging is waarvoor de klaagster verantwoordelijk is. Uit de beslissing van het Hof over de toekenning van schadevergoeding valt niet op te maken in hoeverre het vertragende gedrag van mevrouw Capuano de hoogte van het toegekende bedrag heeft beïnvloed. Zoals gebruikelijk overweegt het Hof dat de diverse factoren in casu zich niet lenen voor

171 Zie hierover Dannemann 1994, p. 241-247.
172 Zie bijv. het arrest *Zimmermann en Steiner* tegen Zwitserland van 13 juli 1983, A-66, § 24.
173 Vgl. in dit verband Van Dijk/Van Hoof 1990, p. 367-368.
174 Zie bijv. het arrest *Dobbertin* tegen Frankrijk van 25 februari 1993, A-256-D, § 43.
175 Arrest *Buchholz* tegen Duitsland van 6 mei 1981, A-42.
176 Arrest *Capuano* tegen Italië van 25 juni 1987, A-119, § 28-29.

een precieze begroting en het kent op billijke basis een compensatie toe van acht miljoen Italiaanse Lire.[177]

De invloed van de eigen schuld van de klager aan de opgetreden vertragingen op de kwestie van schadevergoeding op grond van art. 50 blijkt duidelijk uit het arrest *Luberti*. In dit arrest acht het Hof de vrijheidsberoving van een psychiatrisch patiënt niet in strijd met art. 5 lid 1 maar wel met lid 4 van dit artikel, aangezien de procedure die de klager in gang had gezet teneinde zijn opname te beëindigen te lang duurde. Het Hof benadrukt dat deze vertragingen voor een belangrijk deel aan hem zelf zijn te wijten. De klager is immers gevlucht uit de inrichting en heeft een half jaar ondergedoken gezeten. Daarnaast heeft hij diverse klachten ingediend bij onbevoegde rechterlijke instanties. Voor zover de vertragingen zijn veroorzaakt door de Italiaanse autoriteiten, biedt de constatering van een schending van art. 5 lid 4 volgens het Hof voldoende genoegdoening in de zin van art. 50.[178]

In het arrest *McCann en anderen* tegen het Verenigd Koninkrijk is het Hof van oordeel dat het recht op leven ex art. 2 EVRM is geschonden van drie personen die door Britse veiligheidsagenten in Gibraltar werden neergeschoten, aangezien zij van IRA-terrorisme werden verdacht. Het Hof kent de nabestaanden echter geen schadevergoeding toe, nu de drie slachtoffers van plan waren een bom te plaatsen.[179]

In het arrest *A en anderen* tegen Denemarken acht het Hof de redelijke termijn overschreden in procedures tegen de staat, aangespannen door met het HIV-virus besmette hemofiliepatiënten. Bij de toekenning van de vergoeding van de hierdoor geleden immateriële schade, houdt het Hof onder meer rekening met het feit dat de klagers in belangrijke mate hebben bijgedragen tot de lange duur van de procedures.[180]

Concluderend kan worden gesteld dat de eigen schuld van de klager aan opgetreden vertragingen tijdens een procedure het Hof er niet van hoeft te weerhouden de redelijke termijn overschreden te achten. In het algemeen wijdt het Hof bij de kwestie van art. 50 weinig overwegingen aan de invloed van de eigen schuld van het slachtoffer op de (hoogte van de) toegekende compensatie.

Schadebeperkingsplicht

De kwestie van het bestaan van een schadebeperkingsplicht komt slechts sporadisch aan de orde in de rechtspraak van het Hof.[181] Uit het reeds genoemde arrest *Campbell en Cosans* blijkt dat het Hof er bij de kwestie van schadevergoeding waarde aan

177 A-119, § 37.
178 Arrest *Luberti* tegen Italië van 23 februari 1984, A-75, § 41.
179 Arrest *McCann en anderen* tegen het Verenigd Koninkrijk van 27 september 1995, A-324, § 219.
180 Arrest *A en anderen* tegen Denemarken van 8 februari 1996, § 86, *RJD* 1996.
181 Zie Dannemann 1994, p. 247-251

hecht, dat Jeffrey Cosans niet alles in het werk heeft gesteld om de door zijn schorsing van school veroorzaakte schade te beperken. Hij heeft er volgens het Hof niet alles aan gedaan om een verdere studie en opleiding te volgen.[182]

In het arrest *Baggetta* betreft het een schending van het vereiste van berechting binnen een redelijke termijn door een strafprocedure die meer dan dertien jaar liep. De klager dient een schadeclaim in, onder meer voor de financiële schade door het verlies van zijn baan. Het Hof meent dat de klager ongetwijfeld immateriële schade heeft geleden, aangezien hij in voortdurende onzekerheid werd gelaten over de uitkomst van de strafprocedure en haar financiële gevolgen. Bij de materiële schade hecht het Hof waarde aan het feit, dat de klager deze schade had kunnen beperken door ander betaald werk te zoeken.[183] Het Hof kent in totaal vijftien miljoen Italiaanse Lire schadevergoeding toe.

5.3.4 Rechterlijk matigingsrecht

Een rechterlijk matigingsrecht, zoals bijvoorbeeld vervat in het Nederlandse Burgerlijk Wetboek[184], speelt geen aantoonbare rol in de jurisprudentie van het Hof. De in art. 50 vervatte billijkheid biedt het Hof alle ruimte om rekening te houden met allerlei omstandigheden.

5.4 Hoe bepaalt het Hof de hoogte van de schadevergoeding?

5.4.1 Schatting of precieze schadeberekening?

Het Hof zal de schade in principe op precieze wijze berekenen, zodat het slachtoffer zoveel mogelijk in de positie wordt geplaatst waarin hij zou verkeren als de verdragsinbreuk niet had plaatsgevonden.

In de praktijk van het Hof gaat het echter in de meeste gevallen om immateriële schade, die zich naar haar aard niet precies laat berekenen. Bij materiële schade ligt een precieze berekening meer voor de hand. Zo kan het gaan om een boete die de klager in strijd met het verdrag heeft moeten betalen. De toekenning van een vergoeding voor materiële schade omvat dan – mede – een bedrag gelijk aan de hoogte

182 Arrest *Campbell en Cosans* tegen het Verenigd Koninkrijk van 22 maart 1983 (art. 50), A-60, § 26.

183 Arrest *Baggetta* tegen Italië van 25 juni 1987, A-119, § 28, alwaar het Hof onder meer overweegt: 'Nor is there anything to suggest that Mr. Baggetta was unable to take up other paid work and thus mitigate his material loss.'

184 Art. 6:109 lid 1 BW; zie nader over het rechterlijk matigingsrecht hoofdstuk 2 § 2.6.4.

van deze boete.[185] Echter zelfs als de materiële schade op precieze wijze zou kunnen worden berekend, is niet gezegd dat het Hof dit ook daadwerkelijk doet. Zo heeft het Hof in het arrest *Sporrong en Lönnroth* onder meer een schending geconstateerd van art. 1 Protocol No. 1 veroorzaakt door een onteigeningsvergunning van lange duur gepaard gaande met beperkingen op de bouw, zonder dat de autoriteiten gebruik maakten van deze vergunning.[186]

De klagers hebben voorgesteld de schade te berekenen volgens de zogenaamde 'hypothetical redevelopment'-methode. Deze methode gaat ervan uit dat de klagers de bestaande huizen op hun stukken grond zouden hebben gesloopt en er nieuwe voor in de plaats zouden hebben laten zetten. Volgens het Hof is dit een extreme veronderstelling, die niet wordt ondersteund door de feiten van de zaak. De regering heeft voorgesteld de schade te berekenen volgens de 'actual use'-methode. De directe opbrengst van het onroerend goed in kwestie is niet gedaald door het van kracht zijn van de onteigeningsvergunningen. Het Hof vindt deze methode echter inflexibel en niet volledig, nu zij geen rekening houdt met de periode waarin de vergunningen van kracht waren. De methode veronachtzaamt de moeilijkheden die de klagers in deze periode ondervonden, voornamelijk door de waardevermindering van hun eigendom, en de investeringsmogelijkheden die zij zouden hebben gehad als de onteigeningsvergunningen niet zouden zijn uitgegeven. Het Hof acht geen van de door de klagers en de regering voorgestelde methoden om de schade op precieze wijze te berekenen adequaat. Het Hof vindt het zeer moeilijk om de schade in casu precies te begroten en acht het niet nodig een andere berekeningsmethode te gebruiken:

> 'This is because the circumstances of the case prompt the Court to confine itself to, and make an overall assessment of, the factors which it has found to be relevant.'

Het Hof beoordeelt deze elementen gezamenlijk op een billijke basis, zoals vereist door art. 50, en kent financiële vergoedingen toe voor geleden materiële en immateriële schade.[187]

Hierboven bleek reeds dat billijkheidsoverwegingen een belangrijke plaats innemen bij de toekenning van schadevergoeding door het Hof op grond van art. 50.[188] De billijkheid speelt niet alleen een rol bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding

185 Zie de arresten *Deweer* tegen België van 27 februari 1980, A-35, § 60; *Lingens* tegen Oostenrijk van 8 juli 1986, A-103, § 50; *Darby* tegen Zweden van 23 oktober 1990, A-187, § 38 (ten onrechte betaalde belasting) en *Oberschlick* tegen Oostenrijk van 23 mei 1991, A-204, § 66.

186 Arrest *Sporrong en Lönnroth* tegen Zweden van 23 september 1982, A-52.

187 Arrest *Sporrong en Lönnroth* tegen Zweden van 18 december 1984 (art. 50), A-88, § 28-32; vgl. het arrest *Unión Alimentaria Sanders SA* tegen Spanje van 7 juli 1989, A-158, § 45, waarin het Hof van oordeel is dat de door de overschrijding van de redelijke termijn in een civiele procedure veroorzaakte materiële schade zich niet leent voor een precieze begroting.

188 Zie Polakiewicz 1991, p. 126.

voor immateriële schade maar evenzeer bij materiële schade, zelfs als de klager en de regering een precieze schadeberekening hebben voorgesteld.[189]

Het Hof schat de schade in het algemeen, dat wil zeggen dat het Hof alle factoren in overweging nemend de hoogte van de schadevergoeding *ex aequo et bono* vaststelt. Aangezien een nauwkeurige schadeberekening op hypothetische grondslagen moeilijkheden oplevert, neemt het Hof vaak 'eine abstrakte Bestimmung auf Grund eines Verlustes realer Möglichkeiten', aldus POLAKIEWICZ.[190] Hierboven bleek reeds dat het Hof met name in geval van schending van procedurele garanties gebruik maakt van de figuur van de 'loss of real opportunities'. De schade laat zich dan moeilijk op precieze wijze begroten, aangezien moeilijk te zeggen valt of de procedure in kwestie voor de klager gunstiger zou zijn afgelopen, indien de procedurele garanties van bijvoorbeeld art. 6 wel in acht zouden zijn genomen.

Kosten laten zich in het algemeen op precieze wijze begroten.

5.4.2 Abstracte of concrete schadeberekening?

Bij de abstracte of objectieve schadeberekening wordt geabstraheerd van de concrete omstandigheden waarin de benadeelde zich bevindt. De rechter gaat dan na hoe groot in het algemeen de schade is van een benadeelde die in een gelijksoortige positie verkeert als de benadeelde. Bij de concrete of subjectieve schadeberekening gaat het om het werkelijke nadeel dat de benadeelde lijdt, waarbij volledig rekening wordt gehouden met de subjectieve omstandigheden waarin hij verkeert (zie hoofdstuk 2 § 2.5.5.).

Het Hof heeft zich tot nu toe niet op een van de beide methoden van schadeberekening vastgelegd. De houding van het Hof ten aanzien van de wijze van schadeberekening blijft onduidelijk, aangezien het Hof vaak één globale som toekent voor zowel materiële als immateriële schade.[191] Volgens DANNEMANN moet het Hof de schade op concrete, subjectieve wijze berekenen, zodat het slachtoffer in een financiële positie wordt geplaatst als ware het schadetoebrengende feit niet voorgevallen. Een en ander is naar zijn mening in overeenstemming met het doel van art. 50, namelijk het wegnemen van de gevolgen van een met het verdrag strijdige maatregel.[192]

Het standpunt van DANNEMANN lijkt mij juist en geheel in overeenstemming met het doel van art. 50, namelijk het slachtoffer zoveel mogelijk in de positie te brengen waarin hij zou hebben verkeerd als de vereisten van het verdrag wel in acht waren genomen.[193]

189 Zie het arrest *Sporrong en Lönnroth* tegen Zweden van 18 december 1984 (art. 50), A-88, § 27-32.
190 Polakiewicz 1991, p. 126.
191 Dannemann 1994, p. 228.
192 Dannemann 1994, p. 229.
193 Zie het arrest *Piersack* tegen België van 26 oktober 1984 (art. 50), A-85, § 12.

De hoogte van kostenvergoedingen berekent het Hof in het algemeen op concrete wijze.

5.4.3 Schadevergoeding op nationaal niveau

In een aantal arresten heeft het Hof bij de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding rekening gehouden met het feit dat het slachtoffer op nationaal niveau reeds enige compensatie heeft gekregen.

In het arrest *Tomasi* heeft het Hof schendingen geconstateerd van de artikelen 3, 5 lid 3 en 6 lid 1 (redelijke termijn), veroorzaakt door het optreden van de Corsicaanse politie ten opzichte van de klager. De Franse rechter heeft hem 300.000 FF toegekend ter vergoeding van de schade veroorzaakt door zijn voorlopige hechtenis, terwijl hij uiteindelijk werd vrijgesproken. Het Hof vindt dat de klager door de geconstateerde verdragsschendingen ongetwijfeld materiële en immateriële schade heeft geleden. Het Hof kent hem op grond van art. 50 EVRM 700.000 FF toe en houdt hierbij onder meer rekening met de reeds door de Franse rechter toegekende schadevergoeding.[194]

In het arrest *Vallée* betreft het een overschrijding van de redelijke termijn uit art. 6 lid 1 in een door een met het HIV-virus besmette hemofiliepatiënt aangespannen procedure tot schadevergoeding tegen de Franse staat. Bij de toekenning van schadevergoeding houdt het Hof rekening met het feit dat het slachtoffer reeds enige financiële vergoeding heeft ontvangen van het Compensatie Fonds, dat door de Franse regering is ingesteld ten behoeve van besmette hemofiliepatiënten.[195]

In een vergelijkbare zaak tegen Denemarken houdt het Hof bij de toekenning van schadevergoeding onder meer rekening met het feit dat de Deense staat reeds een aantal *ex gratia* betalingen aan de slachtoffers heeft gedaan, alhoewel deze betalingen niet waren gericht waren op het verzachten van de door de lengte van de procedures veroorzaakte pijn.[196]

5.4.4 Voor schadeberekening relevante tijdstip

In het arrest in de zaak van de Fabriek te *Chorzów* berekent het Permanente Hof inzake Internationale Justitie de schade op het moment van de uitspraak van het Hof.[197] In de rechtspraak van het EHRM op grond van art. 50 EVRM heeft het tijdstip van schadeberekening tot dusverre niet tot grote problemen geleid. Dit heeft mede te maken met het feit dat het Hof vaak overweegt dat de schade zich niet voor

194 Arrest *Tomasi* tegen Frankrijk van 28 augustus 1992, A-241-A, § 130.

195 Arrest *Vallée* tegen Frankrijk van 26 april 1994, A-289-A, § 54; zie voor een zelfde beslissing het arrest *Karakaya* tegen Frankrijk van 26 augustus 1994, A-289-B, § 50.

196 Arrest *A en anderen* tegen Denemarken van 8 februari 1996, § 86, *RJD* 1996.

197 Arrest van 13 september 1928, C.P.J.I. Série A No 17.

precieze begroting leent en naar billijkheid een totaalbedrag voor materiële en immateriële schade toekent.[198] De kwestie van de toekenning van rente over de door het slachtoffer geleden schadebedragen is ook relevant in dit verband (zie § 5.5).

5.5 Kent het Hof rente toe?

De kwestie van toekenning van rente komt aan de orde bij de claim tot vergoeding van materiële schade (§ 5.5.1) en bij het door het Hof toegekende schadebedrag (§ 5.5.2).[199]

5.5.1 Rente en materiële schade

In diverse arresten heeft de klager naast een claim voor vergoeding van materiële schade tevens rente over dit schadebedrag geclaimd. Het Hof heeft tot nu toe wisselend gereageerd op dergelijke claims.[200]

In het arrest *Young, James en Webster* kent het Hof onder meer een financiële vergoeding toe voor materiële schade. In dit schadebedrag is ook de rente verdisconteerd in verband met de inkomstenderving en verloren pensioenrechten van de klagers.[201]

In enkele arresten heeft het Hof de materiële schadeclaim inclusief rente afgewezen wegens het ontbreken van een causaal verband tussen deze schade en de schending van het verdrag.[202]

In twee arresten tegen Portugal, waarin het Hof de redelijke termijn van art. 6 in een civiele schadevergoedingsprocedure overschreden acht, heeft het Hof zich uitgesproken over de kwestie van toekenning van rente. In het arrest *Guincho* claimt de klager onder meer de rente die hij in twee jaar zou hebben verdiend, indien hij zijn schade ad 350.000 Escudos in de nationale civiele procedure vergoed had gekregen. De nationale procedure loopt reeds meer dan drie jaar en tien maanden. Het Hof overweegt met betrekking tot de duur van de procedure:

198 Zie Dannemann 1994, p. 298.

199 Zie voor een recente behandeling van deze kwestie Flauss 1995, p. 9-15.

200 Dannemann schrijft in dit verband: 'Der Gerichtshof, dessen haftungsrechtliche Praxis sich ohnehin nicht durch Geradlinigkeit auszeichnet, hat in keiner Frage so gezögert und geschwankt wie in dieser', zie Dannemann 1994, p. 313.

201 Arrest *Young, James en Webster* tegen het Verenigd Koninkrijk van 18 oktober 1982 (art. 50), A-55, § 10-11; in zijn arrest van 13 augustus 1981, A-44, heeft het Hof het ontslag van klagers vanwege het niet lid worden van een bepaalde vakbond in strijd met art. 11 EVRM geoordeeld.

202 Zie bijv. de volgende arresten tegen Zweden: *Pudas* van 27 oktober 1987, A-125-A, § 46-47; *Tre Traktörer AB* van 7 juli 1989, A-162, § 65-66 en *Allan Jacobsson* van 25 oktober 1989, A-163, § 81-82.

> 'Not only did it reduce the effectiveness of the action brought, but it also placed the applicant in a state of uncertainty which still persists and in such a position that even a final decision in his favour will not be able to provide compensation for the lost interest.'

Het Hof kent de klager 150.000 Escudos toe bij wijze van billijke genoegdoening.[203]

In het arrest *Baraona* claimt de klager onder meer rente tegen een tarief van 23% op het bedrag dat hij als schadevergoeding van de regering in de nationale procedure claimt en op basis van de vijf jaar die deze procedure reeds duurt. Het Hof wijst deze claim af, aangezien het niet vooruit kan lopen op de uitkomst van de nationale procedure; de Portugese rechter zal rente moeten toekennen, indien hij de schadeclaim van de klager toewijst.[204]

In het arrest *Darby* claimt de klager onder meer terugbetaling van een hem in strijd met art. 14 EVRM j° art. 1 Protocol No. 1 opgelegde belasting alsmede rente over dit bedrag, berekend volgens de geldende rentetarieven in Zweden ten tijde van de betaling van de belasting (1979-1981). De regering is het in principe eens met deze claim en het Hof kent het geclaimde bedrag ad 8.000 Zweedse Kronen toe.[205]

In het arrest *Pine Valley Developments* is de klacht ingediend door de onderneming Pine Valley, dochtermaatschappij van de tweede klager, Healy Holdings, waarvan de derde klager, Healy, enig aandeelhouder is. Pine Valley had in november 1978 een stuk grond gekocht inclusief een vergunning van 10 mei 1977 om deze grond te ontwikkelen. Deze vergunning werd vervolgens echter vernietigd door de 'Supreme Court' wegens strijd met het vigerende bestemmingsplan. Bij de wet van 28 juli 1982 werd bepaald dat vergunningen van vóór 15 mei 1977 niet als nietig zouden worden beschouwd om de enkele reden dat het project waarvoor zij waren afgegeven tegen het bestemmingsplan zou ingaan. Het Hof heeft een schending geconstateerd van art. 14 EVRM j° art. 1 van het Eerste Protocol ten aanzien van de tweede en derde klager, aangezien de wet van 1982 voordeel opleverde voor alle vergunninghouders in de toepasselijke categorie met uitzondering van de klagers. Volgens het Hof zijn de rechten van Pine Valley niet geschonden, aangezien deze onderneming het land in kwestie vóór het bovengenoemde arrest van de 'Supreme Court' aan de tweede klager had verkocht.[206] De klagers claimen onder meer vergoeding van de door de schending veroorzaakte materiële schade alsmede rente vanaf de datum van de schending van het verdrag, namelijk 28 juli 1982, aangezien zij rente zouden hebben verdiend als zij op die datum schadevergoeding hadden ontvangen. Het Hof vindt dat de klagers ook vergoeding van gederfde rente moeten ontvangen en verwerpt het verweer van

203 Arrest *Guincho* tegen Portugal van 10 juli 1984, A-81, § 44.
204 Arrest *Baraona* tegen Portugal van 8 juli 1987, A-122, § 59-61.
205 Arrest *Darby* tegen Zweden van 23 oktober 1990, A-187, § 37-38.
206 Arrest *Pine Valley Developments Ltd en anderen* tegen Ierland van 29 november 1991, A-222.

de regering dat de klagers geen rente meer kunnen claimen, aangezien zij dit in de nationale procedure ook niet hebben gedaan; de nationale rechter had immers ook ambtshalve rente kunnen toekennen. Het Hof sluit aan bij de rentetarieven die van toepassing zijn op rechterlijke uitspraken in Ierland. Het Hof kent in totaal 200.000 Ierse Ponden toe voor materiële schade inclusief rente. Ook bij de vergoeding van kosten kent het Hof rente toe.[207]

In het arrest *Vermeire* heeft het Hof een schending geconstateerd van art. 14 j° 8, aangezien de klaagster was uitgesloten van de nalatenschap van haar grootvader nu zij geen wettige familieband met hem had.[208] Het Hof kent een vergoeding toe voor de door deze inbreuk geleden materiële schade, inclusief een bedrag aan wettelijke rente berekend volgens de geldende tarieven tussen de datum van het overlijden van de grootvader en 30 september 1993.[209]

In het arrest *Stran Greek Refineries en Stratis Andreadis* kent het Hof zeer forse bedragen toe voor de door de schending van art. 1 Protocol No. 1 veroorzaakte materiële schade. Deze bedragen zijn gelijk aan de bedragen die een nationaal arbitragetribunaal aan de klagers heeft toegekend. Bovendien kent het Hof 6% rente toe op deze bedragen vanaf de uitspraak van het arbitragetribunaal (27 februari 1984) tot de datum van het arrest van het Hof. Het Hof kent dit rentebedrag toe, alhoewel het arbitragetribunaal er in zijn uitspraak niet over gerept heeft. Het Hof overweegt echter dat 'the adequacy of the compensation would be diminished if it were to be paid without reference to various circumstances liable to reduce its value, such as the fact that ten years have elapsed since the arbitration decision was rendered.'[210]

In deze laatste uitspraak kan ik mij geheel vinden. Voorop dient immers te staan dat het slachtoffer zoveel mogelijk in de positie wordt geplaatst die zou hebben bestaan, indien geen schending van zijn in het verdrag neergelegde rechten had plaatsgevonden. Vergoeding van rente op de door de inbreuk op het EVRM veroorzaakte materiële schade biedt het slachtoffer een compensatie die zoveel mogelijk in de buurt komt van een *restitutio in integrum*.[211]

Een recente uitspraak van de Commissie doet eveneens recht aan het beginsel van volledige schadevergoeding. In de zaak *Akkus* tegen Turkije heeft de Commissie een schending geconstateerd van art. 1 Protocol No. 1, aangezien de Turkse autoriteiten er zeventien maanden over heen lieten gaan voordat zij de door de rechter vastgestelde schadevergoeding in verband met de onteigening van een stuk grond aan de klager uitbetaalden. Door de enorme devaluatie van de Turkse munteenheid

207 Arrest *Pine Valley Developments Ltd. en anderen* tegen Ierland van 9 februari 1993 (art. 50), A-246-B, § 14, 15 en 19.

208 Arrest *Vermeire* tegen België van 29 november 1991, A-214-C.

209 Arrest *Vermeire* tegen België van 4 oktober 1993 (art. 50), A-270-A, § 12.

210 Arrest *Stran Greek Refineries en Stratis Andreadis* tegen Griekenland van 9 december 1994, A-301-B, § 82.

211 Dannemann 1994, p. 311 verwijst in dit verband naar 'der Grundsatz der Totalreparation'.

gedurende deze zeventien maanden lijdt de klager grote schade, welk nadeel niet kan worden goedgemaakt door de wettelijke rente die in Turkije geldt bij het niet (tijdig) betalen van een geldbedrag.[212]

5.5.2 Rente op door het Hof toegekende bedrag

De claim van toekenning van rente op het door het Hof toegekende schadebedrag heeft het Hof duidelijker beantwoord. Tot voor kort heeft het Hof dergelijke claims afgewezen.

In het arrest *Sunday Times* claimen de klagers 10% rente per jaar op het door het Hof toe te kennen bedrag, te rekenen vanaf de datum van het arrest in de hoofdzaak tot de datum van het arrest inzake art. 50. Het Hof kent geen rente toe, aangezien ervan mag worden uitgegaan dat het Verenigd Koninkrijk spoedig aan zijn verplichtingen op grond van art. 53 zal voldoen.[213] In het arrest *Pauwels* verzoekt de klager het Hof om de Belgische regering een dwangsom van 10.000 BF op te leggen voor iedere dag dat zij in gebreke blijft om het arrest uit te voeren. Het Hof wijst dit verzoek af gezien de verplichting voor België op grond van art. 53 om zich aan het arrest te houden en het feit dat het op grond van art. 54 een taak van het Comité van Ministers van de Raad van Europa is om toe te zien op de tenuitvoerlegging van het arrest.[214]

Sinds oktober 1991 geeft het Hof in zijn dictum aan dat de verdragsstaat in kwestie de op grond van art. 50 toegekende bedragen binnen drie maanden moet betalen.[215]

In een serie arresten tegen Italië, waarin het Hof de redelijke termijn uit art. 6 lid 1 in een civiele procedure overschreden acht, heeft de Commissie het Hof voorgesteld de regering een dwingende tijdlimiet te geven voor de tenuitvoerlegging van het arrest en een voorziening te treffen voor de betaling van rente in geval de regering niet aan haar verplichtingen voldoet. Eerstgenoemd voorstel is volgens het Hof in overeenstemming met de sinds oktober 1991 gevolgde praktijk. Ten aanzien van het laatstgenoemde voorstel vindt het Hof het niet gepast om de betaling van rente te vereisen. In het dictum geeft het Hof wel aan dat de toegekende bedragen binnen drie maanden betaald moeten worden.[216]

212 Zie het rapport van de Commissie van 27 februari 1996 in de zaak *Akkus* tegen Turkije (klachtno. 19263/92; de zaak is inmiddels voorgelegd aan het Hof, zie het persbericht van de griffie van het EHRM, nr. 224 van 25 april 1996.

213 Arrest *Sunday Times* tegen het Verenigd Koninkrijk van 6 november 1980 (art. 50), A-38, § 44; het arrest in de hoofdzaak is van 26 april 1979, A-30 (schending art. 10).

214 Arrest *Pauwels* tegen België van 26 mei 1988, A-135, § 49-50.

215 Het Hof doet dit voor het eerst in het arrest *Helmers* tegen Zweden van 29 oktober 1991, A-212-A.

216 Zie de volgende arresten tegen Italië: *Nibbio, Borgese, Biondi, Monaco en Lentini* van 26 februari 1992, A-228-A t/m E; *Diana, Ridi, Casciaroli, Manieri, Mastrantonio, Idrocalce S.r.l., Cardarelli, Golino, Taiuti, Maciariello* van 27 februari 1992, A-229-A t/m I en A-330-A; *Manifattura FL,*

In het arrest *Pine Valley Developments* vragen de klagers rente op de door het Hof toegekende bedragen voor de periode van de datum van het arrest tot de datum van betaling. Het Hof vindt het niet gepast dit verzoek te honoreren en geeft andermaal in het dictum aan dat de toegekende bedragen binnen drie maanden betaald moeten worden.[217]

In het arrest *Vermeire* laat het Hof voor het eerst een ander geluid horen. Het kent wettelijke rente toe op het bedrag voor de geleden materiële schade tot het tijdstip waarop de Belgische staat de schadevergoeding heeft betaald.[218]

In lijn met het arrest *Vermeire* vaart het Hof vanaf 1 januari 1996 een andere koers ten aanzien van rente op het door het Hof toegekende bedrag. Het bepaalt sindsdien in het dictum dat de veroordeelde staat rente is verschuldigd over het door het Hof toegekende bedrag, als deze niet binnen drie maanden na het arrest van het Hof dit bedrag heeft betaald. Deze rente wordt vastgesteld aan de hand van de op de datum van de uitspraak van het Hof in de veroordeelde staat geldende rentevoet.[219] In het arrest *Mitap* en *Müftüoğlu* hanteert het Hof de in Frankrijk geldende rente, aangezien er onvoldoende informatie is over de in Turkije geldende rentevoet.[220]

Deze nieuwe benadering van het Hof lijkt me een uitstekende stok achter de deur voor de veroordeelde staat om zo snel mogelijk aan zijn schadevergoedingsverplichting te voldoen. Het slachtoffer van een schending van het EVRM heeft er recht op dat de hierdoor geleden schade zo snel mogelijk wordt goedgemaakt.

5.5.3 Wijze van uitbetaling: valuta

In de meeste gevallen levert de geldsoort waarin de door het Hof toegekende schadevergoeding moet worden betaald geen probleem op. De klager heeft immers meestal zijn woonplaats in de aansprakelijke staat en schade geleden en kosten gemaakt in de valuta van dit land.[221]

Steffano, Ruotolo, Vorrasi, Cappello, Caffè Roversi S.p.a., Gana, Barbagallo, Cifola, Pandolfelli en Palumbo van 27 februari 1992, A-230-B t/m I en A-231-A t/m B; *Pierazzini, Tusa, Cooperativa Parco Cuma, Serrentino, Lorenzi, Bernardini en Gritti, Tumminelli* van 27 februari 1992, A-231-C t/m H.

217 Arrest *Pine Valley Developments Ltd. en anderen* tegen Ierland van 9 februari 1993 (art. 50), A-246-B, § 20-21.

218 Arrest *Vermeire* tegen België van 4 oktober 1993 (art. 50), A-270-A, § 13.

219 Zo overweegt het Hof in het arrest *A en anderen* tegen Denemarken van 8 februari 1996 onder het kopje 'default interest' in § 90: 'According to the information available to the Court, the statutory rate of interest applicable in Denmark at the date of adoption of the present judgment is 9.25% per annum'; *RJD* 1996.

220 Arrest *Mitap* en *Müftüoğlu* tegen Turkije van 25 maart 1996, § 45, *RJD* 1996.

221 Zie uitgebreid Dannemann 1994, p. 305-310.

In het arrest *Ringeisen* is de klager een Duitse onderdaan die in Oostenrijk slachtoffer is geworden van schending van art. 5 EVRM. Het Hof kent een schadevergoeding toe van 20.000 DM.[222]

In het arrest *Yağci en Sargin* tegen Turkije hebben de klagers hun claim gesteld in ECU's. Het Hof is hier echter niet op ingegaan.[223] In het arrest *Mitap* en *Müftüoğlu* wordt de claim van de klagers in FF wel toegekend.[224]

5.6 Conclusie

Op diverse plaatsen in dit hoofdstuk is reeds een tussenbalans opgemaakt. De billijke genoegdoening op grond van art. 50 EVRM bestaat in de meeste gevallen uit een geldbedrag of een declaratoire uitspraak. Bepleit is dat het Hof zijn bevoegdheid in deze ruimer opvat, in die zin dat het ook maatregelen kan opleggen die een *restitutio in integrum* zoveel mogelijk benaderen.

222 Arrest *Ringeisen* tegen Oostenrijk van 22 juni 1972 (art. 50), A-15, § 26.
223 Arrest *Yağci en Sargin* tegen Turkije van 8 juni 1995, A-319, § 72 en 75.
224 Arrest *Mitap* en *Müftüoğlu* tegen Turkije van 25 maart 1996, § 39-41, *RJD* 1996.

HOOFDSTUK 6

Compensatie naar geschonden artikel

6.1 Algemeen

Bij art. 50 EVRM doet zich de vraag voor of de inbreuk op een verdragsrecht op zichzelf reeds immateriële schade inhoudt, die voor financiële vergoeding in aanmerking komt.

Jurisprudentie

De Commissie heeft zich in het verleden wel sterk gemaakt voor een bevestigend antwoord op bovenstaande vraag. Zo menen de gedelegeerden van de Commissie in de zaak *Neumeister*, dat de schade ten gevolge van de schending van art. 5 lid 3 op zichzelf om enige financiële compensatie vraagt.[1] Het Hof overweegt echter, dat het op grond van art. 50 slechts een billijke genoegdoening toekent 'if necessary'. Het Hof erkent dat Neumeister morele schade heeft geleden door de excessieve duur van zijn voorlopige hechtenis. Het overweegt echter dat de tijd doorgebracht in voorarrest in zijn geheel werd afgetrokken van de uiteindelijk opgelegde gevangenisstraf. Bovendien hebben de Oostenrijkse autoriteiten hem inmiddels gratie verleend en Neumeister heeft in eerste instantie aangegeven dit de beste vorm van compensatie te vinden. Het Hof vindt dat deze omstandigheden 'outweigh the moral wrong of which he complains' en kent geen schadevergoeding toe.[2]

Het Hof heeft in zijn jurisprudentie tot nu toe, ondanks pogingen van de Commissie om het Hof op andere gedachten te brengen,[3] vastgehouden aan de opvatting dat niet iedere verdragsinbreuk op zichzelf schadevergoeding rechtvaardigt.[4]

1 Arrest *Neumeister* tegen Oostenrijk van 7 mei 1974 (art. 50), A-17, § 41.
2 A-17, § 41.
3 Zie de opmerkingen van de gedelegeerden van de Commissie in de arresten *Engel* tegen Nederland van 23 november 1976 (art. 50), A-22, § 7 en *König* tegen Duitsland van 10 maart 1980 (art. 50), A-36, § 12.
4 Zie Gray 1987, p. 155.

Doctrine

DANNEMANN meent dat het antwoord op de vraag, of een inbreuk op een verdragsrecht automatisch immateriële schade inhoudt die voor financiële compensatie in aanmerking komt, afhangt van het schadebegrip en de functie van schadevergoeding. Indien men de functie van schadevergoeding met name ziet als compensatie en restitutie, dan levert de rechtsinbreuk niet zonder meer schade op, maar vormt zij slechts de voorwaarde voor aansprakelijkheid.[5] Het algemene volkenrecht en de nationale rechtsstelsels geven volgens DANNEMANN weinig onderbouwing voor de stelling, dat iedere rechtsinbreuk tot schadevergoeding zou moeten leiden.[6]

MCBRIDE merkt op dat het Hof bij de toekenning van een vergoeding voor immateriële schade niet alleen lijkt te letten op de effecten van de verdragsschending, namelijk geestelijke nood en ongerustheid, maar ook op de actuele schending van het recht of de vrijheid zelf. Dit verlies is volgens hem het meest fundamentele verlies dat er bestaat; het betekent de ontneming van een recht of vrijheid, waarvan de uitoefening door de verdragsstaten in art. 1 EVRM wordt gegarandeerd. De kwestie van compensatie op dit terrein lijkt echter zeer problematisch en onzeker en het Hof heeft zich er nog niet duidelijk over uitgesproken.[7] MCBRIDE meent dat het Hof ook schadevergoeding moet toekennen voor het enkele feit dat het verdrag is geschonden.[8] FROWEIN wijst ook op de mogelijkheid dat het Hof schadevergoeding voor verdragsschendingen kan toekennen zonder dat een concrete schade kan worden bewezen.[9]

Eigen mening

Naar mijn mening zou het te ver gaan als het Hof bij iedere verdragsinbreuk schadevergoeding zou toekennen. Indien het Hof volstaat met de constatering dat het verdrag is geschonden, dient het wel grondig te motiveren waarom het geen schadevergoeding toekent. Bij de beslissing om al dan niet schadevergoeding toe te kennen kan het Hof acht slaan op de aard van de verdragsschending en de grootte van de schade.

5 Dannemann 1994, p. 361.

6 Dannemann 1994, p. 365.

7 Dezelfde constatering deed Higgins reeds in 1981: 'Questions of compensation for violation *per se*, and the circumstances in which awards will be made for the acknowledged head of moral damage, still remain to be further elaborated,' zie R. Higgins, Damages for Violation of One's Human Rights, in: *Explorations in Ethics and International Relations*, essays in Honour of Sydney D. Bailey, London, 1981, p. 45-67 (op p. 64).

8 McBride 1991, p. 171-172 en 174.

9 J. Frowein, Entschädigung für Verletzungen von Grundrechten, in: *Des MenschenRecht zwischen Freiheit und Verantwortung*. Festschrift für Karl Josef Partsch zum 75. Geburtstag, Berlin, 1989, p. 317-326 (op p. 324).

Hieronder wordt het verband onderzocht tussen het geschonden recht en (de hoogte van) de toegekende compensatie. De inventarisatie van de jurisprudentie met betrekking tot art. 50 geeft de stand van zaken weer per 1 januari 1997.

6.2 Art. 5: recht op persoonlijke vrijheid en veiligheid

Eerst komt de jurisprudentie aan de orde met betrekking tot het recht op schadevergoeding in geval van schending van (een van) de vereisten van art. 5 (§ 6.2.1 tot en met § 6.2.4). Vervolgens komen de doctrine en eigen ideeën ten aanzien van art. 5 en het recht op schadevergoeding aan bod (§ 6.2.5 en § 6.2.6). Bij de behandeling van de jurisprudentie wordt een indeling naar artikellid gevolgd, terwijl de doctrine en de eigen mening zien op art. 5 in zijn geheel.

Jurisprudentie

6.2.1 Art. 5 lid 1

Bij een vrijheidsberoving in strijd met de vereisten van art. 5 lid 1 maakt de aard van de schending het volgens het Hof onmogelijk dat *restitutio in integrum* plaatsvindt.[10] Het Hof heeft in een tiental arresten een schending van art. 5 lid 1 geconstateerd.

In het arrest *Engel* meent het Hof dat het voorlopig streng arrest van dienstplichtig militair Engel, dat twee dagen duurde, in strijd is met art. 5 lid 1.[11] Bij het waarderen van de schade houdt het Hof rekening met de korte duur van de detentie en het feit dat de schade grotendeels is goedgemaakt, nu Engel zijn straf in feite niet heeft ondergaan. De tijd die hij doorbracht in voorarrest werd immers afgetrokken van de opgelegde straf. Alhoewel dit geen *restitutio in integrum* is, is het desalniettemin relevant in de context van art. 50. Het Hof is van oordeel dat aan Engel, in aanvulling op de genoegdoening van de constatering van een schending van het verdrag, een symbolische schadevergoeding van *f*100 moet worden toegekend.[12]

In het arrest *Guzzardi* betreft het een klager die banden onderhield met de maffia en voor diverse vergrijpen in voorlopige hechtenis zat. Na afloop van deze voorlopige hechtenis werd de klager gedwongen te verblijven op het eilandje Asinara. Zijn verblijf aldaar, een klein half jaar, heeft het Hof in strijd geoordeeld met art. 5 lid 1. De vrijheidsberoving van Guzzardi verschilde wezenlijk van een vrijheidsberoving in klassieke zin en bracht minder ernstige ontberingen met zich mee. Gezien alle

10 Arrest *Guzzardi* tegen Italië van 6 november 1980, A-39, § 113.
11 Arrest *Engel* tegen Nederland van 8 juni 1976, A-22.
12 Arrest *Engel* tegen Nederland van 23 november 1976 (art. 50), A-22, § 10.

omstandigheden van het geval kent het Hof de klager op grond van art. 50 een bedrag van één miljoen Italiaanse Lire toe.[13]

In het arrest *Bozano* werd de Italiaanse klager ervan verdacht een dertienjarig Zwitsers meisje te hebben ontvoerd en vermoord in Genua. Na veroordeling voor enige andere vergrijpen (voor de ontvoering en moord werd hij wegens gebrek aan bewijs vrijgelaten) vluchtte hij naar Frankrijk waar hij bij een routinecontrole werd gearresteerd. Een Italiaans uitleveringsverzoek werd door de hoogste Franse rechter afgewezen. Na enige tijd werd Bozano vrijgelaten. Vervolgens werd hij door de politie ontvoerd en Frankrijk uitgezet. Op deze manier kwam hij in Zwitserland terecht en daarna werd hij uitgeleverd aan Italië waar hij op Elba een levenslange gevangenisstraf uitzit. Het Hof acht deze gang van zaken in strijd met art. 5 lid 1.[14] Het Hof vindt dat sprake is van een zeer ernstige schending van het recht op persoonlijke vrijheid en veiligheid. Volgens het Hof gaat het in casu om een verkapte vorm van uitlevering teneinde een afwijzende beslissing van de hoogste Franse rechter te omzeilen en is er sprake van misbruik van de uitzettingsprocedure. Bozano heeft hierdoor ongetwijfeld immateriële schade geleden. Het Hof kent hem een schadevergoeding toe van 100.000 FF.[15]

In het arrest *Bouamar* heeft het Hof de vrijheidsberoving van een zeventienjarige klager in strijd geoordeeld met art. 5 lid 1 (d), aangezien deze detentie geen enkel opvoedkundig doel diende. Bovendien was niet voldaan aan het vereiste van art. 5 lid 4, aangezien de klager niet op korte termijn in de gelegenheid was gesteld een rechter over de rechtmatigheid van zijn detentie te laten oordelen.[16] Over de op grond van art. 50 EVRM toe te kennen schadevergoeding hebben de klager en de Belgische regering een schikking bereikt.[17]

In het arrest *Ciulla* heeft het Hof een schending geconstateerd van art. 5 leden 1 en 5.[18] De klager werd gearresteerd en veroordeeld in verband met diverse drugsdelicten. Tevens vorderde de openbare aanklager een 'bevel tot een verplicht verblijf' van Ciulla. Een en ander op grond van een wet uit 1956 die het mogelijk maakte om preventieve maatregelen te nemen tegen personen die een gevaar zijn voor de veiligheid en de openbare zeden. In afwachting van de beslissing van de rechter op deze vordering werd de klager vastgehouden. Deze detentie duurde van 8 tot 24 mei 1984, de dag waarop de rechter de vordering van de openbare aanklager toewees. De klager claimt schadevergoeding en laat de bepaling van de hoogte van het bedrag over aan het Hof. Volgens zijn advocaat is de belangrijkste zorg van de klager om de

13 Arrest *Guzzardi* tegen Italië van 6 november 1980, A-39, § 114.
14 Arrest *Bozano* tegen Frankrijk van 18 december 1986, A-111.
15 Arrest *Bozano* tegen Frankrijk van 2 december 1987 (art. 50), A-124-F, § 8 en 10.
16 Arrest *Bouamar* tegen België van 29 februari 1988, A-129.
17 Arrest *Bouamar* tegen België van 27 juni 1988 (art. 50), A-136-F: de regering betaalt de klager 150.000 BF.
18 Arrest *Ciulla* tegen Italië van 22 februari 1989, A-148.

detentie in strijd met art. 5 verklaard te krijgen. De gedelegeerde van de Commissie stelt voor het bovenstaande arrest *Guzzardi* als basis te nemen voor de beslissing over schadevergoeding. Het Hof overweegt echter dat de klager geen bijzonderheden of prima facie bewijs ten aanzien van de aard en grootte van de gestelde schade heeft overgelegd. Aan de andere kant is het Hof van oordeel dat hij immateriële schade kan hebben geleden, maar het is in de omstandigheden van het geval unaniem van mening dat de constatering van een schending van art. 5 op zichzelf voldoende billijke genoegdoening is in de zin van art. 50.[19]

In het arrest *Van der Leer* heeft het Hof een schending geconstateerd van art. 5 leden 1, 2 en 4. In casu betreft het een opname in een psychiatrisch ziekenhuis zonder het horen of informeren van de persoon in kwestie. De klaagster claimt *f*10.000 voor de door haar onwettige detentie veroorzaakte materiële en immateriële schade. Tevens claimt zij ruim *f*30.000 voor de kosten van de advocaat in de Straatsburgse procedure. Volgens het Hof moet de klaagster enige immateriële schade hebben geleden. Het feit dat de kantonrechter haar niet heeft gehoord moet haar een gevoelen van frustratie hebben bezorgd. Daarnaast leefde ze onder de angst te worden teruggestuurd naar het ziekenhuis gedurende de vertraging die was veroorzaakt door het verzuim om de relevante beslissing 'speedily' te nemen. Het Hof kent de klaagster in totaal *f*15.000 toe. Dit bedrag is gelijk aan de som die de regering bereid was te betalen.[20]

In een andere Nederlandse 'krankzinnigenzaak', het arrest *Wassink*, heeft het Hof een schending van art. 5 lid 1 aangenomen. Deze verdragsinbreuk werd veroorzaakt door de gedwongen opname van de klager in een psychiatrische inrichting, zonder dat bij de voorafgaande rechtszitting een griffier aanwezig was geweest. Het Hof meent dat deze schending de klager een zeker gevoelen van frustratie kan hebben bezorgd, maar niet in die mate dat de toekenning van compensatie op haar plaats is. De constatering van een schending van art. 5 is dan ook volgens het Hof voldoende billijke genoegdoening.[21]

In het arrest *Fox, Campbell en Hartley* betreft het de arrestatie en detentie in Noord-Ierland van personen die werden verdacht van IRA-activiteiten. De klagers zaten respectievelijk 44 uur, 44 uur en 5 minuten en 30 uur en 15 minuten op het politiebureau. Het Hof acht art. 5 lid 1 (c) geschonden, nu geen redelijke verdenking van het plegen van een strafbaar feit bestond. Tevens neemt het een schending aan van art. 5 lid 5 aangezien de 'breach of Article 5 § 1 could not give rise to an enforceable claim for compensation before domestic courts.' Het Hof meent echter dat art. 5 lid 2 niet is geschonden en dat het onnodig is om de kwestie van art. 5 lid 4 te onderzoeken.[22] Het Hof sluit niet uit dat de klagers enige immateriële schade hebben geleden als gevolg van de schendingen van art. 5. Het meent echter gezien de omstandigheden

19 A-148, § 48.

20 Arrest *Van der Leer* tegen Nederland van 21 februari 1990, A-170, § 42.

21 Arrest *Wassink* tegen Nederland van 27 september 1990, A-185-A, § 41.

22 Arrest *Fox, Campbell & Hartley* tegen het Verenigd Koninkrijk van 30 augustus 1990, A-182.

van het geval en de redenen die hebben geleid tot de beslissingen met betrekking tot art. 5 leden 2 en 4, dat zelfs in geval de klagers dergelijke schade hebben geleden, de constatering van de inbreuken op art. 5 in het arrest in de hoofdzaak voldoende billijke genoegdoening is in de zin van art. 50.[23]

In het arrest *Quinn* gaat het om een Amerikaan die in Frankrijk werd gearresteerd, onder meer op verdenking van het plegen van fraude. Na een jaar in voorlopige hechtenis te hebben gezeten, werd deze voorlopige hechtenis op 4 augustus 1989 om 9.00 uur 's morgens door de rechter geschorst. Op dezelfde dag, tegen 17.30 uur, vroegen de Zwitserse autoriteiten om zijn uitlevering. De klager, die nog niet in vrijheid was gesteld, zat vanaf dat moment vast met het oog op zijn uitlevering. Het Hof constateert een schending van art. 5 lid 1, aangezien de klager meer dan elf uur heeft vastgezeten, nadat de rechter zijn onmiddellijke invrijheidstelling had bevolen. Het Hof is van oordeel dat Quinn hierdoor immateriële schade heeft geleden en kent hem een bedrag van 10.000 FF toe. Voor de door de lange duur van de uitleveringsdetentie geleden schade kent het Hof hem 50.000 FF toe.[24]

In het arrest *Amuur* heeft het Hof het vasthouden van asielzoekers in de internationale zone van het vliegveld Orly in strijd bevonden met art. 5 lid 1. Het Hof acht deze constatering gezien de bijzondere omstandigheden van het geval voldoende genoegdoening in de zin van art. 50.[25]

6.2.2 Art. 5 leden 2-3

Het Hof heeft slechts in één geval een schending van art. 5 lid 2 aangenomen, namelijk in het reeds genoemde arrest *Van der Leer* tegen Nederland. In deze paragraaf wordt de aandacht dan ook verder gericht op art. 5 lid 3.

Het Hof heeft in een vijftiental zaken een schending geconstateerd van art. 5 lid 3. In veel gevallen betreft het de excessief lange duur van de voorlopige hechtenis van de klager. Bij de kwestie van toekenning van schadevergoeding op grond van art. 50 hecht het Hof veel waarde aan het feit dat de tijd doorgebracht in voorlopige hechtenis is afgetrokken van de uiteindelijk opgelegde straf.

In het arrest *Ringeisen* overweegt het Hof dat deze aftrek in beschouwing moet worden genomen bij de begroting van de door de excessieve duur van de voorlopige hechtenis veroorzaakte schade; de aftrek van de tijd doorgebracht in voorarrest heeft echter zeker niet het karakter van een *restitutio in integrum*, aangezien 'geen vrijheid wordt gegeven voor de onrechtmatig weggenomen vrijheid.'[26] Het Hof kent op grond

23 Arrest *Fox, Campbell & Hartley* tegen het Verenigd Koninkrijk van 27 maart 1991 (art. 50), A-190-B, § 11.

24 Arrest *Quinn* tegen Frankrijk van 22 maart 1995, A-311, § 64.

25 Arrest *Amuur* tegen Frankrijk van 25 juni 1996, § 59, *RJD* 1996.

26 Arrest *Ringeisen* tegen Oostenrijk van 22 juni 1972 (art. 50), A-15, § 21.

van art. 50 20.000 DM schadevergoeding toe, dat wil zeggen ongeveer 1.000 DM per maand nu de redelijke termijn met meer dan 22 maanden was overschreden.

In het arrest *Neumeister* hecht het Hof niet alleen waarde aan het feit dat de in voorlopige hechtenis doorgebrachte tijd werd afgetrokken van de opgelegde straf, maar ook aan de beslissing van de Oostenrijkse autoriteiten waarbij de klager gratie werd verleend voor het restant van zijn veroordeling. Het Hof overweegt:

> 'While remission of sentence, like the reckoning of detention as part of a sentence does not constitute real restitutio in integrum, it comes as close to it as possible in the nature of things.'[27]

Het Hof meent dat de aftrek en de gratie alsmede het feit dat Neumeister in eerste instantie aangaf de kwijtschelding van het restant van zijn veroordeling de beste vorm van herstel te vinden, het niet nodig maken hem een vergoeding van materiële en immateriële schade toe te kennen.

In een aantal arresten tegen Nederland betreft het de detentie van dienstplichtige militairen die in strijd met het vereiste van 'promptness' van art. 5 lid 3 te laat voor de militaire rechter werden geleid. Iedere klager claimt *f*100 per dag die ze hebben vastgezeten in strijd met de vereisten van art. 5. Het Hof meent in al deze arresten dat de immateriële schade niet is gecompenseerd door de constatering van een schending van art. 5, noch door de aftrek van de in voorlopige detentie doorgebrachte tijd van de uiteindelijk opgelegde straf. Het Hof kent iedere klager een 'lump sum' toe van *f*300.[28]

In het arrest *Koster* gaat het om een dienstplichtig soldaat, die werd gearresteerd omdat hij weigerde zijn wapen en uniform in ontvangst te nemen. Het Hof is unaniem van oordeel dat art. 5 lid 3 is geschonden, aangezien het meer dan vier dagen duurde eer er een rechter aan te pas kwam. De klager claimt *f*2.400 schadevergoeding. Naar de mening van de Nederlandse regering en de Commissie heeft de klager geen andere schade geleden dan die door het gebrek aan snelle rechterlijke toetsing, aangezien de duur van zijn voorlopige hechtenis in zijn geheel is afgetrokken van de bij het vonnis opgelegde straf. Het Hof meent dat het gevoelen van frustratie dat de geconstateerde schending bij de klager kan hebben gewekt niet de toekenning van financiële compensatie rechtvaardigt. De constatering van een schending van art. 5 is in dit verband voldoende.[29]

27 Arrest *Neumeister* tegen Oostenrijk van 7 mei 1974 (art. 50), A-17, § 40.

28 Arresten *De Jong, Baljet en Van den Brink* tegen Nederland van 22 mei 1984, A-77, § 65; *Van der Sluijs, Zuiderveld en Klappe* tegen Nederland van 22 mei 1984, A-78, § 52; *Duinhof en Duijf* tegen Nederland van 22 mei 1984, A-79, § 45.

29 Arrest *Koster* tegen Nederland van 28 november 1991, A-221, § 28.

In het arrest *Brogan en anderen* heeft het Hof naast een schending van art. 5 lid 5 een inbreuk geconstateerd op art. 5 lid 3, aangezien de klagers na hun arrestatie niet 'promptly' aan een rechter werden voorgeleid.[30] De klagers claimen £2.000 voor ieder uur van onrechtmatige detentie. De regering meent dat deze claim niet slaat op de schending van art. 5 leden 3 en 5, maar op de beweerde schending van art. 5 lid 1, dat het Hof niet geschonden heeft geacht. De klagers spreken dit tegen. Het Hof vindt het niet nodig dit verschil van mening op te lossen en acht het niet uitgesloten dat de klagers enige immateriële schade hebben geleden als gevolg van de schendingen van de artikelen 5 lid 3 en 5 lid 5. In de omstandigheden van het geval en in het bijzonder vanwege de redenen die hebben geleid tot het oordeel dat art. 5 lid 1 niet is geschonden, acht het Hof de constatering van de schendingen van art. 5 voldoende billijke genoegdoening in de zin van art. 50.[31]

In de arresten *Letellier* en *Toth* wijst het Hof de materiële schadeclaim van de klagers af, aangezien de in voorlopige hechtenis doorgebrachte tijd in zijn geheel is afgetrokken van de uiteindelijke opgelegde straf. Ten aanzien van de immateriële schade meent het Hof dat de constatering van een schending van art. 5 lid 3 voldoende compensatie is.[32]

In het arrest *Kemmache* betreft het een voorlopige hechtenis van bijna twee jaar en negen maanden. Ten minste acht maanden van deze periode zijn volgens het Hof in strijd met art. 5 lid 3. Het Hof houdt de kwestie van art. 50 aan, aangezien de nationale strafprocedure nog loopt.[33] In zijn uitspraak inzake de toepassing van art. 50 wijst het Hof de materiële schadeclaim af, aangezien de gehele periode die Kemmache in voorlopige hechtenis heeft doorgebracht is afgetrokken van de uiteindelijk opgelegde straf. Hiermee bestaat er volgens het Hof onvoldoende causaal verband tussen de geconstateerde schending en de verslechtering in klagers financiële en professionele omstandigheden. Aan de andere kant moet de klager wel immateriële schade hebben geleden waarvoor de geconstateerde schending onvoldoende redres geeft, zelfs niet nu de condities van de voorlopige hechtenis minder streng waren dan die van de daarop volgende straf. Het Hof kent de klager naar billijkheid een bedrag van 75.000 FF toe.[34]

In het arrest *Clooth* acht het Hof de ruim drie jaar durende voorlopige hechtenis van de klager, die werd verdacht van betrokkenheid bij de moord op een meisje, in strijd met art. 5 lid 3. De klager claimt onder meer vergoeding van materiële en immateriële schade. De regering komt met het verweer dat de klager geen gebruik

30 Arrest *Brogan en anderen* tegen het Verenigd Koninkrijk van 29 november 1988, A-145-B.

31 Arrest *Brogan en anderen* tegen het Verenigd Koninkrijk van 30 mei 1989 (art. 50), A-152-B, § 9.

32 Arresten *Letellier* tegen Frankrijk van 26 juni 1991, A-207, § 62 en *Toth* tegen Oostenrijk van 12 december 1991, A-224, § 91.

33 Arrest *Kemmache* tegen Frankrijk van 27 november 1991, A-218, § 74; het Hof is eveneens van oordeel dat het vereiste van berechting binnen een redelijke termijn uit art. 6 lid 1 is geschonden.

34 Arrest *Kemmache* tegen Frankrijk van 2 november 1993 (art. 50), A-270-B, § 11.

heeft gemaakt van de mogelijkheid volgens Belgisch recht een schadevergoedingsprocedure te starten in geval iemand van zijn vrijheid is beroofd in strijd met de vereisten van art. 5 EVRM. De gedelegeerde van de Commissie merkt op dat de tekst van art. 50 in de richting wijst van het overlaten van de verantwoordelijkheid aan de nationale autoriteiten voor het goedmaken van de gevolgen van de geconstateerde verdragsschending. Het Hof houdt de kwestie van art. 50 aan met het oog op de mogelijkheid van de compensatie die Clooth volgens het nationale recht kan krijgen.[35]

In het arrest *Yağci en Sargin* heeft het Hof schendingen geconstateerd van art. 5 lid 3 en 6 lid 1. De klagers krijgen 30.000 FF toegekend voor de door hen geleden immateriële schade. Het bestaan van materiële schade is volgens het Hof niet aannemelijk gemaakt.[36] In de zaak *Aksoy* heeft het Hof een forse schadevergoeding toegekend in verband met inbreuken op de artikelen 3, 5 lid 3 en 13.[37]

In het arrest *Scott* acht het Hof de constatering van een schending van art. 5 lid 3 voldoende genoegdoening voor de door de klager geleden schade. Het Hof hecht hierbij waarde aan het feit dat de uitlevering van de klager door de Spaanse rechter is toegestaan op voorwaarde dat de in uitleveringsdetentie doorgebrachte tijd wordt afgetrokken van de in Engeland op te leggen straf voor moord.[38]

Geconcludeerd kan worden dat het Hof in zijn recentere jurisprudentie waarin het een schending van art. 5 lid 3 heeft geconstateerd, de materiële schade van de klager goedgemaakt acht door de aftrek van de in voorlopige hechtenis doorgebrachte tijd van de uiteindelijk opgelegde straf. De immateriële schade is hierbij in het algemeen voldoende gecompenseerd door de constatering van een verdragsschending.[39] In oudere arresten is het Hof doorgaans van mening dat deze aftrek de schade niet voldoende heeft goedgemaakt en heeft het Hof financiële compensatie toegekend met name voor immateriële schade.[40]
Bovenstaande jurisprudentie geeft geen houvast voor een vast bedrag per dag als vergoeding van immateriële schade veroorzaakt door een vrijheidsberoving in strijd met de vereisten van art. 5.

35 Arrest *Clooth* tegen België van 12 december 1991, A-225, § 52.

36 Arrest *Yağci en Sargin* tegen Turkije van 8 juni 1995, A-319, § 75.

37 Arrest *Aksoy* tegen Turkije van 18 december 1996, *RJD* 1996; zie nader over deze uitspraak hieronder bij art. 3.

38 Arrest *Scott* tegen Spanje van 18 december 1996, § 87, *RJD* 1996.

39 Zie de hierboven genoemde arresten *Letellier*, *Koster* en *Toth*; anders het ook genoemde arrest *Kemmache*.

40 Zie de hierboven genoemde arresten *Ringeisen*, *De Jong, Baljet en Van den Brink*, *Van der Sluijs, Zuiderveld en Klappe* en *Duinhof en Duijf*; het arrest *Neumeister* doet mijns inziens niets aan deze conclusie af, aangezien diverse factoren naast de aftrek van de tijd doorgebracht in voorlopige hechtenis hebben geleid tot afwijzing van de schadeclaim, namelijk de gratie voor het restant van de veroordeling van de klager alsmede het feit dat Neumeister in eerste instantie aangaf deze gratie de beste vorm van herstel te vinden. Ook in het recentere arrest *Kemmache* heeft het Hof een vergoeding toegekend voor immateriële schade.

6.2.3 Art. 5 lid 4

In een aantal arresten heeft het Hof een schending geconstateerd van art. 5 lid 4, het recht op een periodieke rechterlijke toetsing van de detentie van de klager. In deze gevallen stelt de klager vaak dat hij eerder zou zijn vrijgelaten, indien de vereisten van art. 5 lid 4 wel in acht waren genomen. Hij claimt dan vergoeding van de door de vrijheidsberoving veroorzaakte schade.

In het arrest *De Wilde, Ooms en Versyp* claimen de klagers 300 BF per dag van onwettige detentie. Het Hof meent echter dat het causaal verband ontbreekt tussen deze schade en de schending van art. 5 lid 4. Het Hof kan niet inzien hoe het voeren van een procedure om de wettigheid van de detentie door een rechter te laten toetsen, de klagers in staat zou hebben gesteld hun vrijheid eerder te verkrijgen. Volgens het Hof is evenmin sprake van enige immateriële schade.[41]

In het arrest *Van Droogenbroeck* wijst het Hof de materiële schadeclaim van de klager af, aangezien niets er op wijst dat hij eerder zou zijn vrijgelaten indien de vereisten van art. 5 lid 4 wel in acht waren genomen. Het Hof meent wel dat de klager door het ontbreken van de garanties van art. 5 lid 4 enige immateriële schade heeft geleden en het kent hem 20.000 BF voor deze schade toe.[42]

In de zaak *Weeks* gaat het om een klager die wegens het plegen van een gewapende overval in 1966 op zeventienjarige leeftijd tot levenslang was veroordeeld. Vanaf 1976 werd hij diverse keren op proef vrijgelaten maar hij werd iedere keer weer opgepakt, aangezien hij nieuwe vergrijpen beging. In april 1987 werd de levenslange veroordeling van de klager ongedaan gemaakt. Het Hof heeft een schending van art. 5 lid 4 geconstateerd door het ontbreken van een remedie die aan de vereisten van dit artikel voldoet.[43] Het Hof overweegt dat geen compensatie op haar plaats is voor de nadelige gevolgen van de vrijheidsberoving als zodanig, nu deze in overeenstemming was met art. 5 lid 1. De enige schade die voor vergoeding in aanmerking komt, is die veroorzaakt door het ontbreken van de garanties van art. 5 lid 4. Het Hof overweegt dat de klager hierdoor een 'loss of real opportunities' kan hebben geleden 'even if in the light of the recurrence of his behavioural problems the prospect of realising them fully was questionable.' Daarnaast moet de klager, vooral gezien zijn leeftijd, een gevoelen van frustratie en hulpeloosheid hebben ervaren. Het Hof vindt de vernietiging van zijn levenslange veroordeling niet voldoende compensatie. Bij de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding (£8.000) houdt het Hof rekening met de ernst van de levenslange veroordeling in relatie tot het gepleegde vergrijp.[44]

41 Arrest *De Wilde, Ooms en Versyp* tegen België van 10 maart 1972 (art. 50), A-14, § 24.
42 Arrest *Van Droogenbroeck* tegen België van 25 april 1983, A-63, § 13.
43 Arrest *Weeks* tegen het Verenigd Koninkrijk van 2 maart 1987, A-114.
44 Arrest *Weeks* tegen het Verenigd Koninkrijk van 5 oktober 1988 (art. 50), A-145-A, § 12-15.

In een aantal arresten heeft het Hof de constatering dat de herzieningsprocedure in kwestie in strijd met art. 5 lid 4 niet 'speedily' is gevoerd, voldoende genoegdoening geacht voor de – mogelijk – geleden immateriële schade. Zo betreft het in het arrest *Koendjbiharie* een klager die wegens het plegen van diverse verkrachtingen ter beschikking van de regering was gesteld. Deze maatregel werd enkele keren verlengd. Bij de laatste verlenging waren ruim vier maanden verlopen tussen het verzoek van de officier van justitie en de beslissing van het gerechtshof om de terbeschikkingstelling te verlengen. Het Hof acht deze gang van zaken in strijd met art. 5 lid 4.[45] De klager claimt *f*100 voor iedere dag van onwettige detentie. Het Hof vindt echter dat er onvoldoende causaal verband is tussen de gestelde schade en de geconstateerde schending van art. 5 lid 4. Het Hof overweegt dat het tijdsverloop van vier maanden de klager een zeker gevoelen van frustratie kan hebben bezorgd, maar niet in die mate dat het de toekenning van een financiële compensatie rechtvaardigt.[46]

In het arrest *Lamy* heeft het Hof een inbreuk op art. 5 lid 4 aangenomen, veroorzaakt door de onmogelijkheid van toegang voor de klager tot het dossier van de onderzoekende autoriteiten die zijn voorlopige hechtenis moesten herzien. Het Hof wijst de materiële schadeclaim af wegens het ontbreken van een causaal verband tussen de geconstateerde schending en enige verslechtering in klagers financiële positie. Indien hij enige immateriële schade heeft geleden, biedt het arrest hem volgens het Hof voldoende billijke genoegdoening.[47]

In het arrest *Megyeri* meent het Hof unaniem dat art. 5 lid 4 is geschonden, aangezien geen advocaat is benoemd teneinde de klager bij te staan in de procedure betreffende zijn mogelijke vrijlating uit een psychiatrisch ziekenhuis. Namens de klager claimt zijn voogd vergoeding van materiële schade bestaande in inkomstenderving, aangezien de klager eerder vrijgelaten had kunnen worden en een baan had kunnen vinden, indien hij was bijgestaan door een advocaat. De vaststelling van het schadebedrag wordt aan het Hof overgelaten. Voor immateriële schade claimt de voogd 25.000 DM ook in verband met de lengte van de procedure. Het Hof acht het niet aannemelijk dat de procedure in kwestie tot een voor de klager gunstigere uitkomst zou hebben geleid, indien hij wel was bijgestaan door een advocaat. Het Hof hecht hierbij waarde aan het feit dat daaropvolgende rechterlijke toetsingen van klagers detentie, waarbij hij wel werd bijgestaan door een advocaat, ook niet tot zijn vrijlating hebben geleid. Volgens het Hof ontbreekt dan ook het causaal verband tussen de schending van art. 5 lid 4 en de gestelde materiële schade. Evenmin kan de klager hierdoor een 'real loss

45 Arrest *Koendjbiharie* tegen Nederland van 25 oktober 1990, A-185-B.

46 A-185-B, § 34; zie ook de arresten *Luberti* tegen Italië van 23 februari 1984, A-75, § 41; *Bezicheri* tegen Italië van 25 oktober 1989, A-164, § 29; *E* tegen Noorwegen van 29 augustus 1990, A-181, § 70 en *Thynne, Wilson en Gunnell* tegen het Verenigd Koninkrijk van 25 oktober 1990, A-190-A, § 85.

47 Arrest *Lamy* tegen België van 30 maart 1989, A-151, § 42.

of opportunities' hebben geleden. Ten aanzien van de immateriële schade overweegt het Hof, dat Megyeri een zeker gevoelen van frustratie en hulpeloosheid moet hebben ervaren door het ontbreken van de bijstand door een advocaat in een van de rechterlijke herzieningsprocedures betreffende zijn gedwongen verblijf in een psychiatrische inrichting. Het kent hem 5.000 DM toe voor deze schade.[48]

In het arrest *Kampanis* bestaat de schending van art. 5 lid 4 hierin, dat de klager niet de mogelijkheid had voor de rechter te verschijnen, die moest beslissen op zijn verzoek tot opheffing van de voorlopige hechtenis. Het Hof wijst de materiële schadeclaim af en overweegt dat de constatering van een verdragsschending de klager voldoende billijke genoegdoening biedt.[49]

In de arresten *Hussain* en *Singh* tegen het Verenigd Koninkrijk is het Hof unaniem van oordeel dat art. 5 lid 4 is geschonden, aangezien de klagers gedurende hun detentie 'during Her Majesty's Pleasure' niet de mogelijkheid hadden om de wettigheid van hun voortdurende vrijheidsberoving aan het oordeel van een rechter voor te leggen.[50] In beide zaken claimen de klagers een behoorlijke schadevergoeding voor de 'loss of opportunity' veroorzaakt door de schending van art. 5 lid 4 en de hierdoor geleden immateriële schade. Het Hof wijst deze claims echter af en overweegt in het arrest *Hussain* dat niets erop wijst dat de klager eerder zou zijn vrijgelaten, indien art. 5 lid 4 niet was geschonden. Ten aanzien van de eventueel geleden immateriële schade overweegt het Hof in beide zaken dat de constatering van de schending van art. 5 lid 4, in de omstandigheden, voldoende billijke genoegdoening oplevert in de zin van art. 50.[51]

In de zaak *Chahal* betreft het een Sikh-sepratist die reeds zes jaar van zijn vrijheid is beroofd met het oog op zijn uitzetting naar India vanwege redenenen van nationale veiligheid. Het Hof neemt schendingen aan van de artikelen 5 lid 4 en 13 alsmede een inbreuk op art. 3, indien het uitzettingsbevel ten uitvoer wordt gelegd. Deze constateringen bieden de klager volgens het Hof voldoende genoegdoening in de zin van art. 50 voor de geleden immateriële schade.[52]

6.2.4 Art. 5 lid 5

In de zaak *Brogan* stelt de Britse regering, dat bij schending van (een van) de eerste vier leden van art. 5, geen sprake is van een inbreuk op het vijfde lid van dit artikel,

48 Arrest *Megyeri* tegen Duitsland van 12 mei 1992, A-237-A, § 32.

49 Arrest *Kampanis* tegen Griekenland van 13 juli 1995, A-324, § 66.

50 Arresten *Hussain* en *Singh* tegen het Verenigd Koninkrijk van 21 februari 1996, *RJD* 1996. De klagers hebben op jeugdige leeftijd een moord gepleegd en zijn veroordeeld tot detentie 'during Her Majesty's pleasure'; deze maatregel kan voor onbeperkte tijd worden opgelegd aan personen onder de achttien jaar die een moord hebben gepleegd.

51 Arresten *Hussain* tegen het Verenigd Koninkrijk van 21 februari 1996, § 65-66 en *Singh* tegen het Verenigd Koninkrijk van 21 februari 1996, § 72-73, beide *RJD* 1996.

52 Arrest *Chahal* tegen het Verenigd Koninkrijk van 15 november 1996, § 158, *RJD* 1996.

nu de vrijheidsberoving 'lawful' is volgens de Noord-Ierse wet en niet willekeurig. Het Hof acht deze restrictieve uitleg in strijd met de bewoordingen van lid 5, dat spreekt over een arrest of gevangenhouding 'in strijd met de bepalingen van dit artikel'. In casu kon de schending van art. 5 lid 3, vóór dan wel na het oordeel van het EHRM, niet leiden tot een afdwingbare claim tot schadevergoeding door de slachtoffers voor de nationale rechter. Het Hof acht art. 5 lid 5 dan ook geschonden en voegt daar onmiddellijk aan toe: 'This finding is without prejudice to the Court's competence under Article 50 in the matter of awarding just satisfaction'.[53] In zijn arrest betreffende art. 50 komt het Hof in casu tot de conclusie dat de constatering van een schending van de artikelen 5 lid 3 en 5 lid 5 voldoende genoegdoening is.[54] In het arrest *Ciulla* acht het Hof naast art. 5 lid 1 ook art. 5 lid 5 geschonden, nu 'effective enjoyment of the right guaranteed in Article 5 § 5 of the Convention is not, in the circumstances of the case, ensured with a sufficient degree of certainty.'[55] In de zaken *Fox, Campbell en Hartley*[56] en *Thynne, Wilson en Gunnell*[57], is het Hof net als in de zaak *Brogan* van oordeel, dat art. 5 lid 5 is geschonden vanwege de onmogelijkheid van de klagers om voor de nationale rechter een claim tot schadevergoeding in te dienen wegens schending van (een van) de overige leden van art. 5. In zijn arrest betreffende art. 50 in de zaak *Fox, Campbell en Hartley* komt het Hof tot de conclusie, dat de door schending van art. 5 geleden immateriële schade voldoende is gecompenseerd door de constatering van een schending.[58] Rechter PINHEIRO FARINHA verzet zich hiertegen in zijn 'dissenting opinion' en vindt dat de klagers een financiële vergoeding hadden moeten ontvangen voor geleden immateriële schade. Hij is van mening dat een slachtoffer van een inbreuk op (een van) de eerste vier leden van art. 5, altijd op grond van art. 5 lid 5 dient te worden gecompenseerd.[59]

In het arrest *Wassink* betreffende de gedwongen opname van een psychiatrisch patiënt, is het Hof van oordeel dat art. 5 lid 1 is geschonden, maar art. 5 leden 4 en 5 niet.[60] De Nederlandse regering schuift art. 1401 BW (oud, vanaf 1 januari 1992 art. 6:162 BW) naar voren als de remedie die art. 5 lid 5 vereist, indien sprake is van een vrijheidsberoving in strijd met art. 5. De Commissie is met de klager van mening dat art. 5 lid 5 is geschonden, nu art. 1401 BW als vereiste stelt dat het slachtoffer

53 Arrest *Brogan* tegen het Verenigd Koninkrijk van 29 november 1988, A-145-B, § 67; zie in identieke bewoordingen latere arresten betreffende (onder meer) art. 5 lid 5: *Ciulla* tegen Italië van 22 februari 1989, A-148, § 45; *Wassink* tegen Nederland van 27 september 1990, A-185-A, § 38; zie ook in iets andere bewoordingen het arrest *Neumeister* tegen Oostenrijk van 7 mei 1974 (art. 50), A-17, § 30. Zie nader over de verhouding van art. 5 lid 5 tot art. 50, hoofdstuk 3 § 3.7.3.

54 Arrest *Brogan* tegen het Verenigd Koninkrijk van 30 mei 1989 (art. 50), A-152-B, § 9.

55 Arrest *Ciulla* tegen Italië van 22 februari 1989, A-148, § 44.

56 Arrest *Fox, Campbell en Hartley* tegen het Verenigd Koninkrijk van 30 augustus 1990, A-182.

57 Arrest *Thynne, Wilson en Gunnell* tegen het Verenigd Koninkrijk van 25 oktober 1990, A-190-A.

58 Arrest *Fox, Campbell en Hartley* tegen het Verenigd Koninkrijk van 27 maart 1991 (art. 50), A-190-B, § 11.

59 A-190-B, p. 51.

60 Arrest *Wassink* tegen Nederland van 27 september 1990, A-185-A.

aantoont schade te hebben geleden, een vereiste dat niet kan worden afgeleid uit art. 5 lid 5. Het Hof is echter met het 'dissidente' Commissielid SCHERMERS van mening, dat een procedure op grond van art. 1401 BW een voldoende remedie is voor het verkrijgen van de door art. 5 lid 1 vereiste compensatie.[61] Zowel in de context van art. 5 lid 5 als die van art. 25 (het individuele klachtrecht) kan de status van slachtoffer bestaan, ook al is er geen schade. Zo overweegt het Hof in de zaak *Huvig* met betrekking tot art. 8: '.... the Court has constantly held that a violation is conceivable even in the absence of any detriment; the latter is relevant only to the application of Article 50.'[62] Er kan echter geen sprake zijn van 'compensatie' als er geen materiële of immateriële schade is om te compenseren.[63]

6.2.5 Doctrine

DANNEMANN acht het niet verenigbaar met art. 5 lid 5 en een effectieve mensenrechtenbescherming, dat een persoon die in strijd met art. 5 lid 1 zonder toelaatbare grond vast zit geen vergoeding krijgt voor de door deze vrijheidsberoving veroorzaakte immateriële schade.[64] Bij de schending van het vereiste 'overeenkomstig een wettelijk voorgeschreven procedure' uit art. 5 lid 1 vindt hij financiële compensatie ook op haar plaats, voor zover niet bij wijze van uitzondering de tegenwerping van een 'rechtmäßigen Alternativverhaltens' toelaatbaar is. Hiermee wordt bedoeld dat dezelfde schade zou zijn ingetreden, als de vrijheidsberoving wel overeenkomstig een wettelijk voorgeschreven procedure tot stand was gekomen.[65]

Bij een schending van art. 5 lid 3 dient volgens DANNEMANN volledige schadevergoeding plaats te vinden voor de periode vanaf het verstrijken van de redelijke termijn tot het moment van vrijlating of van de beslissing door een rechter die aan de vereisten van art. 5 lid 3 voldoet. Bij een inbreuk op art. 5 leden 2 en 4 kan vergoeding plaatsvinden volgens de regels van 'Ersatz für entgangene Chancen'. Bij de toekenning van schadevergoeding dient geen onderscheid te worden gemaakt tussen de afzonderlijke leden van art. 5, nu het vijfde lid van dit artikel uitdrukkelijk ziet op alle garanties uit dit artikel en dus niet differentieert tussen materiële en procedurele rechten.[66]

Ook kan immateriële schade voor vergoeding in aanmerking komen die uit de schending zelf volgt, bijvoorbeeld de onzekerheid over de reden van vrijheidsberoving. Het Hof heeft voor dergelijke schade de ene keer wel en de andere keer geen financiele vergoeding toegekend.[67] DANNEMANN stelt een standaard schadevergoeding van

61 A-185-A, § 38; zie nader over de kwestie van schadevergoeding in het arrest *Wassink* mijn noot, *NJCM-Bulletin* 16-5 (1991), p. 448-458.
62 Arrest *Huvig* tegen Frankrijk van 24 april 1990, A-176-B, § 35.
63 Arrest *Wassink* tegen Nederland van 27 september 1990, A-185-A, § 38.
64 Dannemann 1994, p. 380.
65 Dannemann 1994, p. 380-381 en 178-180.
66 Dannemann 1994, p. 381.
67 Dannemann 1994, p. 381-382.

ongeveer 150 DM per dag van onrechtmatige vrijheidsberoving voor teneinde willekeurige beslissingen te voorkomen.[68]

Volgens CASTRO-RIAL GARRONE kan in geval van onrechtmatige vrijheidsberoving de constatering dat art. 5 is geschonden nooit voldoende genoegdoening zijn in de zin van art. 50.[69] TRECHSEL levert kritiek op de paradoxale praktijk van het Hof om, enerzijds een schending van art. 5 lid 5 aan te nemen nu ten aanzien van de inbreuk op (een van) de vereisten van art. 5 geen afdwingbaar recht op schadevergoeding mogelijk was en, anderzijds te overwegen dat deze constatering de klager voldoende billijke genoegdoening biedt in de zin van art. 50.[70] Een vrijheidsberoving in strijd met de vereisten van art. 5 vooronderstelt volgens hem *de iure* dat altijd op zijn minst enige morele schade wordt veroorzaakt.[71]

6.2.6 Eigen standpunt

Met DANNEMANN ben ik van mening dat iemand die in strijd met art. 5 lid 1 zonder rechtmatige grond van zijn vrijheid wordt beroofd recht heeft op een financiële compensatie. In de bovengenoemde arresten *Ciulla* en *Fox, Campbell en Hartley*, waarin het Hof heeft volstaan met de constatering van een schending van art. 5 lid 1, hadden de klagers naar mijn oordeel een financiële genoegdoening dienen te krijgen. Een zelfde redenering zou ik willen volgen voor een inbreuk op het vereiste van art. 5 lid 1, dat de vrijheidsberoving via een wettelijk voorgeschreven procedure tot stand komt. De opening die DANNEMANN lijkt te laten voor de tegenwerping van een 'rechtmäßigen Alternativverhaltens' ondersteun ik dan ook niet. De uitkomst van de betreffende procedure in het arrest *Wassink* zou dezelfde zijn geweest indien daar wel een griffier bij was geweest. Mijns inziens betreft het echter een inbreuk op een fundamenteel recht, waarvoor in beginsel enige financiële compensatie op haar plaats is. De bovenstaande 'dissenting opinion' van rechter PINHEIRO FARINHA in het arrest *Fox, Campbell en Hartley*, die meent dat een slachtoffer van een inbreuk op (een van) de leden 1-4 van art. 5 altijd op grond van lid 5 van dit artikel dient te worden gecompenseerd, komt mij dan ook sympathiek voor. Het gaat dan in ieder geval om de immateriële schade veroorzaakt door de inbreuk op (een van) de garanties van art. 5.

68 Dannemann 1994, p. 397. Hij sluit in dit verband aan bij de toekenning van het Hof van ongeveer 78 DM per dag van onrechtmatige detentie in het arrest *Unterpertinger* tegen Oostenrijk van 24 november 1986, A-110, § 35, welk bedrag volgens hem zonder probleem kan worden verdubbeld. In dit arrest betreft het een strafrechtelijke veroordeling in strijd met de vereisten van art. 6, waardoor de klager zes maanden in gevangenschap doorbracht.

69 Castro-Rial Garrone 1985, p. 956.

70 S. Trechsel, Liberty and Security of Person, in: *The European System for the Protection of Human Rights*. Edited by R.St.J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold, Dordrecht, Boston, London, 1993, p. 342.

71 Trechsel 1993, p. 344.

De materiële schade veroorzaakt door schending van art. 5 lid 3 kan vaak worden goedgemaakt door de aftrek van de in voorlopige hechtenis doorgebrachte tijd van de uiteindelijk opgelegde straf, zoals in de arresten *Letellier* en *Toth*. De door de excessief lang durende voorlopige hechtenis veroorzaakte immateriële schade kan echter mijns inziens niet worden goedgemaakt door de constatering van een schending van art. 5 lid 3; daarvoor is in beginsel enige financiële compensatie op haar plaats.

Bij een schending van de garanties van art. 5 lid 4 kan naast de immateriële schade veroorzaakt door deze inbreuk, ook vergoeding plaatsvinden van de 'loss of opportunities' door het ontbreken van de door dit lid vereiste rechterlijke toetsing van de detentie. Mijns inziens zou het Hof deze mogelijkheid vaker dienen te benutten. Tot nu toe heeft het Hof slechts in het bovenstaande arrest *Weeks* een vergoeding voor een 'loss of real opportunities' toegekend in verband met het ontbreken van de garanties van art. 5 lid 4. Het is merkwaardig dat het Hof in de vergelijkbare zaken *Hussain* en *Singh* geen vergoeding toekent voor 'loss of opportunities'.

Naar mijn mening heeft een slachtoffer van een arrestatie of gevangenhouding in strijd met (een van) de vereisten uit de eerste vier leden van art. 5 op grond van het vijfde lid van deze bepaling recht op een schadeloosstelling. Een vrijheidsberoving in strijd met art. 5 veroorzaakt op zichzelf enige morele schade bij het slachtoffer.[72] Deze immateriële schade rechtvaardigt mijns inziens in beginsel een financiële compensatie. Op de regering in kwestie rust de bewijslast om aan te tonen, dat het in casu om een zeer geringe schade gaat, waarvoor geen financiële compensatie op haar plaats is. Deze opvatting zal ik nader uitwerken in hoofdstuk 7.

6.3 Art. 6: recht op een eerlijk proces

Eerst komt de jurisprudentie met betrekking tot de toekenning van schadevergoeding op grond van art. 50 in geval van een schending van art. 6 aan de orde (§ 6.3.1 tot en met § 6.3.5). Vervolgens wordt een eigen standpunt ingenomen (§ 6.3.6).

6.3.1 Art. 6 lid 1: redelijke termijn

In het arrest *König* heeft het Hof overwogen dat bij overschrijding van de redelijke termijn in een procedure 'the intrinsic nature of the wrong prevents complete reparation (restitutio in integrum).' De klager kan dan slechts een claim indienen voor een billijke genoegdoening.[73]

72 Vgl. Trechsel 1993, p. 344.

73 Arrest *König* tegen Duitsland van 10 maart 1980 (art. 50), A-36, § 15.

De overschrijding van de redelijke termijn kan zowel plaatsvinden in civiele en administratieve procedures als in strafzaken. In Straatsburg worden administratieve procedures onder civiele procedures geschaard voor zover een burgerlijk recht in de zin van art. 6 in het geding is. Waar hieronder wordt gesproken over civiele procedures worden daar dan ook administratieve procedures onder begrepen.

Strafprocedures

In een aantal arresten heeft het Hof de duur van een nationale strafprocedure in strijd geoordeeld met het vereiste van behandeling binnen een redelijke termijn in de zin van art. 6 lid 1. Bij de toekenning van schadevergoeding op grond van art. 50 hecht het Hof waarde aan het feit dat de klager voor de nationale rechter strafvermindering heeft gekregen in verband met de overschrijding van de redelijke termijn.

In het arrest *Eckle* vindt het Hof de constatering dat de redelijke termijn, zoals vereist door art. 6 lid 1, is overschreden voldoende genoegdoening in de zin van art. 50. Het Hof acht hierbij diverse factoren van belang, waaronder het feit dat de rechtbank te Trier de veroordeling van de klagers heeft gematigd met het oog op de abnormale lengte van de procedure in kwestie.[74]

Vermeldenswaard is in dit verband de zaak *Pannetier* tegen Zwitserland, waarin de Commissie van mening is dat de overschrijding van de redelijke termijn voldoende is geredresseerd door de strafvermindering en dat daarmee de klager geen slachtoffer is in de zin van art. 25 EVRM.[75]

Bij overschrijding van de redelijke termijn in een strafzaak kent het Hof geregeld vergoeding toe van immateriële schade bestaande in de voortdurende onzekerheid waarin de klager is gelaten over de uitkomst van de procedure. Het betreft hier met name een groot aantal zaken tegen Italië waarin de duur van de strafprocedure uiteenloopt van ruim vijf jaar[76] tot meer dan dertien jaar.[77] Deze procedures leidden vaak nog tot vrijspraak wegens gebrek aan bewijs of zelfs wegens totale onschuld. Het Hof kent in het algemeen financiële vergoedingen toe voor immateriële schade en af en toe ook voor de materiële schade, onder meer in verband met het verlies van werk.[78]

74 Arrest *Eckle* tegen Duitsland van 21 juni 1983 (art. 50), A-65, § 24; zie ook het rapport van de Commissie van 12 december 1983 in de zaak *Neubeck* tegen Duitsland, *D&R* Vol. 41 (April 1985), p. 13.

75 Rapport van 12 juli 1985, *NJ* 1990, 232 met noot E.A. Alkema.

76 Arrest *Pugliese (I)* van 19 februari 1991, A-195-C (constatering schending art. 6 als compensatie).

77 Arrest *Baggetta* tegen Italië van 25 juni 1987, A-119 (schadevergoeding van vijftien miljoen Italiaanse Lire).

78 Zie bijv. ook het arrest *Mitap* en *Müftüoğlu* tegen Turkije van 25 maart 1996, *RJD* 1996: het Hof kent 80.000 FF toe voor de door de overschrijding van de redelijke termijn geleden immateriële schade. In casu wijst het de materiële schadeclaim van de klagers af vanwege het ontbreken van een

Nederland is twee keer in Straatsburg op de vingers getikt in verband met het tijdsverloop tussen het wijzen van het arrest door het gerechtshof en het doorsturen van het dossier naar de Hoge Raad.

In het arrest *Abdoella* was dit tijdsverloop tien maanden en na verwijzing opnieuw ruim elf maanden. Het Hof acht deze gang van zaken in strijd met het recht op behandeling binnen een redelijke termijn, zoals vervat in art. 6 lid 1.[79] In het arrest *Bunkate* acht het Hof een tijdsverloop van vijftien en een halve maand in strijd met art. 6 lid 1.[80] In beide zaken claimen de klagers als vergoeding voor immateriële schade *f*150 per dag die zij in detentie doorbrachten.

In het arrest *Abdoella* overweegt het Hof dat de in voorlopige hechtenis doorgebrachte tijd is afgetrokken van de veroordeling van de klager. Ondanks deze aftrek neemt het Hof aan dat de klager enige frustratie en ongerustheid heeft gevoeld door de overschrijding van de redelijke termijn. Het is echter, in de omstandigheden van het geval, van oordeel dat de constatering van een schending van art. 6 lid 1 voldoende genoegdoening is voor deze immateriële schade.[81] In het arrest *Bunkate* overweegt het Hof, dat de schadeclaim van de klager is gebaseerd op de veronderstelling dat het oordeel van het Hof, dat een strafzaak niet binnen redelijke termijn is behandeld, automatisch leidt tot de vernietiging van het recht om het vonnis ten uitvoer te leggen en, als het vonnis reeds is geëxecuteerd, deze tenuitvoerlegging met terugwerkende kracht onrechtmatig wordt. Deze veronderstelling is volgens het Hof onjuist en het wijst de schadeclaim af.[82] Opmerkelijk is dat het Hof in tegenstelling tot het arrest *Abdoella* niet overweegt dat de constatering van een schending van art. 6 lid 1 voldoende genoegdoening is.

Civiele procedures

In enige tientallen arresten heeft het Hof een schending geconstateerd van het vereiste van berechting binnen een redelijke termijn in een civiele procedure. De meeste van deze arresten zijn gewezen tegen Italië, waarin de duur van de procedures uiteenloopt van ruim vier jaar en vijf maanden[83] tot ruim achttien jaar[84]

causaal verband met de schending van art. 6 lid 1.

79 Arrest *Abdoella* tegen Nederland van 25 november 1992, A-248-A.

80 Arrest *Bunkate* tegen Nederland van 26 mei 1993, A-248-B.

81 A-248-A, § 28.

82 A-248-B, § 25.

83 Arrest *Scuderi* tegen Italië van 24 augustus 1993, A-265-A (vergoeding immateriële schade van drie miljoen Italiaanse Lire); in het arrest *Maciariello* tegen Italië van 27 februari 1992, A-230-A (vergoeding immateriële schade van twee miljoen Italiaanse Lire) duurde de procedure ruim vier jaar en negen maanden.

84 Arrest *Tusa* tegen Italië van 27 februari 1992, A-231-D (vergoeding immateriële schade van tien miljoen Italiaanse Lire).

De volgende onderwerpen staan centraal in de civiele procedures: het verzoek om toekenning van een invaliditeitspensioen;[85] schadevergoeding in geval van overlijden of lichamelijk letsel;[86] echtscheiding;[87] ontslag of andere arbeidsgeschillen;[88] erfenis;[89] erfdienstbaarheid;[90] schadevergoeding;[91] eigendom.[92]

In het algemeen kent het Hof in deze arresten financiële vergoeding toe voor immateriële schade. Deze morele schade bestaat met name in de jarenlange onzekerheid waarin de klager heeft geleefd ten aanzien van de uitkomst van de procedure in kwestie.[93] Bij dergelijke zaken treedt de vergoeding van immateriële schade nog meer op de voorgrond dan bij strafzaken, aangezien bij overschrijding van de redelijke termijn in civiele procedures een strafvermindering natuurlijk niet aan de orde is.

Aparte vermelding verdient in dit verband een aantal klachten, ingediend door met het HIV-virus besmette hemofiliepatiënten tegen Frankrijk. Het Franse 'bloedschandaal' ligt ten grondslag aan al deze klachten. In de periode 1984/1985 zijn vele hemofiliepatiënten in Frankrijk na bloedtransfusies besmet met het HIV-virus. Ongeveer 650 hemofiliepatiënten hebben claims tot schadevergoeding ingediend bij de minister voor Volksgezondheid vanwege het nalatig uitstel van de minister bij het invoeren van passende regels voor een goede bloedvoorziening. Drie van deze zaken hebben inmiddels geleid tot arresten van het EHRM, waarin Frankrijk is veroordeeld wegens overschrijding van de redelijke termijn in civiele procedures, zoals vereist door art. 6 EVRM. Het Hof overweegt dat bij de beoordeling van de redelijkheid van de lengte van de procedure van groot belang is wat er voor de klager op het spel staat. In de onderhavige zaken was bijzondere nauwgezetheid ('special diligence') van de nationale

85 Zie bijv. het arrest *Nibbio* tegen Italië van 26 februari 1992, A-228-A: de procedure duurt reeds meer dan negen jaar (toekenning vergoeding immateriële schade van zes miljoen Italiaanse Lire).

86 Zie bijv. het arrest *Casciaroli* tegen Italië van 27 februari 1992, A-229-C: procedure duurt reeds meer dan zestien jaar (vergoeding immateriële schade van zestig miljoen Italiaanse Lire).

87 Zie bijv. het arrest *Bock* tegen Duitsland van 29 maart 1989, A-150: procedure duurde meer dan negen jaar (vergoeding immateriële schade van 10.000 DM).

88 Zie bijv. het arrest *Obermeier* tegen Oostenrijk van 28 juni 1990, A-179: de procedure duurt reeds meer dan negen jaar (vergoeding immateriële schade van 100.000 Oostenrijkse Schillings).

89 Arrest *Pierazzini* tegen Italië van 27 februari 1992, A-231-C: de procedure loopt reeds meer dan acht jaar (vergoeding immateriële schade van vijftien miljoen Italiaanse Lire).

90 Arrest *Capuano* tegen Italië van 25 juni 1987, A-119: procedure loopt reeds meer dan tien jaar (vergoeding materiële en immateriële schade van acht miljoen Italiaanse Lire).

91 Arrest *Baraona* tegen Portugal van 8 juli 1987, A-122: de procedure loopt reeds zes jaar (vergoeding immateriële schade van 500.000 Escudos).

92 Arrest *Brigandì* tegen Italië van 19 februari 1991, A-194-B: de procedure heeft meer dan zeventien jaar geduurd (gerekend vanaf tijdstip erkennen individueel klachtrecht door Italië in 1973; voor die tijd liep de procedure reeds elf jaar!; schadevergoeding van vijftien miljoen Italiaanse Lire).

93 Zie verder bijv. de arresten *Darnell* tegen het Verenigd Koninkrijk van 26 oktober 1993, A-272, § 24 (toekenning £ 5.000); *Muti* tegen Italië van 23 maart 1994, A-281-C, § 20-22 (toekenning tien miljoen Italiaanse Lire) en *Duclos* tegen Frankrijk van 17 december 1996, § 90, *RJD* 1996 (toekenning 100.000 FF).

autoriteiten vereist bij het behandelen van de schadevergoedingsclaims van de klagers, met name vanwege hun beperkte levensverwachting.[94] Het Hof kent de klagers op grond van art. 50 een vergoeding van immateriële schade toe, die in het arrest *X* toekomt aan de ouders van de klager nu deze vlak voor de uitspraak van het Hof is overleden.[95] Inmiddels is in een vergelijkbare zaak voor het Hof een schikking tot stand gekomen, waarbij de klager het aanbod van de Franse regering om 200.000 FF compensatie te betalen heeft aanvaard. Vervolgens heeft het Hof de zaak van de rol geschrapt, nu geen reden van openbare orde zich hiertegen verzette.[96]

In het arrest *Bellet* constateert het Hof een schending van art. 6 lid 1, aangezien de klager geen effectieve toegang tot de rechter heeft gehad teneinde zijn schadeclaim in verband met HIV-besmetting tegen de Franse staat geldend te maken. Het Hof kent hem voor de hierdoor geleden 'loss of opportunities' en immateriële schade een schadevergoeding van in totaal één miljoen FF toe.[97]

Inmiddels heeft het Hof naar aanleiding van een vergelijkbaar 'bloedschandaal' in Denemarken een schending geconstateerd van de redelijke termijn uit art. 6 lid 1, aangezien de procedures tot schadevergoeding tegen de staat van een aantal besmette hemofiliepatiënten onredelijk lang hebben geduurd.[98] De klagers claimen een hoger bedrag dan de in de arresten *Vallée* en *Karakaya* toegekende 200.000 FF, aangezien hun procedures langer hebben geduurd en de door de Deense autoriteiten betaalde bedragen lager zijn. Het Hof overweegt dat de klagers door de verdragsschending immateriële schade moeten hebben geleden, die niet kan worden goedgemaakt door het oordeel van het Hof dat art. 6 lid 1 is geschonden. Het Hof houdt bij de toekenning van schadevergoeding rekening met de *ex gratia* bedragen die de Deense regering reeds aan de klagers heeft betaald. Tevens slaat het Hof acht op het feit dat de klagers zelf in belangrijke mate hebben bijgedragen aan de lengte van de procedures. Het Hof kent iedere klager 100.000 Deense Kronen toe, een bedrag dat ongeveer de helft is van de bedragen die toegekend zijn in de bovenstaande Franse zaken (200.000 FF).[99]

94 Zie de arresten *X* tegen Frankrijk van 31 maart 1992, A-336, § 47; *Vallée* tegen Frankrijk van 26 april 1994, A-289, § 47 en *Karakaya* tegen Frankrijk van 26 augustus 1994, A-289-B, § 43.

95 Arrest *X* tegen Frankrijk van 31 maart 1992, A-236, § 51-54 (150.000 FF), zie verder over deze uitspraak, in het bijzonder over de toekenning van schadevergoeding aan een overleden klager, mijn noot, *NJCM-Bulletin* 17-6 (1992), p. 666-669; arrest *Vallée* tegen Frankrijk van 26 april 1994, A-289, § 51-54 (200.000 FF); arrest *Karakaya* tegen Frankrijk van 26 augustus 1994, A-289-B, § 47-50 (200.000 FF).

96 Arrest *Demai* tegen Frankrijk van 28 oktober 1994, A-289-C, § 19-20; het Hof verwijst in het bijzonder naar zijn reeds gevestigde jurisprudentie in deze kwestie; zie voor een zelfde zaak het arrest *Marlhens* tegen Frankrijk van 24 mei 1995, A-317, § 19-21 (toekenning van 150.000 FF).

97 Arrest *Bellet* tegen Frankrijk van 4 december 1995, A-333-B, § 43. Wat de immateriële schade betreft, bedroeg de claim van de klager 200.000 FF, een bedrag gelijk aan de bedragen die het Hof in vergelijkbare zaken heeft toegekend.

98 Arrest *A en anderen* tegen Denemarken van 8 februari 1996, *RJD* 1996.

99 Arrest *A en anderen* tegen Denemarken van 8 februari 1996, § 83-86, *RJD* 1996.

In het arrest *Schouten en Meldrum* tegen Nederland staat de procedure betreffende het betalen van sociale verzekeringspremies centraal.[100] Deze bijdragen aan sociale verzekeringen vallen volgens het Hof onder de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen in de zin van art. 6 EVRM. De klagers, beiden fysiotherapeut, hadden een conflict met de bedrijfsvereniging over de bijdragen die zij als werkgever moesten bijdragen aan de sociale verzekeringen. De procedures duurden in totaal, vanaf de aanvraag van een 'voor beroep vatbare beslissing' van de bedrijfsvereniging tot de einduitspraak van de rechter, respectievelijk vier jaar en drie maanden en meer dan drie jaar en drie maanden. Het Hof is van oordeel dat hiermee in beide zaken het vereiste van berechting binnen een redelijke termijn is geschonden. De klagers stellen dat zij een redelijke kans op succes zouden hebben gehad in hun beroep bij de rechter, indien de bedrijfsvereniging binnen redelijke termijn haar beslissingen formeel zou hebben bevestigd. Een en ander zou hebben betekend, dat zij over de jaren 1984-1986 geen premie zouden hebben hoeven betalen. Subsidiair voeren de klagers aan dat de Raad van Beroep of de Centrale Raad van Beroep de beslissingen van de bedrijfsvereniging zou moeten hebben vernietigd wegens schending van art. 6 lid 1 EVRM. In dat geval zouden de bijdragen op grond van de sociale verzekeringen niet zijn verschuldigd en de reeds betaalde bedragen moeten worden terugbetaald.

Het Hof overweegt echter dat de nationale rechters in beginsel de vrijheid hebben om te beslissen wat de volgens hun rechtssysteem gepaste sanctie is op een inbreuk door een van de (proces)partijen op het vereiste van behandeling binnen een redelijke termijn in de zin van art. 6 lid 1 EVRM. Naar het oordeel van het Hof kan de enige basis voor een vergoeding van materiële schade de situatie zijn die zich zou hebben voorgedaan, indien geen schending van art. 6 had plaatsgevonden. Volgens het Hof is echter niet aangetoond dat de beslissingen van de rechters anders zouden hebben geluid, indien de bedrijfsvereniging zijn beslissingen sneller formeel zou hebben bevestigd. Het Hof kan zijn beslissing derhalve niet baseren op de veronderstelling dat de premies in kwestie niet zouden zijn verschuldigd en wijst de materiële schadeclaim af.[101] De klagers hebben geen claim voor vergoeding van immateriële schade ingediend.

In de meeste gevallen heeft het Hof de materiële schadeclaim van de klager in geval van overschrijding van de redelijke termijn in een civiele procedure afgewezen, aangezien deze schade niet kon worden bewezen of vanwege het ontbreken van een causaal verband tussen de gestelde schade en de geconstateerde schending van art.

100 Arrest *Schouten en Meldrum* tegen Nederland van 9 december 1994, A-304.

101 A-304, § 75; de klagers krijgen wel een gedeeltelijke vergoeding van de in Nederland en Straatsburg gemaakte kosten.

6 lid 1.[102] In het arrest *Baraona* heeft het Hof de materiële schadeclaim afgewezen, aangezien deze nog onderwerp vormt van een procedure voor de nationale rechter.[103]

In enkele gevallen heeft het Hof de materiële schadeclaim van de klager wel gehonoreerd, vaak in combinatie met een vergoeding voor immateriële schade[104] maar soms ook een bedrag alleen als vergoeding voor materiële schade.[105] Ook op dit terrein kent het Hof financiële vergoeding toe voor een 'loss of (real) opportunities'.[106]

In een aantal arresten heeft het Hof de constatering van een schending van het vereiste van behandeling binnen een redelijke termijn in de zin van art. 6 voldoende genoegdoening geacht voor de geleden immateriële schade.[107] In twee arresten gaat het om immateriële schade geleden door de oorspronkelijke klagers die inmiddels overleden waren.[108] In enkele arresten betreft het geschillen over de bepaling van financiële verplichtingen uit contract en eigendomsrechten met betrekking tot gebouwen en grond.[109]

Geconcludeerd kan worden dat het Hof regelmatig financiële compensatie toekent voor geleden immateriële schade bij overschrijding van de redelijke termijn, zowel in civiele procedures als in strafzaken.

102 Zie voor slechts enkele voorbeelden de arresten *Deumeland* tegen Duitsland van 29 mei 1986, A-100, § 96; *H* tegen Frankrijk van 24 oktober 1989, A-162-A, § 75; *Wiesinger* tegen Oostenrijk van 30 oktober 1991, A-213, § 82; *Diana* tegen Italië van 27 februari 1992, A-229-A, § 21; *Éditions Périscope* tegen Frankrijk van 26 maart 1992, A-234-B, § 47; *Massa* tegen Italië van 24 augustus 1993, A-265-B, § 35; *Ceteroni* tegen Italië van 15 november 1996, § 31, *RJD* 1996 en *Duclos* tegen Frankrijk van 17 december 1996, § 90, *RJD* 1996.

103 Arrest *Baraona* tegen Portugal van 8 juli 1987, A-122, § 61; wel vergoeding van immateriële schade van 500.000 Escudos.

104 Zie bijv. de arresten *Guincho* tegen Portugal van 10 juli 1984, A-81, § 44; *Vocaturo* tegen Italië van 24 mei 1991, A-206-C, § 19; *Di Pede* tegen Italië van 26 september 1996, § 39, *RJD* 1996 en *Zappia* tegen Italië van 26 september 1996, § 30, *RJD* 1996.

105 Zie bijv. het arrest *Unión Alimentaria Sanders SA* tegen Spanje van 7 juli 1989, A-157, § 45 waarin de klager slechts materiële schade heeft geclaimd.

106 Zie de arresten *Lechner en Hess* tegen Oostenrijk van 23 april 1987, A-118, § 64; *H* tegen het Verenigd Koninkrijk van 9 juni 1988 (art. 50), A-136-B, § 13-15; *Martins Moreira* tegen Portugal van 26 oktober 1988, A-143, § 65 en 67 en *Silva Pontes* tegen Portugal van 23 maart 1994, A-286-A, § 46; zie over vergoeding van 'loss of opportunities' hoofdstuk 5 § 5.2.3.

107 Zie bijv. het arrest *Ausiello* tegen Italië van 21 mei 1996, § 25, *RJD* 1996.

108 Zie de arresten *Deumeland* tegen Duitsland van 29 mei 1986, A-100, § 97 en *Giancarlo Lombardo* tegen Italië van 26 november 1992, A-249-C, § 26.

109 Zie bijv. de volgende arresten tegen Italië van 27 februari 1992: *Cooperativa Parco Cuma*, A-231-E, § 21; *Lorenzi, Bernadini en Gritti*, A-231-G, § 19; *Tumminelli*, A-231-H, § 21; *Ridi*, A-229-G, § 20; *Idrocalce S.r.l.*, A--229-F, § 21; *Manifattura FL*, A-230-B, § 22; *Steffano*, A-230-C, § 20 en *Cifola*, A-231-A, § 20; zie ook het arrest *Scopelliti* tegen Italië van 23 november 1993, A-278, § 31.

6.3.2 Art. 6 lid 1: toegang tot de rechter

Het Hof heeft in enige tientallen zaken een schending geconstateerd van het recht op een – effectieve – toegang tot de rechter in de zin van art. 6 lid 1. Hieronder zijn ook zaken begrepen waarin geen hoorzitting in hoger beroep plaatsvond[110] en die waarin een rechterlijke instantie ontbrak die bevoegd was over alle aspecten van de zaak een beslissing te nemen.[111]

In meer dan de helft van deze gevallen heeft het Hof een vergoeding voor immateriële schade toegekend[112], soms gecombineerd met een bedrag voor materiële schade.[113] In enkele gevallen heeft het Hof volstaan met een declaratoire uitspraak.[114]

De materiële schadeclaim van de klagers heeft het Hof enige keren afgewezen vanwege het ontbreken van een voldoende causaal verband tussen de verdragsschending en de gestelde schade.[115] Het betreft hier met name enige arresten tegen Zweden, waarin het ontbreken van een recht op toegang tot de administratieve rechter centraal staat. Het Hof overweegt hierbij dat niets er op wijst, dat bij het wel aanwezig zijn van het rechtsmiddel de uitkomst in het voordeel van de klager zou zijn geweest.[116]

In enige arresten tegen Oostenrijk, waarin het Hof de procedure inzake de oplegging van een administratieve boete in strijd met art. 6 lid 1 heeft bevonden, claimen de klagers terugbetaling van deze boete. Het Hof overweegt echter dat het niet kan speculeren over de uitkomst van deze administratieve procedure als wel was

110 Zie bijv. het arrest *Ekbatani* tegen Zweden van 26 mei 1988, A-134.

111 Zie bijv. het arrest *Sporrong en Lönnroth* tegen Zweden van 18 december 1984 (art. 50), A-88.

112 Zie de arresten *O, W, B en R* tegen het Verenigd Koninkrijk van 9 juni 1988 (art. 50), resp. A-136-A, § 12-14; A-136-C, § 12; A-136-D, § 10-12 en A-136-E, § 12-14; *Eriksson* tegen Zweden van 22 juni 1989, A-156, § 98; *Obermeier* tegen Oostenrijk van 28 juni 1990, A-178, § 77; *Mats Jacobsson* tegen Zweden van 28 juni 1990, A-180-A, § 44; *Skärby* tegen Zweden van 28 juni 1990, A-180-B, § 44; *Fredin* tegen Zweden van 18 februari 1991, A-192, § 66; *Philis* tegen Griekenland van 27 augustus 1991, A-209, § 73; *Olsson II* tegen Zweden van 27 november 1992, A-250, § 111 (ook voor schending van art. 8); *Zander* tegen Zweden van 25 november 1993, A-279-B, § 33; *Fredin (No.2)* tegen Zweden van 23 februari 1994, A-280-A, § 26 en *Keegan* tegen Ierland van 26 mei 1994, A-291, § 68 (ook voor schending van art. 8).

113 Zie de arresten *Airey* tegen Ierland van 6 februari 1981 (art. 50), A-41, § 14 en *Sporrong en Lönnroth* tegen Zweden van 18 december 1984 (art. 50), A-88, § 32.

114 Zie onder meer de arresten *Golder* tegen het Verenigd Koninkrijk van 21 februari 1975, A-18, § 46; *Le Compte, Van Leuven en De Meyere* tegen België van 18 oktober 1982 (art. 50), A-54, § 16 (ook schending van het openbaarheidsvereiste); *Albert en Le Compte* tegen België van 24 oktober 1983 (art. 50), A-68, § 8 (ook schending van het openbaarheidsvereiste); *Bodén* tegen Zweden van 27 oktober 1987, A-125-B, § 41 en *Weber* tegen Zwitserland van 22 mei 1990, A-177, § 54 (ontbreken hoorzitting; daarnaast ook schending van art. 10).

115 Zie bijv. het arrest *Terra Woningen B.V.* tegen Nederland van 17 december 1996, § 61, *RJD* 1996.

116 Zie onder meer de arresten *Pudas*, A-125-A, § 47 en *Bodén*, A-125-B, § 40, beide van 27 oktober 1987 en tegen Zweden; zie voor meer voorbeelden hoofdstuk 5 § 5.3.1.

voldaan aan de vereisten van art. 6. Het Hof wijst deze claim dan ook af en overweegt dat de constatering van de verdragsschending voldoende herstel biedt.[117]

In het arrest *Geouffre de la Pradelle* heeft het Hof 100.000 FF toegekend voor de 'loss of opportunities' die de klager heeft geleden door het ontbreken van een recht op toegang tot de 'Conseil d'État'.[118]

Geconcludeerd kan worden dat het Hof in geval van schending van het recht op een adequate toegang tot de rechter, zoals vereist door art. 6 lid 1, geregeld bedragen heeft toegekend als compensatie voor de door de klager geleden immateriële schade. De materiële schadeclaim wijst het Hof in de meeste gevallen af vanwege het ontbreken van een causaal verband met de schending van art. 6 lid 1. Het Hof overweegt dan dat het niet kan speculeren over de vraag of de klager gunstiger uit zou zijn geweest indien hij zijn zaak aan een rechter had kunnen voorleggen.

6.3.3 Art. 6 lid 1: onafhankelijke en onpartijdige rechter

Het Hof heeft in een vijftiental zaken een schending geconstateerd van het recht op behandeling door een onafhankelijke en onpartijdige rechter als bedoeld in art. 6 lid 1.

In enkele gevallen heeft het Hof de materiële schadeclaim van de klager afgewezen wegens het ontbreken van een causaal verband tussen deze gestelde schade en de geconstateerde verdragsschending.[119] In een aantal van deze zaken overweegt het Hof dat niets er op wijst dat de nationale beslissing bij het wel in acht nemen van de vereisten van rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid anders, dat wil zeggen in het voordeel van de klager zou zijn geweest. Zo overweegt het Hof in het arrest *Langborger*:

> 'It is not for the Court to speculate as to what the outcome of the contested proceedings would have been if the violation which it has found had not occurred, and there is nothing to show that a decision taken by a court of different composition would have been in the applicant's favour.'[120]

117 Het Hof overweegt dat 'the present judgment affords the applicant sufficient reparation.' Zie de volgende arresten tegen Oostenrijk van 23 oktober 1995: *Schmautzer*, A-328-A, § 44; *Umlauft*, A-328-B, § 47; *Pramstaller*, A-329-A, § 49; *Palaoro*, A-329-B, § 51; *Pfarrmeier*, A-329-C, § 48. In het arrest *Gradinger* tegen Oostenrijk van 23 oktober 1995 heeft de klager zijn claim beperkt tot de vergoeding van kosten.

118 Arrest *Geouffre de la Pradelle* tegen Frankrijk van 16 december 1992, A-253-B, § 39.

119 Zie bijv. de arresten *Benthem* tegen Nederland van 23 oktober 1985, A-97, § 46; *Pfeifer en Plankl* tegen Oostenrijk van 25 februari 1992, A-227, § 50 (tevens schending van art. 8) en *Procola* tegen Luxemburg van 28 september 1995, A-326, § 51.

120 Arrest *Langborger* tegen Zweden van 22 juni 1989, A-155, § 49; zie verder de arresten *Sramek* tegen Oostenrijk van 22 oktober 1984, A-84, § 46 en *Hauschildt* tegen Denemarken van 24 mei 1989, A-154, § 57; *Holm* tegen Zweden van 25 november 1993, A-279-A, § 36 en *Van de Hurk* tegen Nederland van 19 april 1994, A-288, § 64.

In het arrest *Van de Hurk* betreft het een geschil tussen een boer en de overheid over de vaststelling van melkquota. De schending van art. 6 lid 1 bestaat hierin, dat de procedure voor het College van Beroep voor het Bedrijfsleven geen behandeling vormde door een onafhankelijke rechter. Op grond van art. 74 lid 1 van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie, zoals deze bepaling luidde tot 1 januari 1994, kon de Kroon immers bepalen dat een uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven geen of niet volledig gevolg had, indien deze uitspraak in haar gevolgen in strijd zou komen met het algemeen belang; in dit verband viel met name te denken aan grote financiële repercussies. Het Hof constateert een schending van art. 6 lid 1, ook al heeft de regering nooit van bovenstaande bevoegdheid gebruik gemaakt. De klager claimt een fors bedrag ter vergoeding van zijn materiële schade, onder meer voor inkomstenderving. Het Hof wijst deze claim echter af, aangezien het allerminst duidelijk is of de uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven gunstig voor de klager zou zijn geweest, indien de garanties van art. 6 wel in acht waren genomen.[121] Naar aanleiding van deze uitspraak hebben diverse boeren in een vergelijkbare positie klachten in Straatsburg ingediend. Inmiddels zijn enige van deze klachten onder bemiddeling van de Commissie in der minne geschikt.

In de reeds genoemde arresten *Piersack* en *De Cubber* heeft het Hof de kwestie van art. 50 aangehouden in verband met de mogelijkheid van herstel in het nationale recht.[122] In het arrest *Piersack* meent het Hof, dat de na het arrest in de hoofdzaak gestarte nationale procedure, die tot een zelfde uitspraak leidde als de oorspronkelijke procedure en waarbij alle garanties uit het verdrag in acht werden genomen, 'brought about a result as close to restitutio in integrum as was possible in the nature of things.' De vrijheidsberoving van de klager was daarmee in geen geval een gevolg van de schending van art. 6 lid 1 en het Hof wijst de schadeclaim van de klager dan ook af.[123] Daarentegen is het Hof in het arrest *De Cubber* van oordeel dat de verdragsschending niet is goedgemaakt in de na het arrest in de hoofdzaak gevoerde nationale procedure. Het Hof kent de klager 100.000 BF toe als vergoeding voor de geleden immateriële schade.[124]

In een aantal arresten betreffende de rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid acht het Hof de constatering van een schending van art. 6 lid 1 voldoende billijke genoegdoening in de zin van art. 50 voor de geleden immateriële schade.[125]

121 Arrest *Van de Hurk* tegen Nederland van 19 april 1994, A-288, § 64.

122 Arresten *Piersack* tegen België van 1 oktober 1982, A-53 en *De Cubber* tegen België van 26 oktober 1984, A-86.

123 Arrest *Piersack* tegen België van 26 oktober 1984 (art. 50), A-85, § 11.

124 Arrest *De Cubber* tegen België van 14 september 1987 (art. 50), A-124-C, § 24.

125 Zie de arresten *Benthem* tegen Nederland van 23 oktober 1985, A-97, § 46; *Hauschildt* tegen Denemarken van 24 mei 1989, A-154, § 58; *Langborger* tegen Zweden van 22 juni 1989, A-155, § 51; *Oberschlick* tegen Oostenrijk van 23 mei 1991, A-204, § 69 (tevens schending van art. 10); *Demicoli* tegen Malta van 27 augustus 1991, A-210, § 48 en *Holm* tegen Zweden van 25 november

In het arrest *Beaumartin* betreft het inbreuken op de vereisten van art. 6, zowel wat betreft de redelijke termijn als de behandeling door een onafhankelijke rechter met volledige jurisdictie. In deze zaak was de administratieve rechter immers in belangrijke mate gebonden aan het oordeel van de minister van Buitenlandse Zaken over de interpretatie van een internationale overeenkomst. Het Hof overweegt dat het niet kan speculeren over de vraag hoe de administratieve rechter zou hebben geoordeeld zonder de bemoeienis van de minister. Het Hof overweegt echter dat de klagers enige immateriële schade moeten hebben geleden, waarvoor de vaststelling van de inbreuken op de vereisten van art. 6 lid 1 onvoldoende herstel biedt, en kent hen 100.000 FF toe.[126]

6.3.4 Art. 6 lid 1: openbare behandeling

Het Hof heeft in een aantal zaken – onder meer – een schending van het openbaarheidsvereiste van art. 6 lid 1 geconstateerd. In enkele van deze arresten heeft het Hof deze constatering voldoende compensatie geacht voor de gestelde immateriële schade.[127]

In het arrest *Campbell en Fell* meent het Hof dat niets er op wijst dat de nationale beslissing in kwestie anders zou zijn geweest als de vereisten van openbaarheid en juridische bijstand ex art. 6 in acht zouden zijn genomen. Het Hof overweegt vervolgens:

> 'Accordingly no causal link has been shown to exist between these particular violations and the alleged damage, with the result that no just satisfaction falls to be awarded in this respect.'[128]

In het arrest *Engel en anderen* is het Hof ten aanzien van de anderen van mening, dat niets wijst op een causaal verband tussen de gestelde immateriële schade en de in strijd met art. 6 lid 1 bevonden niet openbare behandeling door het Hoog Militair Gerechtshof.[129]

1993, A-279-A, § 36. Zie ook het arrest *Remli* tegen Frankrijk van 23 april 1996, § 52, *RJD* 1996: in casu is de schending van art. 6 lid 1 EVRM veroorzaakt door de weigering van de Franse rechter om in te gaan op de bewering van de klager dat zijn zaak niet is behandeld door een onpartijdige rechter, aangezien een lid van de jury buiten de rechtszaal racistische opmerkingen zou hebben gemaakt.

126 Arrest *Beaumartin* tegen Frankrijk van 24 november 1994, A-296-B, § 44.

127 Zie de arresten *Engel en anderen* tegen Nederland van 23 november 1976 (art. 50), A-22, § 11; *Le Compte, Van Leuven en De Meyere* tegen België van 18 oktober 1982 (art. 50), A-54, § 16; *Albert en Le Compte* tegen België van 24 oktober 1983 (art. 50), A-68, § 8 (in beide laatstgenoemde arresten ontbrak tevens een rechterlijke instantie die bevoegd was over alle aspecten van de zaak een beslissing te nemen) en *Diennet* tegen Frankrijk van 26 september 1995, A-325-A, § 43.

128 Arrest *Campbell en Fell* tegen het Verenigd Koninkrijk van 28 juni 1984, A-80, § 134.

129 Arrest *Engel en anderen* tegen Nederland van 23 november 1976 (art. 50), A-22, § 11.

In het arrest *H* tegen België is het Hof van oordeel dat de procedure die de klager heeft gevoerd voor de Raad van de Orde van Advocaten om zijn schorsing als advocaat aan te vechten niet voldeed aan het vereiste van een openbare behandeling uit art. 6 lid 1. Het Hof wijst de materiële schadeclaim af, aangezien geen causaal verband is aangetoond tussen deze door de klager gestelde schade (met name inkomstenderving) en de inbreuk op de vereisten van art. 6 lid 1. Het Hof kent wel 250.000 BF toe als vergoeding voor de immateriële schade.[130] In het arrest *Helmers* heeft het Hof 25.000 Zweedse Kronen toegekend voor de immateriële schade die de klager heeft geleden door het ontbreken van een openbare behandeling in hoger beroep in een civiele procedure.[131]

6.3.5 Art. 6 leden 1, 2 en 3: 'fair hearing'

Art. 6 lid 1 bepaalt verder dat een ieder bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging recht heeft op een eerlijke behandeling ('fair hearing') van zijn zaak. Dit vereiste bestaat uit verschillende elementen, waarbij de nadruk ligt op het beginsel van de 'equality of arms'.[132] De vereisten van een eerlijke behandeling zijn van eminent belang in strafprocedures, waarin bij uitstek sprake is van ongelijkheid tussen partijen. Enkele aspecten van het vereiste van een eerlijke behandeling zijn voor strafzaken uitgewerkt in de leden 2 en 3 van art. 6, maar de waarborgen die het vereiste van een 'fair hearing' uit het eerste lid van dit artikel biedt zijn evenzeer van toepassing in strafprocedures.[133]

Het beginsel van de 'equality of arms' houdt onder meer in dat beide procespartijen gelijkelijk kunnen deelnemen aan de behandeling van de zaak en toegang hebben tot de processtukken, die van belang zijn bij de totstandkoming van het oordeel van de rechter. Uit het vereiste van een 'fair hearing' volgt onder meer het recht voor partijen om in persoon ter zitting te verschijnen. Verder stelt het beginsel van een 'fair hearing' eisen aan de bewijsvoering – met name moeten beide partijen gelijke kansen hebben om het door de andere partij aangedragen bewijsmateriaal te kunnen weerleggen – en de motivering van de rechterlijke beslissing.[134]

In diverse arresten heeft het Hof een schending geconstateerd van (een van de onderdelen van) het vereiste van een eerlijke behandeling uit art. 6 lid 1. In veel van

130 Arrest *H* tegen België van 30 november 1987, A-127-B, § 60. Zie voor een vergelijkbare zaak het arrest *De Moor* tegen België van 23 juni 1994, A-294-A, § 72, waarin het Hof een vergoeding van immateriële schade van 400.000 BF toekent; in deze zaak was tevens sprake van een schending van het redelijke termijn-vereiste uit art. 6.

131 Arrest *Helmers* tegen Zweden van 29 oktober 1991, A-212-A, § 42.

132 Zie hierover Van Dijk/Van Hoof 1990, p. 353.

133 Zie Van Dijk/Van Hoof 1990, p. 353.

134 Zie Van Dijk/Van Hoof 1990, p. 354-357.

deze uitspraken betreft het strafprocedures waarin tevens een van de in art. 6 lid 3 onder (a) tot en met (e) opgenomen vereisten niet in acht is genomen.[135]

Art. 6 lid 1

In het arrest *Deweer* heeft het Hof een inbreuk geconstateerd op het vereiste van een 'fair trial' ex art. 6 lid 1, aangezien de klager feitelijk werd gedwongen een minnelijke schikking met het openbaar ministerie aan te gaan. Als hij immers niet op het transactievoorstel ad 10.000 BF zou ingaan, zou zijn slagerij in verband met overtreding van de wettelijke prijsvoorschriften worden gesloten. Het Hof kent de erfgenamen van de klager 10.000 BF vergoeding toe voor de materiële schade, namelijk het ten onrechte betaalde bedrag. De klager en zijn familie hebben volgens het Hof ongetwijfeld immateriële schade geleden, die op zijn minst een morele genoegdoening rechtvaardigt. Het Hof honoreert dan ook het verzoek van de erfgenamen om de constatering van een inbreuk op de rechten van de klager als voldoende billijke genoegdoening te beschouwen.[136]

In het arrest *Colozza* betreft het een schending van art. 6 lid 1, aangezien de klager niet op de hoogte werd gesteld van de tegen hem ingebrachte beschuldigingen.[137] Het Hof kent de weduwe van de klager een compensatie toe van zes miljoen Italiaanse Lire voor de 'loss of real opportunities' die haar man door de verdragsschending heeft geleden alsmede voor de immateriële schade die zij en haar man hebben geleden.[138] In het arrest *Brozicek* constateert het Hof een schending van art. 6 lid 3(a) en van het eerste lid van dit artikel. De klager, afkomstig uit Tsjechoslowakije, ontving een dagvaarding in een taal die hij niet begreep en werd vervolgens bij verstek veroordeeld. Het Hof erkent dat de klager hierdoor enig immaterieel nadeel heeft geleden maar acht de constatering van de inbreuken op art. 6 voldoende compensatie.[139]

In het arrest *Bönisch* is de inbreuk op art. 6 lid 1 veroorzaakt door de benoeming van een deskundige door de rechtbank die reeds een rapport had opgesteld dat de

135 Volgens constante jurisprudentie van het Hof vormen de vereisten uit lid 3 van art. 6 elementen van het concept van een 'fair trial' uit lid 1 van dit artikel; zie bijv. het arrest *Bricmont* tegen België van 7 juli 1989, A-158, § 75.

136 Arrest *Deweer* tegen België van 27 februari 1980, A-35, § 60.

137 Arrest *Colozza* tegen Italië van 12 februari 1985, A-89; in casu had de advocaat van de klager een beroep gedaan op art. 6 lid 3 (a). Het Hof roept echter in herinnering dat de garanties uit lid 3 van art. 6 onderdeel vormen van de algemene notie van een eerlijk proces. In de omstandigheden van het geval overweegt het Hof, terwijl het ook rekening houdt met deze garanties, dat het de klacht onder lid 1 van art. 6 moet onderzoeken; zie A-89, § 26.

138 A-89, § 38; zie over de kwestie van de toekenning van schadevergoeding aan nabestaanden van de oorspronkelijke klager hoofdstuk 4 § 4.6.2.2.

139 Arrest *Brozicek* tegen Italië van 19 december 1989, A-167, § 48.

strafvervolging tegen de klager in gang had gezet.[140] Het Hof kent een compensatie toe van 700.000 Oostenrijkse Schillings voor de door de klager ten gevolge van het ontbreken van de garanties uit art. 6 lid 1 geleden 'loss of opportunities' alsmede voor immateriële schade.[141]

In het arrest *Borgers* betreft het een klager die als verdachte niet de mogelijkheid had om in cassatie te antwoorden op de door de procureur-generaal tijdens de zitting van het Hof van Cassatie gemaakte opmerkingen. Het Hof acht deze gang van zaken in strijd met de rechten van de verdediging en het beginsel van 'equality of arms', zoals neergelegd in art. 6 lid 1. Het Hof acht de constatering van deze schending voldoende compensatie voor de door de klager geleden immateriële schade.[142]

In het arrest *Funke* staat de Franse douanewetgeving centraal. De klager en zijn vrouw werden op 14 januari 1980 bezocht door drie ambtenaren van de douane die na informatie van de fiscus op zoek waren naar informatie over hun bankrekeningen en bezittingen in het buitenland. Tijdens deze huiszoeking werd de klager verplicht enkele rekeningafschriften over te leggen, hetgeen hij uiteindelijk weigerde. De politierechter te Straatsburg veroordeelde hem tot een geldboete, aangezien hij niet had voldaan aan zijn verplichting krachtens de 'Code des douanes' om de gevorderde documenten over te leggen. Tevens legde deze rechter een dwangsom op teneinde Funke te verplichten deze papieren alsnog te produceren. Dit vonnis hield tot in cassatie stand. Het Hof vindt dat het recht van een verdachte van een strafbaar feit om te zwijgen en het beginsel dat niemand gedwongen kan worden aan zijn eigen veroordeling mee te werken (*nemo tenetur prodere seipsum*) besloten liggen in de notie van een 'fair trial' in de zin van art. 6 lid 1. Het Hof constateert dan ook een schending van dit artikel.[143] Daarnaast voldoet de Franse douanewetgeving volgens het Hof niet aan de vereisten van art. 8 lid 2.[144] Het Hof overweegt dat de klager immateriële schade moet hebben geleden, waarvoor de in dit arrest geconstateerde schendingen niet voldoende billijke genoegdoening bieden. Het Hof kent hem 50.000 FF toe voor deze schade.[145] In het arrest *Saunders* heeft het Hof eveneens een inbreuk op het verbod van zelfincriminatie aangenomen. Het Hof overweegt dat geen causaal verband is aangetoond tussen de door de klager geclaimde materiële schade en de door het Hof geconstateerde schending. Ten aanzien van de immateriële schade

140 Arrest *Bönisch* tegen Oostenrijk van 6 mei 1985, A-92; het Hof heeft de klacht onderzocht onder lid 1 van art. 6, maar heeft daarbij ook gelet op de garanties uit het derde lid, met name onder (d); zie A-92, § 29.

141 Arrest *Bönisch* tegen Oostenrijk van 2 juni 1986 (art. 50), A-103, § 11 en 13.

142 Arrest *Borgers* tegen België van 30 oktober 1991, A-214-A, § 31.

143 Arrest *Funke* tegen Frankrijk van 25 februari 1993, A-256-A, § 44. Zie over dit arrest met name in verband met het *nemo-tenetur*-beginsel' de noten van A.H.J. Swart, *AAe* 1993, p. 672-680; G. Knigge, *NJ* 1993, 485 en E. Myjer, *NJCM-Bulletin* 18-5 (1993), p. 584-592.

144 A-256-A, § 47-59; zie ook de op 25 februari 1993 tegen Frankrijk gewezen arresten *Crémieux*, A-256-B en *Miailhe*, A-256-C.

145 A-256-A, § 62.

overweegt het Hof dat de vaststelling van een schending van art. 6 lid 1 hem voldoende genoegdoening biedt.[146]

In het arrest *Vacher* wijst het Hof de materiële schadeclaim af vanwege het ontbreken van een causaal verband met de verdragsschending en acht het Hof de immateriële schade voldoende gecompenseerd door de constatering dat het recht op een eerlijk proces uit art. 6 is geschonden.[147]

Zoals reeds opgemerkt speelt het vereiste van een eerlijke behandeling eveneens een rol in civiele procedures.

In het arrest *Feldbrugge* heeft het Hof een schending van het recht op een 'fair hearing' ex art. 6 lid 1 geconstateerd, aangezien de behandeling van de vraag naar de arbeidsongeschiktheid van de klaagster door de voorzitter van de Raad van Beroep niet het karakter had van een procedure op tegenspraak.[148]

In 1978 maakte de klaagster een einde aan haar inschrijving bij het Gewestelijk Arbeidsbureau, alhoewel zij al enige tijd werkloos was. Zij was immers ziek geworden en voelde zichzelf niet in staat om te werken. De bedrijfsvereniging besloot vervolgens dat zij niet langer voor ziekengeld in aanmerking kwam, aangezien een arts van de bedrijfsvereniging haar in staat had geoordeeld weer aan het werk te gaan. De klaagster ging hierop in beroep bij de Raad van Beroep. De voorzitter van de Raad van Beroep stelde mevrouw Feldbrugge, na enige medische experts te hebben geraadpleegd, in het ongelijk. De klaagster tekende verzet aan tegen deze beslissing, aangezien zij geen 'fair hearing' zou hebben gehad. De Raad van Beroep verklaarde dit verzet echter ongegrond. Een beroep bij de Centrale Raad van Beroep had evenmin succes.

De Nederlandse regering heeft het Hof ingelicht over de acties na het arrest van 29 mei 1986. De voorzitters van de Raden van Beroep hadden bekend gemaakt, dat individuen voortaan in alle zaken de mogelijkheid zouden krijgen om bezwaar te maken tegen beslissingen van een lichaam in eerste instantie. Tevens was wetgeving op dit punt in voorbereiding.

Mevrouw Feldbrugge dient claims in voor vergoeding van materiële en immateriële schade. De klaagster vraagt om betaling van de uitkeringen waar zij recht op zou hebben gehad, indien zij in 1978 niet in staat om te werken in de zin van de Ziektewet was verklaard en twee jaar daarna arbeidsongeschikt in de zin van de arbeidsongeschiktheidswet. Deze financiële schadeclaim begroot zij op *f*186.415.01 (d.d. 31 december 1986); dit bedrag is opgebouwd uit de misgelopen bedragen in het kader van ziekte-uitkeringen en invaliditeitspensioen.

146 Arrest *Saunders* tegen het Verenigd Koninkrijk van 17 december 1996, § 86 en 89, *RJD* 1996.
147 Arrest *Vacher* tegen Frankrijk van 17 december 1996, § 34, *RJD* 1996.
148 Arrest *Feldbrugge* tegen Nederland van 29 mei 1986, A-99.

Klaagster heeft jaren onder grote psychische druk geleefd door het verlies van de haar betaalde uitkeringen ingevolge de wetten in kwestie. Bovendien werd zij gedwongen haar eigen manier van leven en van haar familie te veranderen en om haar uitgaven te beperken, nadat de bedoelde uitkeringen waren gestopt. Voor deze morele schade claimt zij *f*20.000. Het Hof wijst de materiële schadeclaim onder de volgende overwegingen af:

> 'The Court cannot speculate on what the outcome of the impugned proceedings would have been if the Convention had not been violated.
> (....)
> In short, the evidence before the Court does not prove that by reason of the possible consequences of the violation found, Mrs. Feldbrugge suffered a loss of opportunities which must be taken into account.'[149]

Het blijft echter een feit dat de procedure in kwestie bij de voorzitter van de Haarlemse Raad van Beroep niet op tegenspraak berustte – tenminste niet in het laatste, beslissende stadium – en daardoor niet in voldoende mate één van de belangrijkste garanties van een rechterlijke procedure verschafte.

In dit verband moet mevrouw Feldbrugge immateriële schade hebben geleden, die niet volledig is gecompenseerd door het Straatsburgse arrest of door de door de autoriteiten van de verantwoordelijke staat genomen of aangekondigde maatregelen. Voor deze schade kent het Hof *f*10.000 toe.

In het arrest *Schuler-Zgraggen* betreft het eveneens een procedure in verband met de verstrekking van een arbeidsongeschiktheidsuitkering. De klaagster, mevrouw Schuler-Zgraggen, heeft jarenlang een arbeidsongeschiktheidsuitkering ontvangen. Deze uitkering werd echter op 1 mei 1986 stopgezet, aangezien haar familie-omstandigheden radicaal waren gewijzigd door de geboorte van haar zoon, haar gezondheid was verbeterd en zij voor 60-70% in staat was te zorgen voor haar huishouden en haar kind. Het beroep van de klaagster tegen de beslissing om haar uitkering stop te zetten was tot in hoogste instantie, bij de 'Tribunal fédéral des assurances', zonder succes. Deze hoogste rechter nam zonder nader onderzoek de vooronderstelling van de lagere rechter over, dat vrouwen stoppen met werken als zij kinderen krijgen. Deze vooronderstelling was beslissend voor de einduitspraak en bracht een verschil in behandeling met zich die slechts was gebaseerd op geslacht. Het Hof meent dat voor dit onderscheid geen redelijke en objectieve rechtvaardiging bestond en constateert een schending van art. 14 j° 6 lid 1.[150] Het Hof overweegt dat de klaagster hierdoor immateriële schade kan hebben geleden, maar dat het onderhavige arrest haar hiervoor voldoende genoegdoening biedt. Ten aanzien van de materiële schadeclaim van de

149 Arrest *Feldbrugge* tegen Nederland van 27 juli 1987 (art. 50), A-122, § 10.
150 Arrest *Schuler-Zgraggen* tegen Zwitserland van 24 juni 1993, A-263, § 67.

klaagster heeft de regering er op gewezen, dat het Zwitserse recht sinds 15 februari 1992 de mogelijkheid bevat voor een slachtoffer van een door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens of het Comité van Ministers van de Raad van Europa geconstateerde verdragsschending om een heropening van de aangevochten procedure te verzoeken. Deze kwestie is daarmee volgens de regering nog niet rijp voor beslissing. Het Hof is het hiermee eens en houdt deze kwestie aan met het oog op een overeenkomst tussen de aansprakelijke staat en de klaagster.[151]

Naar aanleiding van het Straatsburgse arrest is de nationale procedure heropend. In zijn uitspraak van 24 maart 1994 heeft de 'Tribunal fédéral des assurances' zijn eigen uitspraak in deze zaak vernietigd en de klaagster alsnog met terugwerkende kracht tot 1 mei 1986 een volledige uitkering toegekend. De klaagster stelt echter dat de kwestie van vergoeding van materiële schade nog niet geheel is afgedaan, aangezien er rente is verschuldigd over de met terugwerkende kracht toegekende uitkering.[152]

Het Hof waardeert ten volle het belang van de uitspraak van de 'Tribunal fédéral des assurances' in verband met de naleving van Straatsburgse arresten en overweegt dat deze rechter hiermee blijk heeft gegeven van zijn 'commitment' aan het verdrag en de jurisprudentie van het Hof. De nationale rechter had de bedoeling de door de verdragsschending veroorzaakte schade goed te maken. Hierbij heeft deze rechter echter, volgens het Hof, geen rekening gehouden met het tijdsverloop. Het Hof acht het daarom gerechtvaardigd enige rente toe te kennen voor de periode in kwestie. Het Hof kent 25.000 Zwitserse Francs toe voor deze resterende materiële schade.[153]

In het arrest *Dombo Beheer B.V.* tegen Nederland heeft het Hof een schending van het vereiste van een 'fair hearing' in de zin van art. 6 geconstateerd. De zaak betreft een civiele procedure tussen de klager en een bank inzake een mondelinge overeenkomst tussen partijen. Ingevolge het toen geldende Nederlandse bewijsrecht was de filiaalmanager van de bank wel door de rechter in staat gesteld om te getuigen, terwijl de voormalige directeur van Dombo niet mocht getuigen. Hiermee werd de klager in een sterk nadelige positie ten opzichte van de bank geplaatst, hetgeen volgens het Hof in strijd komt met het beginsel van 'equality of arms' uit art. 6.[154] De klager heeft diverse claims ingediend voor vergoeding van materiële en immateriële schade, gebaseerd op de veronderstelling dat de onderneming de nationale procedure had gewonnen als de oud-directeur had mogen getuigen. Het Hof kan deze veronderstelling echter niet aanvaarden zonder zelf het bewijs te beoordelen. Dit is echter een taak voor de nationale rechter en niet voor het Europese Hof. Het Hof wijst de schadeclaim dan ook af.[155] Na in Straatsburg wat zijn schadeclaim betreft met lege handen naar

151 A-263, § 73-74.
152 Zie het arrest *Schuler-Zgraggen* van 31 januari 1995 (art. 50), A-305-A, § 4 en 11.
153 Arrest *Schuler-Zgraggen* tegen Zwitserland van 31 januari 1995 (art. 50), A-305-A, § 14-15.
154 Arrest *Dombo Beheer B.V.* tegen Nederland van 27 oktober 1993, A-274, § 35.
155 Arrest *Dombo Beheer B.V.* tegen Nederland van 27 oktober 1993, A-274, § 40.

huis te zijn gestuurd, heeft Dombo zich met een actie uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) tot de civiele rechter gewend. Dit nationale vervolg zal aan de orde komen in hoofdstuk 8.

Ook in het arrest *Ruiz-Mateos* tegen Spanje heeft het Hof een schending geconstateerd van het vereiste van een 'fair hearing' in de zin van art. 6 lid 1. Het gaat om een civiele procedure waarin de klagers bezittingen terugclaimen die door de overheid zijn onteigend. De procedure voor het Constitutionele Hof was niet op tegenspraak en duurde bovendien te lang. De klagers dienen forse schadeclaims in. Het Hof overweegt echter dat niets er op wijst dat bij afwezigheid van deze schendingen het Constitutionele Hof de aangevochten wet zou hebben vernietigd en het Hof kan niet speculeren over de conclusie die de nationale rechter zou hebben bereikt. Vanwege het ontbreken van een causaal verband tussen de gestelde schade en de geconstateerde schendingen wijst het Hof de schadeclaims af.[156]

In het arrest *Hentrich* heeft het Hof schendingen geconstateerd van art. 6 lid 1 (redelijke termijn en 'equality of arms') en van art. 1 Prot. No. 1. De immateriële schade acht het Hof goedgemaakt door de constatering van deze schendingen. De kwestie van materiële schade wordt aangehouden.[157]

In twee zaken tegen Spanje heeft het Hof een schending van art. 6 lid 1 geconstateerd, aangezien de hogere rechter heeft verzuimd om in zijn uitspraak in een civiele procedure in te gaan op een voor de rechter in eerste instantie opgeworpen stelling. Het Hof meent dat de constatering van deze inbreuk de klagers voldoende genoegdoening biedt.[158] In het arrest *Kerojärvi* stelt het Hof een schending vast van art. 6 lid 1, aangezien de Finse Hoge Raad heeft nagelaten maatregelen te treffen om de processtukken ter beschikking te stellen van de klager. Volgens het Hof is niet aangetoond dat de klager hierdoor immateriële schade heeft geleden en het overweegt dat de constatering van een verdragsschending in dit verband voldoende genoegdoening biedt.[159]

Art. 6 lid 2

In het arrest *Minelli* acht het Hof de veroordeling van de klager in de proceskosten zonder wettelijk bewijs van schuld in strijd met het vermoeden van onschuld uit art. 6 lid 2. Het Hof overweegt dat de klager hierdoor mogelijk enige immateriële schade

156 Arrest *Ruiz-Mateos* tegen Spanje van 23 juni 1993, A-262, § 70.

157 Zie het arrest *Hentrich* tegen Frankrijk van 22 september 1994, A-296-A; zie voor het vervolg hieronder bij art. 1 van Protocol No. 1 in § 6.6.

158 Zie de op 9 december 1994 tegen Spanje gewezen arresten *Ruiz Torija*, A-303-A, § 33 en *Hiro Balani*, A-303-B, § 31. In het arrest *Ruiz Torija* heeft de klager tevens een materiële schadeclaim ingediend. Het Hof wijst deze claim echter af, aangezien het niet kan speculeren over de uitkomst van de nationale procedure, indien de vereisten van art. 6 wel in acht waren genomen, zie A-303-A, § 33.

159 Arrest *Kerojärvi* tegen Finland van 19 juli 1995, A-326, § 46.

heeft geleden, maar dat deze schade voldoende is gecompenseerd door de geconstateerde schending van art. 6 lid 2.[160]

In het arrest *Sekanina* heeft het Hof een schending van de onschuldpresumptie geconstateerd in verband met de beslissingen van de Oostenrijkse rechter, waarbij de klager na te zijn vrijgesproken compensatie werd geweigerd voor de door hem ondergane voorlopige hechtenis.[161]

Het Hof benadrukt dat art. 6 lid 2 aan een persoon verdacht van een strafbaar feit geen recht op schadevergoeding biedt voor een voorlopige hechtenis die is opgelegd in overeenstemming met de vereisten van art. 5. Verder merkt het Hof op dat er een grote verscheidenheid bestaat tussen de wettelijke bepalingen in Europese landen die voorzien in compensatie in geval van vrijspraak van een persoon die in voorlopige hechtenis zit. In de meerderheid van deze landen is de toekenning van schadevergoeding afhankelijk van het gedrag van de eiser vóór of tijdens het proces of staat deze toekenning ter beoordeling van de rechter. Bovendien overweegt het Hof dat de onderhavige zaak ondanks enige overeenkomsten niet valt onder de situatie geregeld in art. 3 van het Zevende Protocol, aangezien dit artikel slechts van toepassing is op de persoon die een straf heeft ondergaan ten gevolge van een gerechtelijke misslag.[162]

In casu heeft de rechter die over de toekenning van schadevergoeding moest beslissen de schuld van de klager onderzocht aan de hand van het dossier van de rechter die hem reeds heeft vrijgesproken. Eerstgenoemde rechter komt tot de conclusie dat er nog steeds verdenking bestaat tegen de klager en weigert de gevraagde schadevergoeding. Het Hof acht het niet toelaatbaar zich op dergelijke verdenkingen te baseren, terwijl de verdachte reeds is vrijgesproken. Hiermee is inbreuk gemaakt op het vermoeden van onschuld uit art. 6 lid 2. De klager claimt diverse bedragen als vergoeding voor de materiële schade (onder meer inkomstenderving) die hij heeft geleden ten gevolge van zijn detentie. Tevens heeft zijn advocaat gewezen op het verlies van andere kansen, dat is veroorzaakt door de schending van art. 6 lid 2. Het Hof wijst de schadeclaim echter af vanwege het ontbreken van een causaal verband tussen de geconstateerde schending en de gestelde schade. Deze schending had immers geen betrekking op de rechtmatigheid van de voorlopige hechtenis.[163]

In het arrest *Allenet de Ribemont* betreft het een klager die, terwijl hij in voorlopige hechtenis zat, op een persconferentie door de minister van Binnenlandse Zaken en enkele hoge politie-ambtenaren werd beschuldigd van betrokkenheid bij de moord op een parlementslid. Twee Franse televisiekanalen deden verslag van deze persconferentie. Na enige maanden in hechtenis te hebben gezeten, werd de klager vrijgelaten en de aanklacht tegen hem ingetrokken. Het Hof constateert dat door deze gang van

160 Arrest *Minelli* tegen Italië van 25 maart 1983, A-62, § 44.
161 Arrest *Sekanina* tegen Oostenrijk van 25 augustus 1993, A-266-A.
162 A-266-A, § 25.
163 A-266-A, § 33-35.

zaken de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 is geschonden. Tevens constateert het Hof een inbreuk op art. 6 lid 1, aangezien de door de klager in gang gezette procedure tot schadevergoeding te lang (bijna twaalf jaar) heeft geduurd.[164] Het Hof kent de materiële schadeclaim van de klager gedeeltelijk toe. Het erkent dat de ernstige beschuldigingen aan zijn adres ongetwijfeld het vertrouwen in hem hebben verminderd bij de mensen waar hij zaken mee deed. Verder is het Hof van oordeel dat de klager immateriële schade heeft geleden door de inbreuk op art. 6 lid 1 en met name door het met voeten treden van de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2. Het Hof kent voor de totale schade twee miljoen FF toe.[165]

Art. 6 lid 3(c)

Het recht van een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld om zich zelf te verdedigen of daarbij de bijstand te hebben van een advocaat, zoals vastgelegd in art. 6 lid 3(c), heeft het Hof in een vijftiental arresten geschonden geacht. In vijf zaken heeft het Hof voor de hierdoor geleden immateriële schade een financiële compensatie toegekend;[166] in zeven arresten heeft het Hof volstaan met een declaratoire uitspraak;[167] in twee zaken had de klager slechts een kostenclaim ingediend,[168] terwijl in één zaak de schadeclaim werd afgewezen.[169]

In de zaak *Goddi* stelt de klager dat zijn veroordeling lager zou zijn uitgevallen als hij de bijstand van een raadsman had gehad. Het Hof kan een dergelijke categorische bewering niet accepteren, maar het is wel zo dat de veroordeling in eerste aanleg in hoger beroep aanmerkelijk werd verhoogd. Deze uitkomst zou mogelijk anders zijn geweest, indien de klager een praktische en effectieve verdediging had gehad. Een dergelijke 'loss of real opportunities' rechtvaardigt de toekenning van een billijke genoegdoening. Het Hof kent de klager vijf miljoen Italiaanse lire toe, mede voor de

164 Arrest *Allenet de Ribemont* tegen Frankrijk van 10 februari 1995, A-308.

165 Arrest *Allenet de Ribemont* tegen Frankrijk van 10 februari 1995, A-308, § 62.

166 Zie de arresten *Artico* tegen Italië van 13 mei 1980, A-37, § 47-48; *Goddi* tegen Italië van 9 april 1984, A-76, § 35-36; *Granger* tegen het Verenigd Koninkrijk van 28 maart 1990, A-174, § 52; *Quaranta* tegen Zwitserland van 24 mei 1991, A-205, § 43 en *S* tegen Zwitserland van 28 november 1991, A-220, § 55.

167 Zie de arresten *Pakelli* tegen Duitsland van 25 april 1983, A-64, § 46; *Alimena* tegen Italië van 19 februari 1991, A-195-D, § 23; *Pham Hoang* tegen Frankrijk van 25 september 1992, A-243, § 45 (op verzoek van de klager); *Lala* tegen Nederland van 22 september 1994, A-297-A, § 38; *Pelladoah* tegen Nederland van 22 september 1994, A-297-B, § 44; *Boner* tegen het Verenigd Koninkrijk van 28 oktober 1994, A-300-B, § 46; *Maxwell* tegen het Verenigd Koninkrijk van 28 oktober 1994, A-300-C, § 43 en *Benham* tegen het Verenigd Koninkrijk van 10 juni 1996, § 68, *RJD* 1996.

168 Zie de arresten *Öztürk* tegen Duitsland van 23 oktober 1984 (art. 50), A-85, § 8-9 (kostenclaim afgewezen) en *Kremzow* tegen Oostenrijk van 21 september 1993, A-268-B, § 83-85 (gedeeltelijke kostenvergoeding).

169 Arrest *Poitrimol* tegen Frankrijk van 23 november 1993, A-277-A, § 42.

immateriële schade die hij zonder twijfel heeft geleden door de schending van art. 6 lid 3(c).[170]

In enkele arresten wijst het Hof de materiële schadeclaim af vanwege het ontbreken van een causaal verband met de geconstateerde verdragsschending. Zo overweegt het Hof in het arrest *Granger*:

> 'The Court cannot speculate as to what the outcome of Mr. Granger's appeal would have been if he had been legally aided. As the Government pointed out, even in that event the grounds of appeal which would have been argued would have been the same (...); it cannot therefore be assumed that the result would have been more favourable to the applicant. The Court thus agrees with the Government that no causal link has been established between the violation of Article 6 and the alleged pecuniary damage.'[171]

In twee arresten tegen Nederland heeft het Hof een schending geconstateerd van art. 6 lid 3(c), aangezien het gerechtshof de advocaat van de niet verschenen verdachte niet heeft toegestaan namens hem het woord ter verdediging te voeren. In beide gevallen heeft het Hof de constatering van een inbreuk op de vereisten van art. 6 voldoende genoegdoening geacht voor de door de klagers geleden immateriële schade.[172]

Art. 6 lid 3(d)

Het recht van een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld om de getuigen à charge te ondervragen of te doen ondervragen, zoals vastgelegd in art. 6 lid 3(d), heeft het Hof in een achttal arresten geschonden geacht.[173] In één arrest heeft het Hof een financiële compensatie toegekend voor materiële en immateriële schade,[174] in twee arresten betreft het een toekenning voor de 'loss of opportunities' alsmede voor immateriële schade[175] en in twee arresten heeft het Hof volstaan met een declaratoire

170 Arrest *Goddi* tegen Italië van 9 april 1984, A-76, § 35-36.

171 Arrest *Granger* tegen het Verenigd Koninkrijk van 28 maart 1990, A-174, § 52; zie ook de arresten *Quaranta* tegen Zwitserland van 24 mei 1991, A-205, § 43; *Pham Hoang* tegen Frankrijk van 25 september 1992, A-243, § 44; *Poitrimol* tegen Frankrijk van 23 november 1993, A-277-A, § 42 en *Maxwell* tegen het Verenigd Koninkrijk van 28 oktober 1994, A-300-C, § 43.

172 Zie de arresten *Lala* en *Pelladoah* tegen Nederland van 22 september 1994, A-297-A, § 38 en A-297-B, § 44.

173 In deze arresten is tevens sprake van een schending van art. 6 lid 1.

174 Arrest *Unterpertinger* tegen Oostenrijk van 24 november 1986, A-110, § 35.

175 Arresten *Delta* tegen Frankrijk van 19 december 1990, A-191, § 43 en *Vidal* tegen België van 28 oktober 1992 (art. 50), A-235-E, § 9.

uitspraak.[176] In de andere arresten heeft de klager slechts een kostenclaim ingediend,[177] is na het arrest in de hoofdzaak alsnog een schikking tot stand gekomen[178] of heeft het Hof de claim voor een billijke genoegdoening afgewezen.[179]

In de zaak *Unterpertinger* werd de klager veroordeeld op basis van verklaringen bij de politie van naaste familieleden die werden voorgelezen op de zitting, nadat deze familieleden gebruik hadden gemaakt van hun verschoningsrecht. De klager werd volgens het Hof veroordeeld – voor mishandeling van zijn stiefdochter en zijn vrouw – op een manier die niet in overeenstemming was met de vereisten van art. 6. Zijn veroordeling was voornamelijk op deze verklaringen gebaseerd. Als gevolg hiervan bracht hij zes maanden in gevangenschap door en dit heeft hem een inkomstenderving van 28.000 Oostenrijkse Schillings bezorgd. Tevens moet de klager immateriële schade hebben geleden door zijn detentie. Het Hof kent een bedrag van 100.000 Oostenrijkse Schillings toe voor de gehele schade.[180]

In de zaak *Windisch* was de veroordeling van de klager grotendeels gebaseerd op verklaringen van twee anonieme getuigen die alleen waren gehoord, bij afwezigheid van de verdachte en zijn advocaat, door de politie en niet door de rechter. Het Hof heeft de kwestie van art. 50 aangehouden in verband met de mogelijkheid volgens Oostenrijks recht, dat de zaak van de klager door de procureur-generaal wordt heropend.[181] De vervolgens in Oostenrijk heropende procedure heeft volgens het Hof de geconstateerde verdragsschending goedgemaakt. In deze procedure werd de oorspronkelijke veroordeling van de klager vernietigd. In een nieuwe strafprocedure werd hij met inachtneming van alle garanties uit art. 6 – in het bijzonder maakten de twee anonieme getuigen hun identiteit bekend – tot een zelfde straf veroordeeld. Ten aanzien van de materiële schadeclaim van de klager is het Hof van mening, dat de nieuwe procedure in Oostenrijk en het feit dat de reeds door de klager in detentie doorgebrachte tijd hierbij volledig in beschouwing is genomen een situatie in het leven hebben gebracht die zo dicht als mogelijk in de buurt komt van *restitutio in integrum*. Het Hof wijst de schadeclaim dan ook af.[182]

In de zaak *Vidal* werd de klager veroordeeld tot vier jaar gevangenisstraf, terwijl door de verdediging voorgestelde getuigen à decharge niet door de rechter werden

176 Arresten *Bricmont* tegen België van 7 juli 1989, A-158, § 99 (tevens schending van art. 6 lid 3 onder b) en *Saïdi* tegen Frankrijk van 20 september 1993, A-261-C, § 49.

177 Arrest *Lüdi* tegen Zwitserland van 15 juni 1992, A-238, § 52-53.

178 Arrest *Kostovski* tegen Nederland van 29 maart 1990 (art. 50), A-170-B (toekenning *f* 150.000).

179 Arrest *Windisch* tegen Oostenrijk van 28 juni 1993 (art. 50), A-255-D, § 14-15.

180 Arrest *Unterpertinger* tegen Oostenrijk van 24 november 1986, A-110, § 35.

181 Arrest *Windisch* tegen Oostenrijk van 27 september 1990, A-186; de procureur-generaal heeft na het arrest van het Hof in het bovengenoemde arrest *Unterpertinger* van deze mogelijkheid gebruik gemaakt.

182 Arrest *Windisch* tegen Oostenrijk van 28 juni 1993 (art. 50), A-255-D, § 14; vgl. het arrest *Piersack* tegen België van 26 oktober 1984 (art. 50), A-85, § 11.

opgeroepen. Op verzoek van de klager heeft het Hof de kwestie aangehouden met het oog op de mogelijkheden die het Belgische recht biedt om de gevolgen van de schending van art. 6 te herstellen en de mogelijkheid van een schikking tussen klager en regering.[183] De klager en de regering zijn echter na dit arrest geen schikking kunnen overeenkomen. Art. 441 van het Belgische Wetboek van Strafvordering, dat voorziet in de mogelijkheid van vernietiging van rechterlijke handelingen die in strijd zijn met de wet, heeft evenmin toepassing gevonden. Het Hof kent de klager 250.000 BF toe voor de geleden 'loss of real opportunities' alsmede voor immateriële schade.[184]

In de zaak *Kostovski* was de veroordeling van de klager voor een gewapende overval voor een belangrijk deel gebaseerd op de verklaringen van twee anonieme getuigen. De klager claimt *f*150.000 als vergoeding voor de immateriële schade die hij heeft geleden door zijn ongerechtvaardigde vrijheidsberoving. Het Hof kan het verweer van de regering, dat deze schade niet is veroorzaakt door de schending van art. 6 niet accepteren: 'The applicant's detention was the direct consequence of the establishment of his guilt, which was affected in a manner that did not comply with the requirements of Article 6.' Het Hof is echter niet door de partijen geïnformeerd over de vraag of, en zo ja in hoeverre het Nederlands recht de mogelijkheid biedt om de gevolgen van de verdragsschending goed te maken. Het Hof houdt daarom de kwestie van art. 50 aan.[185] Na dit arrest zijn de klager en de Nederlandse regering een schikking overeengekomen, waarbij de claim van Kostovski ad *f*150.000 wordt toegekend.[186]

In de zaak *Delta* was de veroordeling van de klager wegens beroving van twee zestienjarige meisjes in de Parijse metro in beslissende mate gebaseerd op verklaringen van de twee slachtoffers die werden ondervraagd door de politie, maar niet werden gehoord door de rechter die over het strafbare feit moest oordelen. De klager claimt vergoeding van materiële schade in verband met de door zijn detentie veroorzaakte inkomstenderving. Tevens claimt hij vergoeding van de door de schending van art. 6 en zijn vrijheidsberoving veroorzaakte immateriële schade ('feelings of distress'). Het Hof overweegt dat de toekenning van een billijke genoegdoening in casu slechts kan worden gebaseerd op het feit dat de klager niet alle garanties van art. 6 heeft genoten. Alhoewel het Hof niet kan speculeren over de uitkomst van de nationale procedure als deze garanties wel in acht zouden zijn genomen, vindt het Hof het niet onredelijk om te oordelen dat de klager hierdoor een 'loss of real opportunities' heeft geleden. Het kent hem 100.000 FF toe voor de gehele door hem geleden schade.[187]

183 Arrest *Vidal* tegen België van 22 april 1992, A-235-B.
184 Arrest *Vidal* tegen België van 28 oktober 1992 (art. 50), A-235-E, § 9.
185 Arrest *Kostovski* tegen Nederland van 20 november 1989, A-166, § 48.
186 Arrest *Kostovski* tegen Nederland van 29 maart 1990 (art. 50), A-170-B.
187 Arrest *Delta* tegen Frankrijk van 19 december 1990, A-191, § 43.

In schril contrast met deze toekenning staat de uitspraak in de zaak *Saïdi*, waarin de klager met lege handen naar huis werd gestuurd.[188] In deze zaak was de veroordeling van de klager wegens drugsdelicten uitsluitend gebaseerd op verklaringen van getuigen waarmee hij niet werd geconfronteerd. Primair verzoekt de klager een nieuw proces en subsidiair, als het Hof hier niet in mee wil gaan, vraagt hij zijn veroordeling te schrappen uit het strafregister. Het Hof overweegt dat het verdrag niet de bevoegdheid geeft om de Franse staat te gebieden om een nieuw proces te voeren, noch om enige van de gevraagde administratieve maatregelen te nemen. Verder heeft de klager een compensatie van 1.000.000 FF geclaimd als compensatie voor zijn vrijheidsberoving die hij heeft moeten ondergaan ten gevolge van de veroordeling door de Franse rechter. Het Hof overweegt, net als in het arrest *Delta*, dat het niet kan speculeren over de vraag of de nationale procedure een andere uitkomst zou hebben gehad, als art. 6 niet was geschonden. Echter, in tegenstelling tot laatstgenoemd arrest acht het Hof in de omstandigheden van het geval de constatering van een schending van art. 6 voldoende billijke genoegdoening voor de klager. Dit is op zijn zachtst gezegd opmerkelijk, aangezien het Hof in vergelijkbare zaken wel een financiële compensatie heeft toegekend. De gedelegeerde van de Commissie had in casu dan ook terecht voorgesteld om de klager een substantieel bedrag te betalen gezien de compensatie die in vergelijkbare zaken is toegekend.[189]

6.3.6 Eigen standpunt

Ten aanzien van de materiële schadeclaim van een slachtoffer van een schending van een procedurele garantie uit het verdrag, lijkt het mij een goede zaak dat het Hof de kwestie van art. 50 aanhoudt, indien een nationale mogelijkheid van herstel openstaat. Een goed voorbeeld hiervan vormt het bovengenoemde arrest *Windisch*, waarin de klager door de na het arrest in de hoofdzaak gevoerde nationale procedure een resultaat verkreeg dat zeer dicht in de buurt kwam van een *restitutio in integrum*. Dit is niet alleen een mogelijkheid in strafprocedures maar evenzeer in een civiele procedure waarin niet alle procedurele garanties uit het EVRM in acht zijn genomen, zoals blijkt uit het arrest *Schuler-Zgraggen*. Wel dient als voorwaarde te worden gesteld dat deze nationale herstelmogelijkheid niet te lang op zich laat wachten. In het reeds genoemde arrest *Barberà, Messegué en Jabardo* heeft dit nationale vervolg te lang geduurd, waardoor het Hof de kwestie van de toepassing van art. 50 ruim vijf jaar heeft moeten aanhouden.[190] Een dergelijke gang van zaken lijkt mij niet in overeenstemming met het doel van het verdrag, namelijk een effectieve mensenrechtenbescherming, zoals

188 Arrest *Saïdi* tegen Frankrijk van 20 september 1993, A-261-C.

189 A-261-C, § 46-49.

190 Zie de arresten *Barberà, Messegué en Jabardo* tegen Spanje van 6 december 1988, A-146 en van 13 juni 1994 (art. 50), A-285-C.

het Hof zelf ook aangeeft.[191] Het verdient mijns inziens aanbeveling dat het Hof de kwestie weer zelf ter hand neemt, als er te lang niets gebeurt op het nationale vlak. Een termijn van een jaar lijkt redelijk in dit verband.

Deze mogelijkheid van nationaal herstel biedt mijns inziens echter geen soelaas voor de door de klager ten gevolge van de verdragsschending geleden immateriële schade. Het lijkt mij in overeenstemming met het doel van het verdrag, namelijk een effectieve mensenrechtenbescherming, dat het Hof deze kwestie zelf afdoet en niet te gemakkelijk volstaat met de constatering van een verdragsschending als voldoende billijke genoegdoening in de zin van art. 50 EVRM.[192]

Tevens zijn gevallen voorstelbaar waarin het Hof bij inbreuk op procedurele garanties de zaak zelf afdoet en op deze wijze een *restitutio in integrum* verschaft. In het bijzonder valt hier te denken aan de schending van het vereiste van behandeling door een onafhankelijke en onpartijdige rechter. Het EHRM zou dan als onafhankelijke en onpartijdige rechter de materiële rechtsvraag in casu kunnen beslissen. Voorwaarde is wel dat deze rechtsvraag relatief eenvoudig te beantwoorden is. Indien het Hof door de zaak zelf af te doen een *restitutio in integrum* verschaft, is er alle reden voor het Hof om te volstaan met de constatering dat zijn uitspraak voldoende genoegdoening biedt in de zin van art. 50 EVRM.

Het zelf in de zaak voorzien door het Hof ligt niet voor de hand in geval van overschrijding van de redelijke termijn, aangezien een *restitutio in integrum* dan onmogelijk is; een financiële genoegdoening kan het leed dan enigszins verzachten.

Het is opvallend dat het Hof geregeld zeer scherpe eisen stelt aan de naleving van bepaalde procedurele garanties, terwijl het later bij de toepassing van art. 50 de inbreuk blijkbaar toch niet zo ernstig vindt dat een financiële schadevergoeding op haar plaats is. Het reeds genoemde arrest *Abdoella* over de redelijke termijn in de Nederlandse strafprocedure illustreert een en ander op treffende wijze. In casu verliep een periode van tien maanden tussen het wijzen van het arrest door het gerechtshof en het doorsturen van het dossier naar de Hoge Raad en na verwijzing bedroeg dit tijdsverloop opnieuw ruim elf maanden. Het Hof meent dat hiermee het vereiste van berechting binnen een redelijke termijn ex art. 6 lid 1 is geschonden.[193] De klager claimt *f* 150 per dag die hij in detentie doorbracht van 29 oktober 1986 (= de datum waarop het Hof Amsterdam besloot zijn voorlopige hechtenis niet op te heffen of te schorsen) tot zijn vrijlating op 22 december 1989. Hij claimt in totaal *f* 172.350 als vergoeding voor geleden immateriële schade. Alhoewel de in voorlopige hechtenis doorgebrachte tijd werd afgetrokken van de uiteindelijk opgelegde straf, accepteert het Hof dat de klager mogelijk bloot heeft gestaan aan enige frustratie en ongerustheid.

191 A-285-C, § 17; zie uitgebreider over deze zaak hoofdstuk 4 § 4.4.3.

192 Zie verder voor de kritiek op de declaratoire uitspraken hoofdstuk 5 § 5.1.2 en hieronder § 6.7.

193 Arrest *Abdoella* tegen Nederland van 25 november 1992, A-248-A.

Het Hof acht echter de vaststelling van een schending van art. 6 lid 1 voldoende billijke genoegdoening voor de immateriële schade. Naar mijn mening meet het Hof hier met twee maten: enerzijds dient de Nederlandse strafprocedure aan strenge eisen te voldoen, anderzijds acht het Hof de gevolgen van een inbreuk op deze vereisten blijkbaar zo gering, dat het niet nodig is het slachtoffer in financiële zin genoegdoening te verschaffen.[194]

6.4 Art. 8: recht op privéleven en familie- en gezinsleven

Op grond van art. 8 lid 1 heeft een ieder recht op eerbiediging van zijn privéleven, zijn familie- of gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie. Bij de behandeling van de jurisprudentie met betrekking tot de kwestie van art. 50 wordt eerst gekeken naar het recht op privéleven, woning en correspondentie (in § 6.4.1) en vervolgens naar het recht op familie- en gezinsleven (in § 6.4.2).

6.4.1 Recht op eerbiediging privéleven, woning en correspondentie

Privéleven

Het Hof heeft het recht op eerbiediging van het privéleven in een kleine tien arresten geschonden geacht. Uit deze arresten blijkt dat art. 8 de overheid niet alleen verplicht zich te onthouden van inmenging in het privéleven, maar dat uit dit artikel onder omstandigheden ook *positieve verplichtingen* kunnen volgen op grond waarvan juist actief overheidsoptreden is geboden. Zo is in het arrest *X en Y* tegen Nederland de schending van art. 8 veroorzaakt door de onmogelijkheid om op basis van de vigerende Nederlandse wetgeving een strafvervolging in te stellen tegen de dader van een sexueel vergrijp ten aanzien van een zestienjarig, geestelijk gehandicapt meisje, dat zelf niet in staat was de voor vervolging vereiste klacht in te dienen. Het Hof acht de Nederlandse staat verantwoordelijk voor deze lacune in de wetgeving en kent het meisje een billijke genoegdoening toe van *f*3.000 voor de door de schending van art. 8 geleden immateriële schade.[195]

In het arrest *Gaskin* komen eveneens de uit art. 8 voortvloeiende positieve verplichtingen aan de orde. In casu gaat het om de weigering om de klager, die tijdens zijn minderjarigheid onder toezicht heeft gestaan, inzage te verlenen in de over hem bijgehouden dossiers. Het Hof acht het recht op eerbiediging van het privéleven van

194 Zie in dit verband ook de noot van E.A. Alkema onder dit arrest, *NJ* 1993, 24.

195 Arrest *X en Y* tegen Nederland van 25 maart 1985, A-91, § 40; vlak voor het wijzen van dit arrest heeft de Nederlandse wetgever de betreffende lacune in het Wetboek van Strafrecht weggenomen, zie uitgebreid over deze zaak Van Emmerik 1989, p. 59-71 (op p. 67-68).

de klager ex art. 8 geschonden, aangezien er geen onafhankelijke instantie voorhanden was die uiteindelijk kon beslissen over het wel of niet mogen inzien van het dossier. Een dergelijke procedure is immers van belang in geval een informant zijn toestemming tot inzage heeft onthouden, dan wel in het geheel niet gereageerd heeft op het verzoek tot inzage. De klager claimt zowel vergoeding van materiële (inkomstenderving) als van immateriële schade ('anxiety and distress'). De materiële schadeclaim wijst het Hof af, aangezien niet is bewezen dat de achtergehouden documenten zouden zijn vrijgegeven, indien de bovenbedoelde procedure voorhanden was geweest, en als dit wel het geval was geweest, of dit dan gunstige effecten op zijn toekomstige verdiensten zou hebben gehad. Het Hof erkent dat Gaskin door het ontbreken van de bedoelde procedure enige 'emotional distress and anxiety' kan hebben geleden en kent hem op grond van art. 50 £5.000 toe.[196]

Ook in het arrest *B* tegen Frankrijk zijn de positieve verplichtingen ex art. 8 in het geding. De klaagster, transsexueel, is als man geboren maar heeft zich altijd vrouw gevoeld. Inmiddels heeft zij een geslachtsveranderende operatie ondergaan. De Franse autoriteiten hebben geweigerd haar echte sexuele identiteit te erkennen, in het bijzonder de door haar gewenste wijziging in haar civiele status. Het Hof acht het recht op eerbiediging van haar privéleven ex art. 8 geschonden. Het slachtoffer claimt vergoeding van materiële (inkomstenderving) en immateriële schade. De materiële schadeclaim wijst het Hof af, aangezien zij gedurende lange tijd werk heeft gehad en de problemen bij het vinden van werk, veroorzaakt door het prijsgeven van haar identiteit, blijkbaar niet onoverkomelijk waren. Het Hof overweegt dat de klaagster immateriële schade heeft geleden door de inbreuk op art. 8 en kent haar 100.000 FF toe.[197]

In een aantal arresten heeft het Hof een schending aangenomen van het recht op eerbiediging van het privéleven van homosexuele klagers. De schending is veroorzaakt door het bestaan van wetten die bepaalde vrijwillige, homosexuele handelingen in de privésfeer tussen volwassen mannen verboden. In deze arresten heeft het Hof de constatering van een schending van art. 8 voldoende billijke genoegdoening in de zin van art. 50 geacht.[198]

In drie zaken betreffende de toepassing van dwangmiddelen op derden waarbij inbreuk is gemaakt op het privéleven van de klager, heeft het Hof de constatering van

196 Arrest *Gaskin* tegen het Verenigd Koninkrijk van 7 juli 1989, A-160, § 58.

197 Arrest *B* tegen Frankrijk van 25 maart 1992, A-232-C, § 67.

198 Arresten *Dudgeon* tegen het Verenigd Koninkrijk van 24 februari 1983 (art. 50), A-59, § 18; *Norris* tegen Ierland van 26 oktober 1988, A-142, § 50 en *Modinos* tegen Cyprus van 22 april 1993, A-259, § 30. In het arrest *Dudgeon* hecht het Hof waarde aan een wetswijziging die volgens het Hof grotendeels tegemoet komt aan de wensen van de klager; zie voor kritiek in dit verband hoofdstuk 5 § 5.1.2.

een schending van art. 8 voldoende compensatie geacht voor de geleden immateriële schade.[199]

In het arrest *Burghartz* heeft het Hof het naamrecht onder de bescherming van art. 8, het recht van een ieder op respect voor zijn privéleven en zijn familie- en gezinsleven, gebracht. In casu levert de onmogelijkheid van de eerste klager om zijn achternaam voor die van zijn vrouw te zetten een schending op van art. 14 j° art. 8 EVRM. De klagers hebben slechts een kostenclaim ingediend, die gedeeltelijk door het Hof wordt gehonoreerd.[200]

Correspondentie

Het Hof heeft in een tiental arresten een schending aangenomen van het recht van een ieder op respect voor zijn correspondentie, zoals neergelegd in art. 8. In deze gevallen betreft het een schending van het briefgeheim van personen die van hun vrijheid zijn beroofd, in het bijzonder bestaande in het (ver)hinderen van het briefverkeer met hun advocaat.

In een van deze zaken heeft de klager slechts een kostenclaim ingediend.[201] In een andere zaak wijst het Hof de immateriële schadeclaim van de klager af vanwege het ontbreken van een direct verband tussen deze schade en de in strijd met art. 8 gemaakte inbreuk op het briefgeheim.[202] In één arrest heeft het Hof financiële compensatie toegekend voor immateriële schade, mede veroorzaakt door schendingen van de artikelen 5 lid 4 en 10.[203] In de overige arresten heeft het Hof volstaan met de

199 Zie de arresten *Kruslin* tegen Frankrijk van 24 april 1990, A-176-A, § 39 (telefoontap); *Niemietz* tegen Duitsland van 16 december 1992, A-251-B, § 43 (huiszoeking in kantoor advocaat) en *A* tegen Frankrijk van 23 november 1993, A-277-B, § 42 (telefoontap).

200 Arrest *Burghartz* tegen Zwitserland van 22 februari 1994, A-280-B, § 32-33.

201 Arrest *Boyle en Rice* tegen het Verenigd Koninkrijk van 27 april 1988, A-131, § 89-91.

202 Arrest *Pfeifer en Plankl* tegen Oostenrijk van 25 februari 1992, A-227, § 51 (de tweede klager, *Plankl*, had 10.000 Oostenrijkse Schillings geclaimd voor de psychische gevolgen veroorzaakt door de condities van zijn gevangenhouding).

203 Arrest *Herczegfalvy* tegen Oostenrijk van 24 september 1992, A-242-B, § 100; in casu was de schending van art. 8 veroorzaakt door het feit dat alle uitgaande post van de klager, die gedwongen was opgenomen in een psychiatrisch ziekenhuis, voor selectie naar zijn curator werd verstuurd. Het Hof kent voor deze schending en de inbreuken op de artikelen 5 lid 4 en 10 een schadevergoeding van 100.000 Oostenrijkse Schillings toe.

constatering van een schending van art. 8 als billijke genoegdoening in de zin van art. 50.[204]

Opvallend is dat het Hof in geval van schending van het briefgeheim van gedetineerden zelden een financiële compensatie toekent, terwijl het toch geregeld om ernstige inbreuken op dit recht gaat. Zo gaat het in het arrest *Campbell* om een klager die tot levenslange gevangenisstraf is veroordeeld, onder meer vanwege de moord op zes mensen. De gevangenisautoriteiten in Schotland hebben de correspondentie met zijn advocaat en met de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens gecontroleerd. Het Hof acht de constatering van een schending van art. 8 in de omstandigheden van het geval voldoende billijke genoegdoening in de zin van art. 50.[205] In het arrest *Silver en anderen* overweegt het Hof:

> 'It is true that those applicants who were in custody may have experienced some annoyance and sense of frustration as a result of the restrictions that were imposed on particular letters.
> It does not appear, however, that this was of such intensity that it would in itself justify an award of compensation for non-pecuniary damage.'[206]

Woning

Het recht op eerbiediging van de woning uit art. 8 heeft het Hof in drie arresten geschonden geacht. Het Hof acht dit recht van het echtpaar *Gillow* geschonden, onder meer aangezien zij na een verblijf van negentien jaar in het buitenland geen vergunning kregen om hun huis op Guernsey weer te bewonen. Tijdens hun afwezigheid verhuurden de heer en mevrouw Gillow hun huis aan diverse bewoners, maar zij bleven eigenaar en lieten meubilair in het huis achter. Na terugkomst kregen zij geen vergunning om er te wonen, aangezien zij niet aan alle vereisten hiervoor voldeden, waarvan er enkele tijdens hun afwezigheid in de wet waren opgenomen.[207]

204 Zie de arresten *Golder* tegen het Verenigd Koninkrijk van 21 februari 1975, A-18, § 46 (tevens schending van art. 6 lid 1); *Silver en anderen* tegen het Verenigd Koninkrijk van 24 oktober 1983 (art. 50), A-67, § 10 (tevens schending van art. 6 lid 1 en 13); *Schönenberger en Durmaz* tegen Zwitserland van 20 juni 1988, A-137, § 36; *McCallum* tegen het Verenigd Koninkrijk van 30 augustus 1990, A-183, 37; *Campbell* tegen het Verenigd Koninkrijk van 25 maart 1992, A-233, § 70; *Calogero Diana* tegen Italië van 15 november 1996, § 44, *RJD* 1996 (tevens schending art. 13) en *Domenichini* tegen Italië van 15 november 1996, § 45, *RJD* 1996 (tevens schending art. 6 lid 3 (b) en 13).

205 Arrest *Campbell* tegen het Verenigd Koninkrijk van 25 maart 1992, A-233, § 70.

206 Arrest *Silver en anderen* tegen het Verenigd Koninkrijk van 24 oktober 1983 (art. 50), A-67, § 10.

207 Arrest *Gillow* tegen het Verenigd Koninkrijk van 24 november 1986, A-109.

Het Hof kent een bescheiden bedrag toe voor de door het echtpaar Gillow geleden materiële schade en £10.000 voor de door de inbreuk op het recht op eerbiediging van hun woonrecht geleden immateriële schade.[208]

In het arrest *López Ostra* heeft het Hof een schending van het recht op eerbiediging van de woning in combinatie met het recht op privé- en familieleven geconstateerd. Deze inbreuken zijn veroorzaakt door de overlast die klaagster heeft ondergaan van een vlak naast haar huis gelegen vuilverwerkingsfabriek, die zonder de vereiste vergunning in bedrijf was. Het Hof erkent dat de klaagster enige materiële schade moet hebben geleden door het feit dat haar huis minder waard werd en zij moest verhuizen. Zij heeft ongetwijfeld immateriële schade geleden: naast de luchtvervuiling, geluidsoverlast en de stank heeft zij ook geestelijk geleden onder het voortduren van de situatie en het feit dat de gezondheid van haar dochter verslechterde. De genoemde schadeposten lenen zich volgens het Hof niet voor precieze begroting. Op billijke basis kent het in totaal vier miljoen Peseta's toe.[209]

In het arrest *Akdivar* heeft het Hof schendingen geconstateerd van art. 8 en art. 1 Protocol No. 1 in verband met het platbranden van huizen van Koerden. Het Hof heeft de kwestie van schadevergoeding aangehouden.[210]

6.4.2 Recht op eerbiediging familie- en gezinsleven

De arresten waarin het Hof een schending heeft aangenomen van het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven hebben voor een groot deel betrekking op het onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen, omgang tussen ouders en hun in het kader van een kinderbeschermingsmaatregel uit huis geplaatste kinderen, adoptie en erkenning van kinderen en op het vreemdelingenbeleid.

Onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen

In het arrest *Marckx* heeft het Hof het onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen in het Belgische recht, in het bijzonder het erfrecht, in strijd geacht met art. 14 j° 8. De symbolische schadeclaim van moeder en dochter Marckx van één Belgische Franc per persoon heeft het Hof echter afgewezen. Het Hof acht de constatering van de verdragsschending voldoende billijke genoegdoening.[211]

In het arrest *Johnston en anderen* heeft het Hof een schending geconstateerd van art. 8 door de achterstelling van de derde klaagster, een onwettig kind van de eerste

208 Arrest *Gillow* tegen het Verenigd Koninkrijk van 14 september 1987 (art. 50), A-124-C, § 15.

209 Arrest *López Ostra* tegen Spanje van 9 december 1994, A-303-C, § 65.

210 Arrest *Akdivar* tegen Turkije van 16 september 1996, § 112, *RJD*; in casu heeft het Hof eveneens een schending van art. 25 aangenomen, zie nader § 6.6.

211 Arrest *Marckx* tegen België van 13 juni 1979, A-31, § 68; zie over de kwestie van art. 50 in deze zaak uitgebreid hoofdstuk 5 § 5.1.2.

twee klagers, bij wettige kinderen. Voor de hierdoor veroorzaakte immateriële schade biedt de constatering van een schending van art. 8 voldoende billijke genoegdoening.[212]

In het arrest *Vermeire* betreft het een klaagster die werd uitgesloten van de nalatenschap van haar grootouders vanwege de 'onwettige' aard van de verwantschap. De nalatenschap van de grootmoeder viel open vóór het wijzen van het arrest *Marckx*, die van de grootvader daarna. Volgens de – toenmalige – Belgische wetgeving kon de kleindochter geen aanspraak maken op een deel van de nalatenschap. Het Hof acht art. 14 j° 8 niet geschonden ten aanzien van de nalatenschap van de grootmoeder, nu deze is opengevallen vóór het *Marckx*-arrest. De nalatenschap van de grootvader is echter opengevallen na dit arrest en volgens het Hof had de nationale rechter zich aan de bevindingen van het Hof in het arrest *Marckx* dienen te houden, aangezien wetgevende maatregelen te lang op zich hebben laten wachten. Het Hof is met de Commissie van mening dat klaagster materiële schade heeft geleden. De hoogte van deze schade is gelijk aan het aandeel uit de nalatenschap van haar grootvader, dat zij zou hebben gekregen indien zij zijn 'wettige' dochter zou zijn geweest. Bij het berekenen van het bedrag moet rekening worden gehouden met successierechten en rente. Het Hof acht de kwestie van art. 50 echter nog niet rijp voor beslissing, aangezien de regering de door de klaagster aangedragen informatie in verband met haar schadeclaim weerspreekt en houdt deze kwestie daarom aan.[213]

In zijn arrest betreffende art. 50 maakt het Hof een precieze berekening van de door de klaagster geleden materiële schade, waarbij onder meer rekening wordt gehouden met te betalen successierechten en wettelijke rente vanaf het moment van openvallen van de nalatenschap. Het Hof kent Astrid Vermeire 22.192.511 BF toe bij wijze van vergoeding van materiële schade, plus wettelijke rente vanaf 1 oktober 1993.[214]

Kinderbeschermingsmaatregelen en omgang

In een aantal arresten heeft het Hof een inbreuk op het recht op gezinsleven geconstateerd in verband met de omgang tussen ouders en hun in het kader van een ondertoezichtstelling uithuisgeplaatste kinderen.

In de arresten *H, W, B en R* tegen het Verenigd Koninkrijk acht het Hof naast art. 8 ook een inbreuk aanwezig op art. 6 lid 1.[215] De kinderen van de klagers bevonden zich onder de zorg van een lokale autoriteit. In het arrest *H* is de schending van de artikelen 8 en 6 lid 1 veroorzaakt door de lengte van de procedure die de klager heeft ingesteld om omgang met haar kind te krijgen. In de arresten *W, B en R* is deze

212 Arrest *Johnston en anderen* tegen Ierland van 18 december 1986, A-112, § 84.
213 Arrest *Vermeire* tegen België van 29 november 1991, A-214-C, § 32.
214 Arrest *Vermeire* tegen België van 4 oktober 1993 (art. 50), A-270-A, § 13.
215 Arresten *H, W, B en R* tegen het Verenigd Koninkrijk van 8 juli 1987, A-120 en 121.

schending veroorzaakt door de gevolgde procedures en het niet voldoen van de beschikbare rechtsmiddelen in verband met de beslissingen die over de kinderen van de klagers genomen werden. Het Hof kent voor de hierdoor geleden 'loss of real opportunities' alsmede voor immateriële schade aan W, B en R ieder £12.000 toe en aan R £8.000.[216]

In het arrest *Olsson* acht het Hof de wijze van uitvoeren van een kinderbeschermingsmaatregel in strijd met art. 8. De klagers kregen onder meer geen gelegenheid om hun uithuisgeplaatste kinderen regelmatig te bezoeken. Voor de door de beperkingen op de omgang met hun kinderen geleden immateriële schade kent het Hof de klagers 200.000 Zweedse Kronen toe.[217] Dezelfde klagers verschijnen ook weer in het *Olsson II*-arrest.[218] In dit arrest constateert het Hof andermaal een schending van art. 8, veroorzaakt door het verbod om hun zoon en dochter na beëindiging van de ondertoezichtstelling weg te halen uit de pleeggezinnen waarin zij verbleven. Tevens is deze inbreuk veroorzaakt door de beperkingen op de omgang met hun kinderen. Bovendien is niet voldaan aan de garanties van art. 6 lid 1, aangezien de klagers geen rechtsmiddel hadden om deze beperkingen aan te vechten. Het Hof overweegt dat de klagers hierdoor immateriële schade moeten hebben geleden en kent hen gezamenlijk 50.000 Zweedse Kronen toe.

In twee andere arresten tegen Zweden heeft het Hof eveneens het recht op gezinsleven geschonden geacht door de vele beperkingen op de omgang tussen een moeder en haar uithuisgeplaatste kind. In het arrest *Eriksson* maakten deze beperkingen de hereniging tussen moeder en dochter onmogelijk. Naar het oordeel van het Hof is ook art. 6 geschonden, zowel ten aanzien van moeder als dochter, nu de moeder de beperkingen op de omgang niet voor de rechter kon aanvechten. Hierdoor hebben de klagers ongetwijfeld immateriële schade geleden, waarvoor het Hof moeder en dochter respectievelijk 200.000 en 100.000 Zweedse Kronen toekent.[219] In het arrest *Andersson* kent het Hof moeder en zoon ieder 50.000 Zweedse Kronen toe als vergoeding voor de immateriële schade die zij ongetwijfeld hebben geleden door de beperkingen op hun contact tijdens de ondertoezichtstelling.[220]

In het arrest *Hokkanen* is de inbreuk op het familieleven veroorzaakt door het niet afdwingen door de autoriteiten van het recht van de vader op gezag over en omgang met zijn dochter, die na haar moeders dood verblijft bij haar grootouders van

216 Arresten *H, W, B en R* tegen het Verenigd Koninkrijk van 9 juni 1988 (art. 50), A-136-B, § 12-15; A-136-C, § 11-12; A-136-D, § 9-12 en A-136-E, § 12-14; zie voor een enigszins vergelijkbare zaak, het arrest *McMichael* tegen het Verenigd Koninkrijk van 24 februari 1995, A-307-B, § 103: de beide klagers krijgen gezamenlijk een bedrag van £8.000 voor de geleden immateriële schade.

217 Arrest *Olsson* tegen Zweden van 24 maart 1988, A-130, § 102.

218 Arrest *Olsson (No. 2)* tegen Zweden van 27 november 1992, A-250, § 111.

219 Arrest *Eriksson* tegen Zweden van 22 juni 1989, A-156, § 97-98.

220 Arrest *Andersson* tegen Zweden van 25 februari 1992, A-226, § 107; zie ook het arrest *Johansen* tegen Noorwegen van 7 augustus 1996, *RJD* 1996, waarin de klaagster haar claim heeft beperkt tot de vergoeding van kosten.

moederszijde. Het Hof erkent dat de klager hierdoor immateriële schade heeft geleden, die niet volledig kan worden goedgemaakt door de constatering van een schending van art. 8, en kent hem 100.000 Finse Marken toe.[221]

Adoptie en erkenning

In het arrest *Keegan* gaat het om de adoptie van een kind zonder medeweten of toestemming van de natuurlijke vader. Het Hof constateert een schending van art. 8 en van art. 6 lid 1 wegens het ontbreken van een rechtsmiddel tijdens de adoptieprocedure.[222] Het Hof meent dat schadevergoeding op haar plaats is rekening houdend met het trauma, de ongerustheid en de gevoelens van onrechtvaardigheid die de klager moet hebben ervaren ten gevolge van de adoptie- en voogdijprocedures ten aanzien van zijn dochter. Het Hof kent hem hiervoor 10.000 Ierse Ponden toe, naast een bedrag van 2.000 Ierse Ponden voor materiële schade (voor recht op rechtsbijstand in voogdijprocedure) en een bedrag voor vergoeding van overige kosten.[223]

In het arrest *Kroon en anderen* is de schending van art. 8 EVRM veroorzaakt door de wettelijke onmogelijkheid voor een gehuwde vrouw om het vaderschap van haar echtgenoot te ontkennen en daarmee erkenning van haar kind door de biologische vader mogelijk te maken. De klagers stellen immateriële schade te hebben geleden, aangezien de Nederlandse wetgeving de vestiging van de door hen gewenste wettige familiebanden onmogelijk maakte. Nu volgens het Nederlandse recht geen *restitutio in integrum* kan worden verkregen, claimen de klagers een compensatie van *f*30.000. Het Hof overweegt dat het waarschijnlijk is dat de klagers enige frustratie hebben ervaren door de onmogelijkheid om hun familiebanden juridisch erkend te krijgen. Een en ander is echter voldoende gecompenseerd door de constatering van een schending van het verdrag.[224]

Vreemdelingenbeleid

In een aantal zaken is de inbreuk op het recht op eerbiediging van het gezinsleven veroorzaakt door het vreemdelingenbeleid van een verdragsstaat, waarbij door het weigeren van een verblijfsrecht aan bepaalde personen hun gezinsleven met in dat land verblijvende familieleden gefrustreerd wordt.

In het arrest *Abdulaziz, Cabales en Balkandali* heeft het Hof een schending geconstateerd van art. 14 j° 8 en van art. 13. De klaagsters verblijven wettig en permanent in het Verenigd Koninkrijk. In overeenstemming met de van kracht zijnde immigratieregels werd de heren Abdulaziz, Cabales en Balkandali de toestemming

221 Arrest *Hokkanen* tegen Finland van 23 september 1994, A-299-A, § 77.
222 Arrest *Keegan* tegen Ierland van 26 mei 1994, A-291.
223 Arrest *Keegan* tegen Ierland van 26 mei 1994, A-291, § 64-71.
224 Arrest *Kroon en anderen* tegen Nederland van 27 oktober 1994, A-297-C, § 44-45.

geweigerd om bij hun vrouwen te verblijven dan wel zich bij hen te voegen als hun echtgenoten. Het Hof is in de omstandigheden van het geval van oordeel dat het constateren van de verdragsinbreuken voldoende 'just satisfaction' biedt.[225]

In het bekende arrest *Berrehab* betreft het een inbreuk op het gezinsleven van vader en dochter veroorzaakt door de weigering van de Nederlandse autoriteiten om de Marokkaanse vader na scheiding van zijn Nederlandse vrouw een verblijfsvergunning te verstrekken alsmede door zijn uitzetting, waardoor de regelmatige contacten met zijn minderjarige dochter werden gefrustreerd. Het Hof kent vader en dochter in totaal *f*20.000 toe. Het grootste deel van dit bedrag is een vergoeding voor de door hen geleden immateriële schade en een klein deel heeft betrekking op de reiskosten die vader en dochter hebben moeten maken om elkaar te kunnen ontmoeten, in Nederland of in Marokko.[226]

In de zaak *Moustaquim* betreft het een Marokkaanse klager die op zeer jeugdige leeftijd met zijn moeder naar België is gekomen om zich bij zijn vader te voegen. Vanaf zijn vijftiende jaar is hij gaan zwerven en heeft hij een zeer groot aantal delicten gepleegd, merendeels diefstal met geweld. De kinderrechter veroordeelde hem in 1982 tot ruim twee jaar gevangenisstraf. Na zijn vrijlating in 1984 werd hij het land uitgezet. Volgens het uitzettingsbevel was hij een groot gevaar voor de samenleving en rechtvaardigde de openbare orde zijn uitzetting. Nadat de Belgische autoriteiten het uitzettingsbevel voor een proefperiode van twee jaar hadden opgeschort, keerde de klager begin 1990 terug in België om weer bij zijn ouders te gaan wonen. Het Hof acht onder meer van belang dat alle naaste familieleden van Moustaquim in België wonen en dat hij hier op zeer jonge leeftijd is gekomen. Het Hof concludeert dat geen goede afweging heeft plaatsgevonden tussen de persoonlijke belangen van de klager en het algemeen belang. Het Hof acht het recht op eerbiediging van het gezinsleven geschonden en kent hem 100.000 BF toe bij wijze van vergoeding van immateriële schade.[227] In de vergelijkbare zaak *Djeroud* zijn de klager en de Franse regering voor het Hof alsnog een schikking overeengekomen, waarbij het uitzettingsbevel werd ingetrokken, een verblijfsvergunning voor tien jaar werd verstrekt en een schadevergoeding van 150.000 FF werd betaald.[228]

In de zaak *Beldjoudi* is de klager een Algerijn die in Frankrijk is geboren en is getrouwd met een Française. De Franse autoriteiten hebben een uitzettingsbevel tegen hem uitgevaardigd wegens zijn omvangrijke strafblad. Het Hof acht het recht op eerbiediging van het gezinsleven van het echtpaar Beldjoudi geschonden, indien het uitzettingsbevel ten uitvoer wordt gelegd. Het Hof erkent dat de klagers immateriële

225 Arrest *Abdulaziz, Cabales en Balkandali* tegen het Verenigd Koninkrijk van 28 mei 1985, A-94, § 96.

226 Arrest *Berrehab* tegen Nederland van 21 juni 1988, A-138, § 32-34.

227 Arrest *Moustaquim* tegen België van 18 februari 1991, A-193, § 55.

228 Arrest *Djeroud* tegen Frankrijk van 23 januari 1991, A-191-B, § 11.

schade hebben geleden door deze potentiële schending van art. 8, maar vindt dat het onderhavige arrest hen in dit verband voldoende compensatie biedt.[229]

6.5 Art. 10: vrijheid van meningsuiting

Het Hof heeft in ongeveer twintig zaken een schending geconstateerd van de vrijheid van meningsuiting uit art. 10. In een aantal arresten heeft de klager slechts een kostenclaim ingediend die gedeeltelijk is toegekend.[230] In enige zaken heeft het Hof volstaan met de vaststelling dat de constatering van een schending van art. 10 voldoende billijke genoegdoening is voor de geleden immateriële schade.[231] In de zaak *Vogt* is de kwestie van de schadevergoeding geschikt, waarbij de klaagster onder meer een vergoeding voor inkomstenderving en immateriële schade heeft ontvangen.[232] In het reeds genoemde arrest *Herczegfalvy* heeft het Hof een financiële compensatie toegekend voor de door de schending van de artikelen 5 lid 4, 8 en 10 veroorzaakte immateriële schade.[233]

Het Hof heeft enkele keren de materiële schadeclaim van de klager toegekend. In het arrest *Lingens* tegen Oostenrijk gaat het om een journalist van het blad 'Profil' die werd veroordeeld wegens smaad, bestaande in het herhaaldelijk in het openbaar uiten van zware beschuldigingen tegen kanselier Kreisky. De klager claimt onder meer de terugbetaling van de hem ten onrechte opgelegde boete, een claim die het Hof toekent gezien het directe verband met de schending van de vrijheid van meningsuiting. Tevens claimt de klager vergoeding van de schade veroorzaakt door de verplichting om de nationale uitspraak, waarbij hij veroordeeld werd wegens smaad, te publiceren in het tijdschrift 'Profil'. Het Hof zegt niet te kunnen speculeren over de vraag welke winst de klager zou hebben geboekt met enige betalende advertenties die in het tijdschrift zouden kunnen zijn gezet in plaats van de genoemde uitspraak. Het

229 Arrest *Beldjoudi* tegen Frankrijk van 26 maart 1992, A-234-A, § 86.

230 Arresten *Sunday Times* tegen het Verenigd Koninkrijk van 6 november 1980 (art. 50), A-38, § 22-43; *Autronic AG* tegen Zwitserland van 22 mei 1990, A-178, § 64-65; *Observer en Guardian* tegen het Verenigd Koninkrijk van 26 november 1991, A-216, § 78-83; *Sunday Times II* tegen het Verenigd Koninkrijk van 26 november 1991, A-217, § 63-69 en *Vereniging Weekblad Bluf!* tegen Nederland van 9 februari 1995, A-306-A, § 48-51.

231 Arresten *Barthold* tegen Duitsland van 31 januari 1986, A-98, § 10; *Weber* tegen Zwitserland van 22 mei 1990, A-177, § 54; *Oberschlick* tegen Oostenrijk van 23 mei 1991, A-204, § 69 (tevens schending van art. 6 lid 1); *Castells* tegen Spanje van 23 april 1992, A-236, § 56; *Schwabe* tegen Oostenrijk van 28 augustus 1992, A-242-B, § 39; *Jersild* tegen Denemarken van 23 september 1994, A-298, § 43; *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs en Gubi* tegen Oostenrijk van 19 december 1994, A-302, § 62; *Piermont* tegen Frankrijk van 27 april 1995, A-314, § 93 en *Goodwin* tegen het Verenigd Koninkrijk van 27 maart 1996, § 50, *RJD* 1996.

232 Arresten *Vogt* tegen Duitsland van 26 september 1995, A-323, § 74 en van 2 september 1996 (art. 50), *RJD* 1996.

233 Arrest *Herczegfalvy* tegen Oostenrijk van 24 september 1992, A-242-B, § 100.

sluit echter niet uit dat de klager hierbij een 'loss of opportunity' heeft geleden en kent hem 25.000 Oostenrijkse Schillings toe.[234] In twee vergelijkbare zaken tegen Oostenrijk heeft het Hof eveneens de materiële schadeclaim in verband met een ten onrechte opgelegde boete toegekend.[235]

In het arrest *Open Door en Dublin Well Woman* staat centraal een rechterlijk verbod verleend door het Ierse Supreme Court, waardoor de klagers (adviesbureaus) er onder meer van werden weerhouden om zwangere vrouwen informatie te geven over abortusfaciliteiten in het buitenland. Het Hof acht hiermee de vrijheid van meningsuiting uit art. 10 geschonden. De tweede klager, Dublin Well Woman, claimt onder meer vergoeding van materiële schade voor inkomstenderving veroorzaakt door het stopzetten van de adviesservice aan zwangere vrouwen. Het Hof overweegt dat zelfs een non-profit instelling verliezen kan lijden waarvoor zij dient te worden gecompenseerd. Voor de door het stopzetten van de adviesservice geleden inkomstenderving kent het Hof 25.000 Ierse Ponden toe.[236]

Ook heeft het Hof enkele keren de claim tot vergoeding van materiële schade afgewezen. In de zaak *Thorgeir Thorgeirson* is de klacht ingediend door een schrijver die is veroordeeld wegens belediging van politiemensen. De klager stelt dat hij door de inbreuk op zijn vrijheid van meningsuiting gedurende vele jaren inkomsten heeft gederfd. Het Hof wijst deze claim af, aangezien onvoldoende verband is aangetoond tussen deze gestelde schade en de geconstateerde schending van art. 10.[237]

In het arrest *Informationsverein Lentia en anderen* wijst het Hof de materiële schadeclaim af, aangezien het slechts speculatie is of de klagers in het geval van nationale wetgeving die wel in overeenstemming was met art. 10 een licentie zouden hebben gekregen om een radiostation op te zetten.[238]

In het arrest *Goodwin* is de schending van art. 10 veroorzaakt door het rechterlijk bevel aan een journalist om zijn bron prijs te geven en de hem opgelegde boete vanwege het niet voldoen aan dit bevel. In casu is volgens het Hof een causaal verband aangetoond tussen de door de klager geleden ellende en de inbreuk op zijn vrijheid van meningsuiting. In de omstandigheden van het geval vindt het Hof de vaststelling van een schending van art. 10 voldoende billijke genoegdoening voor de door de klager geleden immateriële schade.[239]

234 Arrest *Lingens* tegen Oostenrijk van 8 juli 1986, A-103, § 51.

235 Arresten *Oberschlick* tegen Oostenrijk van 23 mei 1991, A-204, § 66 en *Schwabe* tegen Oostenrijk van 28 augustus 1992, A-242-B, § 37-38; zie ook het arrest *Jersild* tegen Denemarken van 23 september 1994, A-298, § 40-41.

236 Arrest *Open Door en Dublin Well Woman* tegen Ierland van 29 oktober 1992, A-246, § 87.

237 Arrest *Thorgeir Thorgeirson* tegen IJsland van 25 juni 1992, A-239, § 73; zie voor een vergelijkbaar voorbeeld het arrest *Tolstoy Miloslavsky* tegen het Verenigd Koninkrijk van 13 juli 1995, A-323, § 74.

238 Arrest *Informationsverein Lentia en anderen* tegen Oostenrijk van 24 november 1993, A-276, § 46 (wel gedeeltelijke kostenvergoeding).

239 Arrest *Goodwin* tegen het Verenigd Koninkrijk van 27 maart 1996, § 50, *RJD* 1996.

6.6 Overige artikelen

In deze paragraaf zullen enige arresten aan de orde komen, waarin schadevergoeding is toegekend na constatering van een schending van artikelen die hierboven nog niet aan de orde zijn geweest.

Art. 2

Het Hof heeft vooralsnog in één arrest een schending van art. 2 EVRM geconstateerd, namelijk de zaak *McCann en anderen* tegen het Verenigd Koninkrijk. In deze zaak betrof het drie personen die door Britse veiligheidsagenten in Gibraltar werden neergeschoten, aangezien zij van IRA-terrorisme werden verdacht. Hun nabestaanden dienen een klacht in Straatsburg in en krijgen uiteindelijk gelijk van het Hof.[240] Zij claimen een schadevergoeding vergelijkbaar met de vergoeding die volgens Engels recht zou worden toegekend aan een persoon die op onwettige wijze is vermoord onder verantwoordelijkheid van de staat. Het Hof overweegt dat niet duidelijk is of de claim van de nabestaanden betrekking heeft op materiële of immateriële schade of op beide. Hoe dit ook zij het Hof wijst de claim af, aangezien de drie slachtoffers van plan waren een bom te plaatsen in Gibraltar.[241] Deze motivering is opmerkelijk en lijkt eerder ingegeven door politieke overwegingen dan door juridisch redeneren. Het is mijns inziens immers inconsequent om aan de ene kant te oordelen dat de Britse autoriteiten art. 2 EVRM hebben geschonden en aan de andere kant geen schadevergoeding toe te kennen aangezien de slachtoffers toch maar van plan waren een bom te plaatsen. De constatering van een schending van art. 2 EVRM had naar mijn oordeel tot de toekenning van schadevergoeding dienen te leiden. De expliciete afwijzing van de schadeclaim lijkt te zijn bedoeld om het Verenigd Koninkrijk niet nog meer voor het hoofd te stoten.[242] Opmerkelijk is de uitdrukkelijke argumentatie voor de afwijzing van de schadeclaim eveneens afgezet tegen de praktijk van het Hof om geregeld te volstaan met de constatering van een schending van het verdrag als voldoende billijke genoegdoening zonder een en ander nader te motiveren.

Art. 3

Het Hof heeft vooralsnog in een vijftal arresten een schending van art. 3, het verbod van een onmenselijke of vernederende behandeling, aangenomen. In drie arresten heeft het Hof een potentiële schending van dit artikel geconstateerd.

240 Arrest *McCann en anderen* tegen het Verenigd Koninkrijk van 27 september 1995, A-324: met tien stemmen tegen negen constateert het Hof een schending van art. 2 EVRM.

241 Arrest *McCann en anderen* tegen het Verenigd Koninkrijk van 27 september 1995, A-324, § 219.

242 Vgl. R.A. Lawson in zijn noot onder dit arrest, *NJCM-Bulletin* 21-4 (1996), § 13, p. 559-560.

In het arrest betreffende de statenklacht van Ierland tegen het Verenigd Koninkrijk overweegt het Hof ten aanzien van de toepassing van art. 50:

> '...the applicant Government,..., have not as an object the obtaining of compensation for any individual person and do not invite the Court to afford just satisfaction under Article 50, of the nature of monetary compensation, to any individual victim of a breach of the Convention.'[243]

Hierop overweegt het Hof dat het niet nodig is art. 50 in casu toe te passen.

In het arrest *Tyrer* acht het Hof de toepassing van lijfstraffen ten aanzien van een minderjarige verdachte op het eiland Man in strijd met art. 3. De klager heeft oorspronkelijk claims voor compensatie ingediend. De klager, minderjarig op het moment van indienen van de klacht, trekt na het bereiken van de meerderjarige leeftijd de klacht in. Hierop verzoekt de regering het Hof de zaak van de rol te schrappen. Het Hof wenst deze zaak echter ambtshalve te behandelen. Het Hof kan echter niet ambtshalve schadevergoeding toekennen, aangezien er geen klager meer is die met de zaak is verbonden.[244]

In het arrest *Tomasi* is het Hof unaniem van oordeel dat de artikelen 3, 5 lid 3 en 6 lid 1 (redelijke termijn) zijn geschonden.[245] De klager woont in Bastia (Corsica) en was op het moment van zijn arrestatie een actief lid van een Corsicaanse politieke organisatie. Hij werd op 23 maart 1983 gearresteerd op verdenking van deelname aan een terroristische aanslag op een gebouw van het Vreemdelingenlegioen. Hierbij werden twee mensen neergeschoten, van wie de een overleed en de ander ernstig gewond raakte. De verantwoordelijkheid van de aanslag werd opgeëist door het Corsicaanse Nationale Bevrijdingsfront. Tot 25 maart 1983 bracht hij zijn voorlopige detentie door op het hoofdbureau van politie te Bastia. Daar zou hij tijdens verhoren herhaaldelijk zijn mishandeld. Diverse medische verklaringen wijzen daar ook op. Tomasi werd onder meer veroordeeld wegens moord. Uiteindelijk sprak het Hof van Beroep te Bordeaux hem vrij op 22 oktober 1988. Op dezelfde datum kwam hij vrij. Op 18 april 1989 diende hij een claim tot schadevergoeding in bij de 'Compensation Board at the Court of Cassation' op grond van art. 149 van het Wetboek van Strafvordering. Dit artikel bepaalt onder meer:

> '.... compensation may be accorded to a person who has been held in detention on remand during proceedings terminated by a decision .....acquitting him, when that decision has become final, where such detention has caused him damage of a clearly exceptional and particularly serious nature.'

243 Arrest *Ierland* tegen het Verenigd Koninkrijk van 18 januari 1978, A-25, § 245.
244 Arrest *Tyrer* tegen het Verenigd Koninkrijk van 25 april 1978, A-26, § 45.
245 Arrest *Tomasi* tegen Frankrijk van 27 augustus 1992, A-241-A.

Op 8 november 1991 kende de 'Board' hem 300.000 FF toe.

De klager stelt dat hij tijdens zijn voorlopige hechtenis herhaaldelijk is mishandeld. Hij claimt vergoeding van materiële en immateriële schade. De regering meent dat de 'Compensation Board' reeds alle schade heeft vergoed, die is veroorzaakt door de excessieve duur van de voorlopige hechtenis. Het Hof overweegt:

> 'The Court finds that the applicant sustained undeniable non-pecuniary and pecuniary damage. Taking into account the various relevant considerations, including the Compensation Board's decision, and making an assessment on an equitable basis in accordance with Article 50, it awards him 700.000 francs.'[246]

In het arrest *Soering* betreft het een potentiële schending van art. 3, namelijk in geval de klager wordt uitgezet naar de Verenigde Staten, waar hem de doodstraf boven het hoofd hangt vanwege tweevoudige moord. Het Hof acht deze constatering voldoende billijke genoegdoening in de zin van art. 50.[247]

In het arrest *Ribitsch* heeft het Hof een schending van art. 3 geconstateerd vanwege de verwondingen die de klager gedurende zijn detentie op het politiebureau heeft opgelopen. De Oostenrijkse regering heeft niet kunnen aantonen dat dit letsel op een andere manier is veroorzaakt dan door de behandeling die hij op het politiebureau heeft ondergaan. Het Hof overweegt dat de klager door deze onmenselijke en vernederende behandeling ongetwijfeld immateriële schade heeft geleden en kent hem 100.000 Oostenrijkse Schillings toe.[248]

In het arrest *Aksoy* acht het Hof de artikelen 3, 5 lid 3 en 13 geschonden. Het Hof is van oordeel dat de behandeling die de Koerdische klager in detentie heeft ondergaan vanwege haar ernstige en wrede aard moet worden beschouwd als foltering in de zin van art. 3. De klager is na het indienen van zijn klacht vermoord, volgens zijn vertegenwoordigers na diverse keren met de dood te zijn bedreigd als hij zijn klacht niet zou intrekken. Gezien de zeer ernstige schendingen waarvan de klager het slachtoffer is geworden en het leed dat hierdoor ongetwijfeld aan zijn vader is aangedaan, kent het Hof de vader – die de klacht heeft voortgezet – een fors bedrag toe ter vergoeding van de geleden materiële en immateriële schade.[249]

246 A-241-A, § 130.

247 Arrest *Soering* tegen het Verenigd Koninkrijk van 7 juli 1989, A-161, § 127; zie ook de arresten *Chahal* tegen het Verenigd Koninkrijk van 15 november 1996, § 158 en *Ahmed* tegen Oostenrijk van 17 december 1996, § 51, beide *RJD* 1996.

248 Arrest *Ribitsch* tegen Oostenrijk van 4 december 1995, A-336, § 46.

249 Arrest *Aksoy* tegen Turkije van 18 december 1996, § 113, *RJD* 1996; het gaat in casu om een bedrag van ongeveer *f*80.000.

Art. 4

In het arrest *Karlheinz Schmidt* constateert het Hof een schending van art. 14 j° 4 lid 3 (d), aangezien ingevolge de Brandweerwet van Baden-Württemberg alleen mannen waren verplicht bij de brandweer te dienen of in plaats hiervan een financiële bijdrage te betalen. Het Hof kent de claim van de klager tot vergoeding van de door hem ten onrechte betaalde bijdragen voor de brandweer toe.[250]

Art. 7

Het Hof heeft in twee arresten een schending van art. 7 geconstateerd, het verbod van terugwerkende kracht van een strafbepaling ten ongunste van de verdachte. In het arrest *Welch* betreft het de oplegging met terugwerkende kracht van een bevel tot inbeslagneming, volgend op de veroordeling vanwege een drugsdelict. De klager claimt vergoeding van materiële schade in verband met het in beslag genomen bedrag, alsmede van immateriële schade. Het Hof houdt de kwestie van art. 50 aan.[251] In zijn art. 50-arrest wijst het Hof de materiële schadeclaim af vanwege het ontbreken van een causaal verband met de schending van art. 7. In de omstandigheden van het geval, overweegt het Hof dat de constatering van een verdragsschending op zichzelf voldoende genoegdoening biedt voor de gestelde immateriële schade.[252]

In het arrest *Jamil* betreft het een Braziliaan die wegens drugssmokkel is veroordeeld tot acht jaar gevangenisstraf en een geldboete. Voor de geldboete gold een vervangende gevangenisstraf van vier maanden voor het geval de klager deze boete niet zou betalen. Op grond van een na het plegen van het feit doorgevoerde wetswijziging werd deze subsidiaire hechtenis verhoogd tot twee jaar. Het Hof acht de constatering van een inbreuk op art. 7 voldoende genoegdoening voor enige geleden immateriële schade, aangezien de klager de subsidiaire gevangenisstraf niet heeft hoeven uit te zitten.[253]

Art. 9

In het arrest *Kokkinakis* heeft het Hof een schending van art. 9, de vrijheid van godsdienst, geconstateerd.[254] De klager, Jehovah's-getuige, is in het verleden meer dan zestig keer gearresteerd wegens proselytisme. Hij werd hier ook diverse keren voor geïnterneerd en vastgezet. Op 2 maart 1986 belde de klager samen met zijn vrouw aan bij mevrouw Kyriaki, die hen binnenliet en met wie zij in discussie raakten.

250 Arrest *Karlheinz Schmidt* tegen Duitsland van 18 juli 1994, A-291-B, § 32-33.
251 Arrest *Welch* tegen het Verenigd Koninkrijk van 9 februari 1995, A-307-A, § 39.
252 Arrest *Welch* tegen het Verenigd Koninkrijk van 26 februari 1996 (art. 50), § 16 en 19, *RJD* 1996.
253 Arrest *Jamil* tegen Frankrijk van 8 juni 1995, A-320, § 39.
254 Arrest *Kokkinakis* tegen Griekenland van 25 mei 1993, A-260-A.

De heer Kyriaki heeft aangifte gedaan bij de politie. Het echtpaar Kokkinakis werd gearresteerd en bracht de nacht door op het politiebureau. De klager en zijn vrouw werden vervolgd wegens proselytisme. De rechtbank veroordeelde hen tot vier maanden gevangenisstraf, te vervangen door een geldboete van 400 Griekse Drachmes per dag van de detentie, en een geldboete van 10.000 Griekse Drachmes. In hoger beroep werd de veroordeling van mevrouw Kokkinakis vernietigd en die van haar man verlaagd naar drie maanden gevangenisstraf. Het cassatieberoep van de heer Kokkinakis werd verworpen.

De klager claimt 500.000 Griekse Drachmes voor de geleden immateriële schade. Het Hof overweegt dat hij dergelijke schade heeft geleden en dat de constatering van een inbreuk op art. 9 onvoldoende is om hem voor deze schade te compenseren. Het Hof kent de heer Kokkinakis 400.000 Griekse Drachmes toe.[255]

In een andere zaak tegen Griekenland, *Manousakis en anderen*, gaat het ook om Jehovah's-getuigen. In casu werden zij veroordeeld aangezien zij een gebouw in gebruik hadden genomen voor het belijden van hun geloof zonder de vereiste toestemming van de minister voor onderwijs en religieuze zaken te vragen. Het Hof acht deze gang van zaken in strijd met art. 9 en overweegt dat deze constatering de klagers voldoende genoegdoening oplevert voor de door hen geleden immateriële schade.[256]

Art. 11

In vier arresten heeft het Hof een inbreuk op de vrijheid van vergadering en vereniging ex art. 11 geconstateerd.

In het arrest *Young, James en Webster* heeft het Hof het ontslag van de klagers vanwege het niet lid worden van een bepaalde vakbond in strijd geoordeeld met art. 11.[257] De klagers claimen vergoeding van materiële (onder meer inkomstenderving en verlies van pensioenrechten) en immateriële schade. Het Hof kent de materiële schadeclaims voor een belangrijk deel toe en acht het billijk om de klagers, gezien hun verschillende omstandigheden, respectievelijk £2.000, £6.000 en £3.000 toe te kennen.[258]

In de zaak *Ezelin* is de klager is een Franse onderdaan, woonachtig in Basse-Terre (Guadeloupe) en van beroep advocaat. Op 12 februari 1983 hield een aantal onafhankelijkheidsbewegingen en vakbonden een openbare demonstratie in Basse-Terre om te protesteren tegen twee rechterlijke beslissingen waarbij gevangenisstraffen en geldboetes werden opgelegd aan drie militanten voor schade toegebracht aan openbare

255 A-260-A, § 59.

256 Arrest *Manoussakis en anderen* tegen Griekenland van 26 september 1996, § 57, *RJD* 1996.

257 Arrest *Young, James en Webster* tegen het Verenigd Koninkrijk van 13 augustus 1981, A-44.

258 Arrest *Young, James en Webster* tegen het Verenigd Koninkrijk van 18 oktober 1982 (art. 50), A-55, § 11 en 13.

gebouwen. De klager, vice-voorzitter van de vakbond van advocaten te Guadeloupe, nam deel aan de demonstratie en droeg een aanplakbiljet met zich mee. Enige tijd later werd een disciplinaire procedure tegen klager aangespannen, aangezien hij zich niet aan deze demonstratie had onttrokken. Hij werd veroordeeld tot de disciplinaire maatregel van een reprimande en tot betaling van de kosten. Het Hof acht de geconstateerde schending van art. 11 voldoende billijke genoegdoening voor de gestelde immateriële schade.[259]

In het arrest *Sigurjónsson* heeft de klager slechts een kostenclaim ingediend, die het Hof gedeeltelijk toekent.[260] In het arrest *Vogt* betreft het een klager die werd ontslagen als onderwijzer vanwege haar politieke activiteiten voor de Duitse Communistische Partij. Het Hof constateert schendingen van de artikelen 10 en 11. De kwestie van schadevergoeding is geschikt, waarbij de klaagster vergoedingen heeft ontvangen voor materiële en immateriële schade.[261]

Art. 12

In het arrest *F* tegen Zwitserland is de schending van art. 12, het recht om te huwen, veroorzaakt door het tijdelijk verbod voor de klager om te hertrouwen, aangezien hij verantwoordelijk wordt gehouden voor het eindigen van het huwelijk. Het Hof erkent dat de klager hierdoor enige immateriële schade kan hebben geleden, maar acht de constatering van een schending van art. 12 hiervoor voldoende compensatie.[262]

Art. 13

Een inbreuk op het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie voor een ieder wiens in het EVRM neergelegde rechten en vrijheden zijn geschonden, zoals vastgelegd in art. 13, heeft het Hof in een aantal arresten aangenomen.

In het reeds genoemde arrest *Silver en anderen* heeft het Hof een schending geconstateerd van de artikelen 8 en 13 in verband met het onderscheppen door de gevangenisautoriteiten van een aantal brieven geschreven door of gericht aan de klagers.[263] Het Hof acht de constatering van deze schendingen echter voldoende compensatie voor de geleden immateriële schade.[264]

259 Arrest *Ezelin* tegen Frankrijk van 26 april 1991, A-202, § 57.

260 Arrest *Sigurdur A. Sigurjónsson* tegen IJsland van 30 juni 1993, A-264, § 48.

261 Arresten *Vogt* tegen Duitsland van 26 september 1995, A-323, § 74 en van 2 september 1996 (art. 50), *RJD* 1996.

262 Arrest *F* tegen Zwitserland van 18 december 1987, A-128, § 45.

263 Arrest *Silver en anderen* tegen het Verenigd Koninkrijk van 25 maart 1983, A-61.

264 Arrest *Silver en anderen* tegen het Verenigd Koninkrijk van 24 oktober 1983 (art. 50), A-67, § 10. Zo ook de arresten *Calogero Diana* tegen Italië van 15 november 1996, § 44, *RJD* 1996 en *Domenichini* tegen Italië van 15 november 1996, § 45, *RJD* 1996.

In het hierboven genoemde arrest *Abdulaziz, Cabales en Balkandali* volstaat het Hof met de constatering van inbreuken op art. 14 j° 8 en van art. 13 als genoegdoening in de zin van art. 50.[265] In het zojuist bij art. 3 genoemde arrest *Aksoy* heeft het door het Hof toegekende schadebedrag tevens betrekking op de geconstateerde schending van art. 13.[266]

In de arresten *Valsamis* en *Efstratiou* gaat het weer om Jehovah's-getuigen in Griekenland. Twee kinderen werden een dag van school geschorst, aangezien zij vanwege hun geloofsovertuiging en die van hun ouders weigerden mee te lopen in een schoolparade. Het Hof neemt een schending aan van art. 13 j° art. 2 van Protocol No. 1 en j° art. 9. Het Hof vindt dat de klagers met deze constatering voldoende zijn gecompenseerd voor de door hen geleden immateriële schade.[267]

Art. 14

Art. 14 behelst het verbod van discriminatie op welke grond dan ook bij het genot van de rechten en vrijheden die in het verdrag zijn vermeld. Art. 14 is een zogenaamde *accessoire* bepaling, dat wil zeggen dat zij slechts samen met een ander verdragsrecht kan worden ingeroepen.

Het onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen heeft in de jurisprudentie van het Hof enige keren geleid tot een schending van art. 14, enkele keren in verband met art. 8[268] en een keer juncto art. 1 Protocol No. 1.[269] Ook bij de schending van art. 8 op ander terrein dan het onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen,[270] alsmede bij inbreuk op andere verdragsrechten heeft art. 14 een rol gespeeld.[271]

Uit deze jurisprudentie valt niet op te maken of en zo ja, in hoeverre het oordeel dat ook art. 14 is geschonden, van invloed is op de (hoogte van) door het Hof toe te kennen schadevergoeding.

265 Arrest *Abdulaziz, Cabales en Balkandali* tegen het Verenigd Koninkrijk van 28 mei 1985, A-94, § 96; zie ook het arrest *Chahal* tegen het Verenigd Koninkrijk van 15 november 1996, § 158, *RJD* 1996, waarin het Hof overweegt dat de constatering van de schending van art. 5 lid 4, art. 13 en de potentiële inbreuk op art. 3 de klager voldoende billijke genoegdoening geeft.

266 Arrest *Aksoy* tegen Turkije van 18 december 1996, § 113, *RJD* 1996.

267 Arresten *Valsamis* tegen Griekenland van 18 december 1996, § 53, *RJD* 1996 en *Efstratiou* tegen Griekenland van 18 december 1996, §54, *RJD* 1996.

268 Zie de arresten *Marckx* tegen België van 13 juni 1979, A-31 en *Vermeire* tegen België van 29 november 1991, A-214-C.

269 Arrest *Inze* tegen Oostenrijk van 28 oktober 1987, A-126.

270 Zie de arresten *Abdulaziz, Cabales en Balkandali* tegen het Verenigd Koninkrijk van 28 mei 1985, A-94, *Hoffmann* tegen Oostenrijk van 23 juni 1993, A-255-C en *Burghartz* tegen Zwitserland van 22 februari 1994, A-280-B.

271 Zie bijv. de arresten *Darby* tegen Zweden van 23 oktober 1990, A-187 (art. 1 Protocol No. 1); *Schuler-Zraggen* tegen Zwitserland van 24 juni 1993, A-263 (art. 6 lid 1); *Karlheinz Schmidt* tegen Duitsland van 18 juli 1994, A-291-B (art. 4) en *Gaygusuz* tegen Oostenrijk van 16 september 1996, *RJD* 1996 (art. 1 Protocol No.1).

Art. 25

Tot nu toe heeft het Hof één keer een inbreuk op art. 25 aangenomen. In het reeds genoemde arrest *Akdivar* is het Hof van oordeel dat Turkije zijn verplichting op grond van art. 25 lid 1 niet is nagekomen om de klager niet te belemmeren in de effectieve uitoefening van zijn individuele klachtrecht. Het Hof heeft eveneens schendingen geconstateerd van de artikelen 8 en 1 Protocol No. 1 en de kwestie van de toepassing van art. 50 aangehouden.[272]

Art. 1 Protocol No. 1

Een beroep op art. 1 van het eerste Protocol, het recht van een ieder op het ongestoord genot van zijn eigendom, heeft het Hof een aantal keren gehonoreerd.

In het reeds genoemde arrest *Sporrong en Lönnroth* is de schending van het recht op eigendom veroorzaakt door een vergunning tot onteigening van lange duur, gepaard gaande met beperkingen op de bouw.[273] Het Hof overweegt dat de klagers door de genoemde beperkingen een 'loss of opportunities' hebben geleden waar rekening mee moet worden gehouden, ondanks het feit dat de vooruitzichten om deze kansen te benutten twijfelachtig waren. Bovendien werden de klagers in voortdurende staat van onzekerheid gelaten, aangezien ze niet wisten wat er uiteindelijk met hun eigendommen zou gebeuren. Het Hof acht de door de klagers gestelde schade moeilijk precies te begroten en kent de klagers respectievelijk 800.000 en 200.000 Zweedse Kronen toe als vergoeding voor de materiële en immateriële schade.[274]

In de twee hieronder genoemde arresten betreft het een inbreuk op art. 14 j° 1 Protocol No. 1 , het discriminatieverbod.

In het arrest *Inze* staat de discriminatie van onwettige kinderen ten opzichte van wettige kinderen in het erfrecht centraal. De klager, een onwettig kind, claimt vergoeding van de materiële schade die hij heeft geleden door de onmogelijkheid ingevolge de relevante Oostenrijkse wettelijke bepalingen om de boerderij van zijn moeder te erven. Het Hof erkent dat art. 1 Protocol No. 1 de klager niet het recht gaf om de boerderij te erven. Het Hof overweegt:

272 Arrest *Akdivar* tegen Turkije van 16 september 1996, *RJD* 1996.

273 Arrest *Sporrong en Lönnroth* tegen Zweden van 23 september 1982, A-52; in casu is tevens sprake van een schending van art. 6 lid 1, aangezien de zaak van de klagers niet werd behandeld door een rechterlijke instantie die competent was zich met alle aspecten van de zaak bezig te houden.

274 Arrest *Sporrong en Lönnroth* tegen Zweden van 18 december 1984 (art. 50), A-88, § 32. Vgl. het arrest *Matos e Silva. Lda. en anderen* tegen Portugal van 16 september 1996, *RJD* 1996, waarin het Hof tien miljoen Escudos toekent voor de schade geleden door de schendingen van art. 6 lid 1 (redelijke termijn) en art. 1 Protocol No. 1.

> 'Nevertheless, he lost, because of the discrimination found by the Court, real opportunities of taking over the farm, which must be taken into account.'[275]

De schikking met zijn halfbroer (die wel een wettig kind was) kan de financiële consequenties van de verdragsschending enigszins hebben verlicht, maar is onvoldoende compensatie voor de schade. De door de klager geleden 'loss of opportunities' leent zich niet voor een precieze begroting. Het Hof kent de klager hiervoor 150.000 Oostenrijkse Schillings toe.[276]

In het arrest *Darby* betreft het een klager die als dokter in Zweden werkte en de weekeinden met zijn gezin in Finland doorbracht. Op grond van een verdrag tussen Zweden en Finland was hij alleen onderworpen aan het Zweedse belastingstelsel; hij betaalde slechts een deel van de gemeentelijke belasting. In 1979 werd de wet echter gewijzigd met als gevolg dat hij deze gemeentelijke belasting, inclusief een heffing ten gunste van de kerk van Zweden, geheel moest betalen.

De klager claimt de terugbetaling van de door hem ten onrechte betaalde belasting inclusief rente, alsmede vergoeding van immateriële schade. Het Hof kent de materiële schadeclaim toe en overweegt dat het onderhavige arrest voldoende billijke genoegdoening biedt voor enig geestelijk lijden.[277]

In een aantal zaken tegen Griekenland staan enkele procedures centraal waarin de overheid inbreuk maakt op eigendomsrechten, zowel onder het kolonelsregime als onder het huidige bewind.

In het arrest *Papamichalopoulos en anderen* constateert het Hof een inbreuk op art. 1 Protocol No. 1 veroorzaakt door de onteigening van het land van de klagers door de nieuwe machthebbers in 1967. Het Hof houdt de kwestie van art. 50 aan met name met het oog op de berekening van de waarde van het onteigende land.[278] In zijn beslissing over art. 50 doet het Hof een opmerkelijke uitspraak, namelijk dat de Griekse overheid binnen zes maanden het land in kwestie moet teruggeven aan de klagers. Dit illustreert nog eens dat het Hof *restitutio in integrum* op de voorgrond stelt. Verder bepaalt het Hof dat bij het uitblijven van deze restitutie binnen zes maanden, de overheid 5.551.000.000 drachmes (inclusief 6% rente bij niet betaling na deze zes maanden) ter vergoeding van de materiële schade dient te betalen. Daarnaast kent het Hof een bedrag van 6.300.000 Griekse Drachmes toe voor de geleden immateriële schade.[279]

275 Arrest *Inze* tegen Oostenrijk van 28 oktober 1987, A-126, § 47.

276 De klager heeft in casu geen vergoeding van immateriële schade geclaimd en dit is geen kwestie die het Hof ambtshalve dient te onderzoeken.

277 Arrest *Darby* tegen Zweden van 23 oktober 1990, A-187, § 38 en 40.

278 Arrest *Papamichalopoulos en anderen* tegen Griekenland van 24 juni 1993, A-260-B, § 49.

279 Arrest *Papamichalopoulos en anderen* tegen Griekenland van 31 oktober 1995 (art. 50), A-330-B, § 38-40 en 43; zie over deze uitspraak hoofdstuk 5 § 5.1.3 en § 5.1.5.

In het arrest *Stran Greek Refineries en Stratis Andreadis* betreft het een onder het kolonelsregime aangegaan contract. Op grond van een wetgevende maatregel uit 1987 wilde het nieuwe bewind zich aan haar verplichtingen jegens de klager onttrekken, inclusief de door een arbitragetribunaal in 1984 vastgestelde schuld van de staat aan de klager. Het Hof concludeert unaniem tot een schending van art. 6 lid 1 EVRM ('fair trial') en van art. 1 Protocol No. 1. Het Hof kent op grond van art. 50 bedragen toe als vergoeding voor materiële schade, gelijk aan de bedragen waar de klagers krachtens de arbitrage-uitspraak recht op hadden (namelijk 116.273.442 Griekse Drachmes, $16.054.165 en 614.627 FF). Bovendien kent het Hof 6% rente toe op deze uitspraken vanaf 27 februari 1984 (uitspraak arbitragetribunaal) tot 9 december 1994 (arrest EHRM). Vooralsnog is dit het hoogste bedrag dat het Hof op grond van art. 50 heeft toegekend. Bovendien komt deze toekenning er materieel op neer dat de Griekse overheid zich alsnog aan de arbitrage-uitspraak dient te houden.[280]

In het arrest *Holy Monasteries* gaat het om de eigendommen van een aantal Grieks-Orthodoxe kloosters. Een wet uit 1987 bepaalde dat de kloostereigendommem zouden overgaan op de staat, tenzij een klooster binnen zes maanden zijn rechten kon bewijzen. Het Hof constateert een inbreuk op het ongestoord eigendomsgenot in de zin van art. 1 Protocol No. 1 en houdt de kwestie van vergoeding van materiële schade op grond van art. 50 aan.[281]

In het arrest *Hentrich* benadrukt het Hof dat de schending van art. 1 Protocol No. 1 het best kan worden goedgemaakt door de teruggave van het land in kwestie. Indien dit niet mogelijk is, dient de materiële schade te worden berekend naar de huidige marktwaarde van het land.[282] Het Hof kent de klaagster 800.000 FF toe.[283]

In het arrest *Scollo* is de schending van art. 1 Protocol No. 1 veroorzaakt door de onmogelijkheid voor de eigenaar van een appartement om de tenuitvoerlegging van een uitzettingsbevel te verkrijgen. Voor deze schending en de overschrijding van de redelijke termijn van art. 6 lid 1 kent het Hof de claims van de klager voor vergoedingen van materiële (13.634.280 Italiaanse Lire) en immateriële schade (30 miljoen Italiaanse Lire) toe.[284]

In het arrest *Pressos Compania Naviera S.A. en anderen* heeft het Hof de kwestie van vergoeding van materiële schade veroorzaakt door de schending van art. 1 Protocol

280 Arrest *Stran Greek Refineries en Stratis Andreadis* tegen Griekenland van 9 december 1994, A-301-B, § 81-83; zie uitgebreid over deze zaak in verband met de bevoegdheden van het Hof hoofdstuk 5 § 5.1.5.

281 Arrest *Holy Monasteries* tegen Griekenland van 9 december 1994, A-301-A, § 100.

282 Arrest *Hentrich* tegen Frankrijk van 22 september 1994, A-296-A, § 71. Het Hof heeft naast een inbreuk op art. 1 Protocol No. 1 schendingen geconstateerd van het recht op een 'fair trial' en van de behandeling binnen een redelijke termijn uit art. 6 lid 1 EVRM; voor de eventueel geleden immateriële schade biedt deze constatering voldoende compensatie.

283 Arrest *Hentrich* tegen Frankrijk van 3 juli 1995 (art. 50), A-322, § 11.

284 Arrest *Scollo* tegen Italië van 28 september 1995, A-315-C, § 50.

No. 1 aangehouden. De klagers hebben hierom verzocht teneinde de mogelijkheden te onderzoeken om compensatie volgens het nationale recht te verkrijgen.[285] In enkele andere zaken heeft het Hof de kwestie van de toepassing van art. 50 eveneens aangehouden.[286]

In de zaak *Gaygusuz* betreft het een weigering van de Oostenrijkse autoriteiten om een werkloze Turkse man met een geldige verblijfstitel een nooduitkering te geven aangezien hij niet de Oostenrijkse nationaliteit bezit. Het Hof acht deze weigering in strijd met art. 14 j° art. 1 Protocol No. 1. Het Hof kent een vergoeding van 200.000 Oostenrijkse Schillings toe voor geleden materiële schade, waarbij het Hof rekening houdt met het feit dat de klager door de weigering van de nooduitkering was genoodzaakt Oostenrijk te verlaten.[287]

Art. 2 Protocol No. 1

Het recht van een ieder op onderwijs en de vrijheid voor ouders om hun kinderen onderwezen te zien in overeenstemming met hun filosofische overtuigingen, zoals vastgelegd in art. 2 van het Eerste Protocol, acht het Hof in het arrest *Campbell en Cosans* geschonden door het bestaan van lijfstraffen als disciplinaire maatregel op Schotse scholen.[288] De klacht is ingediend door twee moeders en de zoon van één van hen. De klagers dienen diverse claims in, onder meer voor vergoeding van materiële en immateriële schade. De door mevrouw Cosans gestelde immateriële schade veroorzaakt door de schorsing van haar zoon Jeffrey acht het Hof voldoende goedgemaakt door de constatering van de schending van art. 2 van het Eerste Protocol. Jeffrey Cosans is geschorst van school, omdat hij een lijfstraf weigerde te ondergaan. Jeffrey stelt dat de schorsing hem op dat moment niet alleen aanzienlijke verlegenheid en schaamte heeft bezorgd, maar evenzeer duurzame, negatieve effecten zal hebben op zijn mogelijkheden en vooruitzichten om werk te vinden. Hij claimt £25.000 schadevergoeding. Het Hof overweegt:

> 'In addition to initial mental anxiety, he must have felt himself to be at a disadvantage as compared with others in his age-group. Furthermore, his failure to complete his schooling perforce deprived him of some opportunity to develop his intellectual potential.'[289]

285 Arrest *Pressos Compania Naviera S.A. en anderen* tegen België van 20 november 1995, A-332, § 48-51.

286 Zie de arresten *Zubani* tegen Italië van 7 augustus 1996, *RJD* 1996; *Katikaridis en anderen* tegen Griekenland van 15 november 1996, *RJD* 1996; *Tsomtsos en anderen* tegen Griekenland van 15 november 1996, *RJD* 1996 en *Loizidou* tegen Turkije van 18 december 1996, *RJD* 1996.

287 Arrest *Gaygusuz* tegen Oostenrijk van 16 september 1996, *RJD* 1996; de klager heeft geen claim voor vergoeding van immateriële schade ingediend.

288 Arrest *Campbell en Cosans* tegen het Verenigd Koninkrijk van 25 februari 1982, A-48.

289 Arrest *Campbell en Cosans* tegen het Verenigd Koninkrijk van 25 maart 1983 (art. 50), A-60, § 26.

Het Hof vindt het moeilijk om vast te stellen in hoeverre Jeffrey materiële schade heeft geleden. Het Hof kent op billijke basis, zoals vereist door art. 50, een vergoeding van £3.000 toe voor de gehele schade.

Art. 2 Protocol No. 4

In het arrest *Raimondo* heeft het Hof een schending geconstateerd van art. 2 van Protocol No. 4, het recht van een ieder die wettig op het grondgebied van een staat verblijft zich vrijelijk binnen dat grondgebied te verplaatsen. De inbreuk op dit recht is veroorzaakt door de toepassing van preventieve maatregelen op de klager die werd verdacht lid te zijn van een organisatie die tot de mafia zou behoren. Het Hof verwerpt de materiële schadeclaim, aangezien deze te vaag is geformuleerd. Voor immateriële schade kent Hof tien miljoen Italiaanse Lire toe.[290]

Art. 4 Protocol No. 7

In het arrest *Gradinger* heeft het Hof naast een schending van art. 6 lid 1 ook een inbreuk op art. 4 van Protocol No. 7 (het beginsel van *ne bis in idem*) geconstateerd. De klager werd vanwege het veroorzaken van een dodelijk ongeluk terwijl hij reed onder invloed, zowel in een een strafzaak als in een administratieve procedure tot een straf veroordeeld. Zijn claim is echter beperkt tot de vergoeding van kosten.[291]

6.7 Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat enerzijds een schending van het EVRM niet automatisch leidt tot schadevergoeding en anderzijds, dat in beginsel iedere schending van de in het verdrag of zijn Protocollen opgenomen rechten en vrijheden kan leiden tot de toekenning van schadevergoeding door het Hof op grond van art. 50 EVRM. Uit de inventarisatie van de jurisprudentie zijn in het algemeen geen vaste regels of standaarden met betrekking tot de (hoogte van de) toekenning van schadevergoeding af te leiden. Een uitzondering vormen de tegen Frankrijk aangespannen zaken door met het HIV-virus besmette hemofiliepatiënten. De door de overschrijding van de redelijke termijn van art. 6 EVRM veroorzaakte immateriële schade begroot het Hof op 150.000 of 200.000 FF.[292]

290 Arrest *Raimondo* tegen Italië van 22 februari 1994, A-281-A, § 49 (ook gedeeltelijke kostenvergoeding).

291 Arrest *Gradinger* tegen Oostenrijk van 23 oktober 1995, A-328-C, § 57.

292 Zie hierboven in § 6.3.1.

In de rechtspraak van het Hof op grond van art. 50 EVRM zijn veeleer bepaalde tendensen te signaleren.[293] Zo valt op dat het Hof geregeld financiële vergoedingen toekent voor geleden immateriële schade, met name bij schending van procedurele rechten, zoals de overschrijding van de redelijke termijn uit art. 6 EVRM.

Uit bovenstaande inventarisatie van de jurisprudentie blijkt eveneens dat het Hof geregeld volstaat met de constatering van een verdragsschending als voldoende billijke genoegdoening in de zin van art. 50 voor de geleden immateriële schade. Het is de vraag of er in alle declaratoire uitspraken eigenlijk wel sprake was van een zo lichte verdragsinbreuk en geringe schade, dat een financiële compensatie niet op haar plaats was. In hoofdstuk 5 werd reeds commentaar gegeven op de declaratoire uitspraak van het Hof in de zaak *Dudgeon*.[294] Daarnaast heeft het Hof in enige zaken van onrechtmatige vrijheidsberoving de constatering van een schending van art. 5 voldoende genoegdoening geacht.[295] In enkele zaken betreffende beperkingen op de correspondentie van gevangenen kent het Hof geen financiële compensatie toe en volstaat het met de vaststelling van een inbreuk op art. 8.[296] De inbreuk op de vrijheid van meningsuiting heeft ook enige keren tot declaratoire uitspraken van het Hof geleid.[297]

Het overgrote deel van de declaratoire uitspraken van het Hof betreft de vaststelling van een schending van procedurele verdragsrechten, met name van art. 6 lid 1. Bij overschrijding van de redelijke termijn in strafzaken of civiele procedures is het Hof meestal scheutig met het toekennen van financiële compensaties. Bij andere inbreuken op de vereisten van art. 6 lid 1, zoals de openbare behandeling door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie, bedient het Hof zich regelmatig van declaratoire uitspraken.[298] Dit is ook het geval bij andere onderdelen van art. 6, zoals het recht op bijstand van een advocaat en het recht op een adequate voorbereiding van de verdediging.[299]

293 Vgl. Dannemann 1994, p. 369.

294 Arrest *Dudgeon* tegen het Verenigd Koninkrijk van 24 februari 1983 (art. 50), A-59, § 18; zie hoofdstuk 5 § 5.1.2, daar is ook de kritiek in de doctrine behandeld op de praktijk van declaratoire uitspraken van het Hof.

295 Zie bijv. de arresten *Ciulla* tegen Italië van 22 februari 1989, A-148, § 48 en *Fox, Campbell en Hartley* tegen het Verenigd Koninkrijk van 27 maart 1991 (art. 50), A-190-B, § 11.

296 Arresten *Silver en anderen* tegen het Verenigd Koninkrijk van 24 oktober 1983 (art. 50), A-67, § 10; *Campbell en Fell* tegen het Verenigd Koninkrijk van 28 juni 1984, A-80, § 141; *Schönenberger en Durmaz* tegen Zwitserland van 20 juni 1988, A-137, § 36; *McCallum* tegen het Verenigd Koninkrijk van 30 augustus 1990, A-183, § 37 en *Campbell* tegen het Verenigd Koninkrijk van 25 maart 1992, A-233, § 70.

297 Zie bijv. het arrest *Goodwin* tegen het Verenigd Koninkrijk van 27 maart 1996, § 50, *RJD* 1996.

298 Zie bijv. de arresten *Albert en Le Compte* tegen België, van 24 oktober 1983 (art. 50), A-68, § 8; *Benthem* tegen Nederland van 23 oktober 1985, A-97, § 46; *Hauschildt* tegen Denemarken van 24 mei 1989, A-154, § 58 en *Demicoli* tegen Malta van 27 augustus 1991, A-210, § 48.

299 Zie bijv. de arresten *Pakelli* tegen Duitsland van 25 april 1983, A-64, § 46; *Bricmont* tegen België van 7 juli 1989, A-158, § 99; *Pham Hoang* tegen Frankrijk van 25 september 1992, A-243, § 45 en *John Murray* tegen het Verenigd Koninkrijk van 8 februari 1996, § 76, *RJD* 1996.

Bij bepaalde inbreuken op procedurele garanties is voorstelbaar dat het Hof de zaak zelf afdoet en op deze wijze een *restitutio in integrum* verschaft. In een dergelijk geval ligt het voor de hand dat het Hof volstaat met de constatering dat zijn uitspraak voldoende genoegdoening biedt in de zin van art. 50 EVRM.

Indien het gaat om een gering procedureel verzuim, waardoor het slachtoffer slechts weinig schade heeft geleden, kan mijns inziens het arrest van het Hof voldoende genoegdoening geven. Het Hof zal echter wel grondig moeten onderzoeken wat voor schade – materieel en/of immaterieel – het slachtoffer heeft geleden en niet te snel moeten concluderen dat de schade slechts gering is. Het Hof dient naar mijn mening geen declaratoire uitspraken te doen, terwijl het in het midden laat of het slachtoffer immateriële schade heeft geleden. Het zou beter zijn als het Hof zich ervan vergewist of dergelijke schade is geleden en als dit het geval is of deze schade zo groot is dat zij een financiële vergoeding rechtvaardigt.

De huidige praktijk van het Hof om geregeld zonder motivering te overwegen dat de constatering van de verdragsschending, in de omstandigheden van het geval, het slachtoffer voldoende billijke genoegdoening biedt in de zin van art. 50 EVRM komt mijns inziens in strijd met art. 51 lid 1 EVRM, dat eist dat de uitspraak van het Hof met redenen wordt omkleed. Bovendien handelt het Hof niet in de geest van de motiveringsvereisten, zoals het die zelf in art. 6 EVRM heeft gelezen.[300]

300 Zie de arresten *Van de Hurk* tegen Nederland van 19 april 1994, A-288, § 61 en *Hiro Balani* tegen Spanje van 9 december 1994, A-303-B, § 27.

SLOTDEEL

Schadevergoeding op grond van het EVRM en volgens Nederlands recht met elkaar vergeleken

HOOFDSTUK 7

Vergelijking van de Straatsburgse praktijk en het Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht

7.1 Doorwerking van internationaal recht in de Nederlandse rechtsorde

7.1.1 Inleiding

De Nederlandse rechtsorde heeft de afgelopen decennia steeds meer een internationale dimensie gekregen. Op allerlei terreinen doet zich de invloed gelden van internationale overeenkomsten met andere staten en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Op economisch gebied treedt de samenwerking in het kader van de Europese Unie het meest op de voorgrond. Op het gebied van de mensenrechten is Nederland zowel in het kader van de Verenigde Naties als in het kader van de Raad van Europa aan een aantal verdragen gebonden.

Voor wat betreft de mondiale mensenrechtenbescherming heeft Nederland zich onder meer verplicht aan het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van elke vorm van rassendiscriminatie uit 1965 en de Internationale Verdragen inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR) en inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR) uit 1966. Voor de bescherming van specifieke groepen is Nederland onder meer partij bij het Vluchtelingenverdrag (1951), het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen (1979) en sinds 8 maart 1995 bij het Verdrag inzake de rechten van het kind (1989).

Op het gebied van de Europese mensenrechtenbescherming neemt het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) uit 1950 de meest prominente plaats in. Verder heeft Nederland onder meer het Europees Sociaal Handvest uit 1961 en het Europees Verdrag ter voorkoming van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing uit 1987 geratificeerd.

Alvorens de Straatsburgse schadevergoedingsjurisprudentie te vergelijken met het Nederlandse schadevergoedingsrecht dient eerst enige aandacht te worden besteed aan de doorwerking van internationaal recht in de Nederlandse rechtsorde; de artikelen 93 en 94 van de Grondwet zullen hierbij worden besproken (in § 7.1.2.). Aangezien

deze doorwerking in de doctrine reeds uitvoerig aan de orde is geweest, wil ik de beschrijving ervan summier houden en waar mogelijk volstaan met literatuur- en rechtspraakverwijzingen.[1] Het accent zal uiteraard liggen op het EVRM en in het bijzonder de resoluties van het Comité van Ministers van de Raad van Europa en de arresten van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Een interessante kwestie is onder meer of deze resoluties en arresten kunnen worden beschouwd als besluiten van volkenrechtelijke organisaties in de zin van art. 93 van de Grondwet (§ 7.1.3.). Kort zal aandacht worden besteed aan de status van ongeschreven volkenrecht (§ 7.1.4.), waarna een conclusie en eigen standpuntbepaling het geheel afsluiten (§ 7.1.5.).

7.1.2 Artikelen 93 en 94 Grondwet

Bij de doorwerking van internationaal recht in de Nederlandse rechtsorde nemen de artikelen 93 en 94 van de Grondwet een centrale plaats in. Hierboven (in § 7.1.1.) is reeds ingegaan op de toenemende internationalisering van de Nederlandse rechtsorde. Opmerking verdient in dit verband dat het EG-recht buiten de artikelen 93 en 94 van de Grondwet om doorwerkt in de nationale rechtsorde.[2] Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft reeds vroeg in de bekende arresten *Van Gend en Loos* en *Costa-Enel* uitgemaakt dat het EG-verdrag een 'eigen rechtsorde' in het leven heeft geroepen die in de rechtsorde van de lidstaten is opgenomen en waarmee de nationale rechters rekening dienen te houden.[3]
Alvorens nader op de artikelen 93 en 94 van de Grondwet in te gaan verdient de in het kader van de verhouding tussen internationaal en nationaal recht gebezigde *terminologie* de aandacht.[4]

1 Zie bijv. uitgebreid L. Erades, International Law and the Netherlands Legal Order, in: *International Law in the Netherlands*, Vol. III, 1980, p. 375-434 en voor een beknopte, heldere uiteenzetting L.F.M. Besselink, *Staatsrecht en buitenlands beleid*, 1995, p. 43-57 met verdere literatuurverwijzingen. Zie in het bijzonder voor de doorwerking van het EVRM in de nationale rechtsorde J.G.C. Schokkenbroek, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens*, dissertatie Leiden, 1996, p. 245-318.

2 Zie P.J.G. Kapteyn en P. VerLoren van Themaat, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, 1987, p. 35 en verder onder meer A.W. Heringa, Gelijkheid en het internationale recht, Perikelen rond centrale staatsrechtelijke leerstukken, *Publiek Domein*, september 1988, p. 14 en E.A. Alkema, De betekenis van het EVRM voor de Nederlandse constitutie, in: *40 jaar Europese Conventie voor de Rechten van de Mens en de Nederlandse rechtsorde*, Staatsrechtconferentie 1990, Leiden, p. 126.

3 HvJEG 5 februari 1963, zaak 26/62 (Van Gend en Loos), Jurispr. 1963, p. 1 e.v. en HvJEG 15 juli 1964, zaak 6/64 (Costa-Enel), Jurispr. 1964, p. 1255 e.v.; zie verder over de verhouding tussen het gemeenschapsrecht en het recht van de lidstaten onder meer R. Kovar, De verhouding tussen het gemeenschapsrecht en het recht van de Lid-Staten, in: *Dertig jaar gemeenschapsrecht*, Serie Europese Perspectieven, 1983, p. 125-173 en het in de vorige noot aangehaalde handboek van Kapteyn en VerLoren van Themaat, p. 30-35.

4 Waar hieronder wordt gesproken over verdragen kan daar ook voor worden gelezen besluiten van volkenrechtelijke organisaties; beide worden op gelijke voet genoemd in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. De besluiten van volkenrechtelijke organisaties worden apart behandeld in § 7.1.3.

Terminologie

Wat betreft de doorwerking van internationaal recht neemt het begrip *interne werking* een belangrijke plaats in. In zijn uitvoerige studie naar de verhouding tussen internationaal en nationaal recht verstaat MEUWISSEN onder de interne werking de rechtsgevolgen die het constitutionele recht toekent aan het internationale recht binnen de nationale rechtsorde.[5] In recentere literatuur wordt de interne werking omschreven als 'de rechtswerking die aan het verdrag toekomt binnen de nationale rechtsorde van een bepaalde staat.'[6] De interne werking van verdragen wordt in het nationale rechtsstelsel geregeld.[7] In de literatuur worden in dit verband doorgaans twee systemen van interne werking onderscheiden, namelijk *dualisme* en *monisme*.[8]

De *dualistische* visie beschouwt het internationale recht als van een andere orde dan het nationale recht, het betreft twee gescheiden rechtssferen. Internationaalrechtelijke regels hebben niet automatisch werking in de nationale rechtsorde. De nationale wetgever dient deze regels om te zetten in nationaal recht, voordat deze regels werking in de nationale rechtsorde kunnen hebben. In dit verband wordt wel gesproken van *transformatie*: aan de internationale regel, bijvoorbeeld een verdragsbepaling, wordt werking binnen de nationale rechtsorde verleend door wijziging van bestaande of invoering van nieuwe regels van nationaal recht.[9] VAN DIJK onderscheidt hier ook nog *incorporatie*: het verdrag wordt opgenomen in het nationale recht en vervolgens als nationaal recht toegepast.[10]

De *monistische* visie beschouwt het internationale en het nationale recht als onderdelen van één rechtsorde. De internationale bepaling werkt in deze visie automatisch door in de nationale rechtsorde, daarvoor is buiten goedkeuring geen optreden van de wetgever noodzakelijk. In dit verband wordt de term *adoptie* wel gebruikt: het internationale recht werkt als zodanig in het nationale recht.[11]

5 D.H.M. Meuwissen, *De Europese Conventie en het Nederlandse recht*, dissertatie Leiden, 1968, p. 19.

6 Aldus P. van Dijk, De houding van de Hoge Raad jegens de verdragen inzake de Rechten van de Mens, in: *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, 1988, p. 175 en M.G. Boekhorst, Commentaar op de artikelen 90 t/m 95 Grondwet, in: P.W.C. Akkermans en A.K. Koekkoek (red.), *de* Grondwet, *een artikelsgewijs commentaar*, 1992, p. 864 noot 2.

7 Boekhorst 1992, p. 864.

8 Zie Meuwissen, die uitgebreid ingaat op de internationale doctrine in dit verband en drie groepen van schrijvers onderscheidt: dualisten, monisten en 'gematigden', Meuwissen 1968, p. 5-16; zie verder onder meer J.P.A. François, *Grondlijnen van het volkenrecht*, Zwolle, 1957, p. 18 e.v.; J.G. Starke, *Introduction to International Law*, London, 1984, p. 68-74; P.H. Kooijmans, *Internationaal publiekrecht in vogelvlucht*, Groningen, 1993, p. 80-88; C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer, 1990, p. 191-192 en J.G. Brouwer, *Verdragsrecht in Nederland*, dissertatie Groningen 1992, p. 8 en T. Koopmans, Th.L. Bellekom, A.W. Heringa en R. de Winter, *Compendium van het staatsrecht*, Deventer, 1994, p. 44.

9 Heringa 1988, p. 13; Van Dijk 1988, p. 175; Boekhorst 1992, p. 864.

10 Van Dijk 1988, p. 175.

11 Van Dijk 1988, p. 175.

BOEKHORST meent dat de interne werking van verdragen in beginsel op twee manieren kan worden verleend, namelijk via transformatie of adoptie. Hij is van oordeel dat het transformatiestelsel ten onrechte wordt vereenzelvigd met dualisme en dat het adoptiestelsel vaak ten onrechte wordt gekenschetst als monistisch. Hij reserveert de termen adoptie en transformatie voor de manier waarop staten interne werking aan verdragsbepalingen verlenen. De termen dualisme en monisme gebruikt hij om de verhouding tussen nationaal en internationaal recht weer te geven.[12]

BROUWER onderscheidt twee systemen van interne werking: in het ene stelsel wordt het verdrag omgezet in een nationale norm, in het andere geldt het verdrag als zodanig binnen de interne rechtsorde. De Nederlandse Grondwet huldigt sinds 1953 het tweede stelsel: de verdragsbepaling werkt *rechtstreeks* of direct.[13]

Volgens VAN DIJK houdt de *rechtstreekse werking* van een verdrag of verdragsbepaling in 'dat het verdrag of de verdragsbepaling zich naar zijn inhoud voor rechtstreekse toepassing door de nationale rechter leent, zonder dat eerst nadere uitwerking van die inhoud door een internationale of nationale instantie is vereist.'[14]

KORTMANN tracht enige orde te scheppen in het 'ratjetoe van termen' dat in de rechtspraak en de doctrine wordt gebezigd met betrekking tot de werking van verdragsbepalingen in de nationale rechtsorde.[15] Het is evident dat iedere verdragsbepaling, van welke aard dan ook, krachtens het monisme interne werking heeft, dat wil zeggen werkt binnen de nationale rechtsorde. KORTMANN kwalificeert een verdragsbepaling als *niet rechtstreeks werkend*, indien zij zich richt tot de wetgever die de bepaling moet implementeren. Indien de verdragsbepaling zonder tussenkomst van de nationale wetgever kan worden toegepast, dan gaat het naar zijn mening om een *rechtstreeks werkende* verdragsbepaling. Volgens KORTMANN valt dit onderscheid niet samen met dat tussen een ieder verbindende en niet een ieder verbindende verdragsbepalingen. Voor de vraag of een verdragsbepaling *een ieder verbindend* is, is niet beslissend of implementatie dient plaats te vinden, maar of de burger voor de rechter een beroep op deze bepaling kan doen.[16] Hiermee staat KORTMANN tegenover HERINGA, die meent dat een verdragsbepaling *niet een ieder verbindend* is indien een nadere regeling van de nationale wetgever nodig is om deze bepaling effect te doen sorteren. Een dergelijke bepaling is eerder tot de wetgever gericht dan tot de individuele burger.[17]

12 Boekhorst 1992, p. 864 en 841 noot 1.
13 Brouwer 1992, p. 6.
14 Van Dijk 1988, p. 176.
15 Kortmann 1990, p. 193; zie over deze verwarrende terminologie reeds A.C.J. de Rouw, Verwarring door verwoording. Een ieder verbindende verdragsbepalingen in de Nederlandse rechtspraak, in: *Tien Jaren T.M.C. Asser-Instituut 1965-1975*, p. 79-86.
16 Kortmann 1990, p. 193-194.
17 A.W. Heringa, *Sociale Grondrechten*, dissertatie Leiden, 1989, p. 223-224.

Art. 93 Grondwet

Art. 93 van de Grondwet uit 1983 luidt als volgt:

> 'Bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, hebben verbindende kracht nadat zij zijn bekendgemaakt.'

KOOIJMANS meent dat aan de artikelen 93 en 94 van de Grondwet een *gematigd monistisch* stelsel ten grondslag ligt, aangezien slechts rechtstreeks werkende bepalingen van verdragen bij de rechter voorrang krijgen in geval van strijd met een nationaal wettelijk voorschrift. Bovendien geldt ongeschreven volkenrecht weliswaar in de Nederlandse rechtsorde, maar kan de burger zich niet beroepen op de voorrang van dit gewoonterecht in geval van strijd met een nationale wettelijke bepaling.[18]

Volgens MEUWISSEN verleent art. 93 interne werking aan de in dat artikel genoemde bepalingen 'die naar inhoud een ieder kunnen verbinden'. Dit betekent volgens hem dat 'niet-zelfwerkende' bepalingen uit verdragen deze interne werking niet bezitten.[19] De heersende doctrine is echter dat art. 93 niet de omvang van de interne werking van het internationale recht regelt.[20]

In Nederland kan het internationale recht rechtstreeks werken, dat wil zeggen dat er geen transformatie nodig is. Volgens BROUWER kan men uit art. 93 uitsluitend afleiden hoe de grondwetgever het internationale recht laat binnenkomen.[21] Een onderscheid dient te worden gemaakt tussen de omvang van de interne werking van verdragsrecht en de bevoegdheid van de rechter om dit toe te passen.[22]
Ander internationaal recht dan bedoeld in art. 93 kan wel effect hebben in de Nederlandse rechtsorde, maar mist volgens ALKEMA de verlammende uitwerking die art. 94 aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties tegenover de wet in formele zin verleent.[23]

HERINGA spreekt in dit verband van een *binnentredingsregeling*. De stelling, dat uit art. 93 valt af te leiden dat slechts een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties binnen Nederland verbindende kracht

18 Kooijmans 1993, p. 87; zie nader over de status van internationaal gewoonterecht binnen de Nederlandse rechtsorde § 7.1.4.
19 D.H.M. Meuwissen, *Grondrechten*, Antwerpen, 1984, p. 131-132.
20 Zie hierover nader Brouwer 1992, p. 269-270.
21 Brouwer 1992, p. 269.
22 Brouwer 1992, p. 6.
23 E.A. Alkema, *Toepassing van de Europese Conventie voor de Rechten van de mens in Nederland*, Preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van Nederland en België, 1985, p. 29.

hebben, wordt door hem onder meer met een beroep op de geschiedenis van de Grondwetsherziening verworpen.[24] Ook VAN DIJK meent dat niet een ieder verbindende verdragsbepalingen evenzeer interne werking hebben binnen de Nederlandse rechtsorde.[25]

In zijn commentaar onder art. 93 schrijft KORTMANN dat dit artikel nog steeds geen uitdrukking geeft aan de monistische opvatting inzake de werking van al het verdragsrecht, hoewel dit uitgangspunt door rechtspraak en doctrine al lang is aanvaard.[26] KORTMANN benadrukt in een latere publicatie, dat art. 93 een andere functie heeft dan het grondwettelijk vastleggen van het monisme. Immers, niet een ieder verbindende bepalingen van verdragen hebben in Nederland ook 'automatisch' interne werking. De betekenis van art. 93 is naar zijn mening, dat een burger voor de nationale rechter beroep kan doen op een ieder verbindende verdragsbepalingen nadat zij bekend zijn gemaakt.[27]

Art. 93 legt het algemene rechtsbeginsel vast dat burgers slechts verplichtingen kunnen worden opgelegd, indien de in dit artikel genoemde bepalingen op een behoorlijk wijze bekend zijn gemaakt.[28]

Art. 94 Grondwet

Art. 94 van de Grondwet uit 1983 luidt als volgt:

> 'Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties.'

Art. 94 ziet op de bevoegdheid van de rechter om bepalingen van nationaal recht te toetsen aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Deze bevoegdheid van de rechter om volkenrechtelijke verdragsnormen toe te passen dient volgens BROUWER goed te worden onderscheiden van de interne werking die deze bepalingen in het Nederlandse recht hebben. De omvang van deze bevoegdheid heeft de grondwetgever in art. 94 gekoppeld aan het onderscheid ieder/niet-ieder verbindende verdragsbepalingen.[29]

24 Heringa 1988, p. 14; vgl. de enigszins afwijkende opvatting in A.W. Heringa en T. Zwart, *De Nederlandse Grondwet*, derde herziene druk 1991, waarin de auteurs op p. 205 schrijven: 'Artikel 93 legt met andere woorden het monistische beginsel vast.'

25 Van Dijk 1988, p. 176.

26 C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer, 1987, p. 276.

27 Kortmann 1990, p. 192-193.

28 Zie onder meer H.H.M. Sondaal, *De Nederlandse Verdragspraktijk*, dissertatie Leiden, 1986, p. 115; Boekhorst 1992, p. 870; H.R.B.M. Kummeling, Internationaal recht in de Nederlandse rechtsorde, in: *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg. Burkens-bundel*, Zwolle, 1995, p. 371 en J.B. Mus, *Verdragsconflicten voor de Nederlandse rechter*, dissertatie Utrecht, 1996, p. 14.

29 Brouwer 1992, p. 6.

Volgens HERINGA is sprake van een ieder verbindende bepalingen 'indien het gaat om bepalingen die over de hoofden van de overheid heen zijn gericht tot de individuele burgers zelf, dan wel bepalingen die geformuleerd zijn als een absoluut verbod gericht tot de overheid.'[30]

De toetsingsbevoegdheid van art. 94 is uitgesloten voor niet een ieder verbindende verdragsbepalingen en voor ongeschreven internationaal recht.[31] De vraag wat moet worden verstaan onder een ieder verbindend is voorbehouden aan de rechter die hierover in een concreet geval krijgt te oordelen. Deze zal zich onder meer laten leiden door de aard, de strekking, de bewoordingen en de totstandkomingsgeschiedenis van de bepaling in kwestie. Uit deze rechtspraak laten zich echter geen algemene lijnen lezen.[32] Zo kan een verdragsbepaling in het ene geval wel en in het andere geval niet rechtstreeks werken. Art. 6 EVRM werkt bijvoorbeeld in het algemeen rechtstreeks, maar niet in geval beroep op deze bepaling wordt gedaan teneinde de rechter een grotere rechtsmacht te doen toekomen dan de nationale wet hem toekent. Het uitbreiden van de rechtsmacht van de rechter is volgens de Hoge Raad een taak van de wetgever.[33] Verder is het vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat art. 13 EVRM niet rechtstreeks werkt.[34]

Bij (potentiële) strijdigheid van nationale wettelijke voorschriften met een ieder verbindende verdragsbepalingen, kan de rechter in het voorliggende geval in het algemeen drie wegen behandelen.

In de eerste plaats kan de rechter indien hij onverenigbaarheid constateert van een wettelijke bepaling met een een ieder verbindende verdragsbepaling op grond van art. 94 deze nationale regel buiten toepassing laten.[35]

30 A.W. Heringa, Terug naar af: waarom het begrip een ieder verbindende bepalingen van verdragen slechts tot verwarring leidt, in: *Staatkundig Jaarboek* 1985, p. 133.

31 Boekhorst 1992, p. 876.

32 Boekhorst 1992, p. 881.

33 Hoge Raad 18 februari 1986, *NJ* 1987, 62; Heringa 1988, p. 16.

34 Zie reeds Hoge Raad 24 februari 1960, *NJ* 1960, 483 (AOW II); zie ook Hoge Raad 14 april 1981, *NJ* 1981, 401. Zie echter Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State 16 juni 1994 (Van Baggum en Valkenier tegen de Minister van Binnenlandse Zaken in verband met inzage in BVD-dossiers), *NJCM-Bulletin* 19-8 (1994), p. 981-988 met noot T. Barkhuysen; zie de uitgebreide bijdrage van dezelfde auteur over deze uitspraken, Artikel 8 *juncto* 13 EVRM: De sleutel die past op het slot van de BVD-dossierkast?, *NJCM-Bulletin* 19-8 (1994), p. 966-980.

35 Zie bijv. Hoge Raad 17 september 1993, *NJ* 1994, 373: art. 1:198 lid 3 BW wordt buiten toepassing gelaten wegens strijd met art. 8 EVRM. De Hoge Raad stelt hiermee de familierechtelijke relatie van het kind met zijn biologische vader boven het belang van het kind om zijn wettige status niet te verliezen.

In de tweede plaats kan de rechter de weg van de verdragsconforme interpretatie van de nationale bepaling kiezen.[36] Deze interpretatie vertoont overeenkomsten met de door rechters in de Verenigde Staten gehanteerde 'rule of construction'.[37]

In de derde plaats bestaat de mogelijkheid dat de rechter weliswaar constateert dat een wettelijke bepaling in strijd is met bijvoorbeeld het EVRM of het IVBPR, maar het buiten zijn rechtsvormende taak acht om deze bepaling buiten toepassing te laten.[38] In dit geval wordt wel gesproken van *abstineren* door de rechter. De Hoge Raad laat in de genoemde voorbeelden de opheffing van de verdragsschending over aan de wetgever, aangezien er keuzen van ingrijpende aard tussen verschillende mogelijke oplossingen moeten worden gemaakt die, mede in aanmerking genomen de aard van de daarbij betrokken belangen, de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaan.[39] Volgens DE BOER komt dit neer op een gerelativeerde directe werking, dat wil zeggen dat de verdragsbepaling in kwestie de ene keer wel en de andere keer niet 'een ieder verbindend' is in de zin van de artikelen 93 en 94.[40]

Het oordeel van de rechter dat de toepassing van de verdragsbepaling – met andere woorden de opheffing van de verdragsschending – zijn rechtsvormende taak te buiten gaat, kan volgens BROUWER niet anders worden uitgelegd dan als een beslissing dat de verdragsbepaling in de concrete, voorliggende situatie niet een ieder

36 Van Dijk 1988, p. 188; Boekhorst 1992, p. 884. In het algemeen maakt de rechter gebruik van de verdragsconforme interpretatie, zie bijv. Hoge Raad 18 januari 1980, *NJ* 1980, 463 (voogdijtoewijzing in geval van onwettige kinderen) en Hoge Raad 21 maart 1986, *NJ* 1986, 585 (ouderlijke macht ongehuwde ouders). Beide beslissingen sluiten, zoals veel uitspraken op het terrein van het personen- en familierecht, aan op het arrest *Marckx* van 13 juni 1979 (*NJ* 1980, 462), waarin het EHRM het onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen in het Belgische recht in strijd heeft geoordeeld met art. 8 j° 14 EVRM.

37 H. Meijers, *Rond het internationale gewoonterecht in Nederland*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, 1985, p. 117-118; op p. 141 van zijn preadvies formuleert Meijers in dit verband de interpretatieregel voor het Nederlandse recht als volgt: 'Tenzij de formele wetgever uitdrukkelijk anders heeft gewild dient een regel van nationaal recht altijd zo te worden uitgelegd, dat naleving van het volkenrecht resulteert.'

38 Zie bijv. ten aanzien art. 26 IVBPR: Hoge Raad 12 oktober 1984, *NJ* 1985, 230 (optierecht Nederlandse nationaliteit) en Hoge Raad 23 september 1988, *NJ* 1989, 740 (naamrecht) en ten aanzien van artikel 8 EVRM: Hoge Raad 18 mei 1990, *NJ* 1991, 374, 375 en Hoge Raad 8 november 1991, *NJ* 1992, 440 (erkenning kind en toestemming moeder); vgl. in dit verband ook de terughoudende opstelling van de rechter in Hoge Raad 17 december 1993, *NJ* 1994, 332 (informatierecht van de ouder/toeziend voogd ten opzichte van derden).

39 Zie verder bijv. Hoge Raad 19 oktober 1990, *NJ* 1992, 129 (homohuwelijk) en Hoge Raad, 3 april 1992, *NJ* 1993, 286 (gedwongen erkenning); de Hoge Raad verwijst in laatstgenoemd arrest naar het bij de Tweede Kamer aanhangige wetsvoorstel nr. 20 626 inzake de herziening van het afstammingsrecht, waarover binnen en buiten het parlement een levendige discussie is ontstaan. De discussie was blijkbaar zo levendig, dat de regering inzag dat het wetsvoorstel ingrijpende verandering behoefde, waarop zij het voorstel op 19 oktober 1993 heeft ingetrokken. Inmiddels is op 20 maart 1996 een nieuw wetsvoorstel inzake de *Herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van de adoptie* bij de Tweede Kamer ingediend (Tweede Kamer 1995-1996, nr. 24 649). Zo ook Hoge Raad 4 november 1994, *NJ* 1995, 249 (ontkenning vaderschap staande huwelijk).

40 J. de Boer, Familierechtelijke betrekking met biologische vader gaat boven behoud wettige status, *NJB* 1994, p. 90-95 (op p. 93).

verbindend is. Zou men in een dergelijk geval spreken van een wel ieder verbindende verdragsbepaling, dan zou de rechter abstineren, hetgeen naar de mening van BROUWER in strijd komt met art. 13 van de Wet Algemene Bepalingen.[41]

7.1.3 Besluiten van volkenrechtelijke organisaties

Onder 7.1.2 zijn bij de behandeling van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet de besluiten van volkenrechtelijke organisaties reeds ter sprake gekomen. In deze paragraaf zal aandacht worden besteed aan de vraag of resoluties van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (op grond van de artikelen 32 en 54 EVRM) en arresten van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens kunnen worden gezien als besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

In de doctrine wordt deze vraag in het algemeen bevestigend beantwoord. De volkenrechtelijke organisatie bij de resoluties van het Comité van Ministers is de Raad van Europa. Naar de mening van ALKEMA zijn de arresten van het EHRM zeker te beschouwen als besluiten van een volkenrechtelijke organisatie. Hij verwijst hierbij onder meer naar art. 92 van de Grondwet, op grond waarvan bij of krachtens verdrag rechtsprekende bevoegdheden kunnen worden overgedragen aan een volkenrechtelijke organisatie.[42]

Besluiten van volkenrechtelijke organisaties dienen aan een aantal vereisten te voldoen om krachtens art. 93 van de Grondwet door te werken in de Nederlandse rechtsorde:

- er dient sprake te zijn van een *volkenrechtelijke organisatie*;
- het besluit moet zijn *bekendgemaakt*;
- het moet gaan om een *een ieder verbindend besluit*;
- het besluit is *verbindend*.[43]

De arresten van het EHRM voldoen in het algemeen aan deze voorwaarden. Een probleem doet zich echter voor bij arresten die tegen andere verdragspartijen dan Nederland worden gewezen. Krachtens art. 53 EVRM zijn de arresten van het Hof immers slechts verbindend voor de verdragsstaten die partij zijn in het geschil. VAN DER VELDE ziet dan ook meer heil in de zogenaamde 'incorporatie-constructie' op

41 Brouwer 1992, p. 278-279; anders onder meer Besselink 1995, p. 47 en Kummeling 1995, p. 382.

42 Alkema 1985-2, p. 30; zie ook Alkema 1995, p. 80, waar hij zich iets voorzichtiger uitdrukt: 'Waarschijnlijk dienen de uitspraken van internationale colleges zoals het EHRM, tot de volkenrechtelijke besluiten te worden gerekend.'

43 Zie E.A. Alkema 1985-2, p. 31 en J. van der Velde, Het toezicht op de naleving van het EVRM en de implementatie van Straatsburgse beslissingen in Nederland, in: *40 jaar EVRM*, NJCM-special, Leiden, 1990, p. 159-180 (op p. 171-173).

grond waarvan 'de gezaghebbende interpretaties van het Hof worden geacht deel uit te maken van de een ieder verbindende verdragsbepaling waarop deze betrekking hebben.'[44] De Hoge Raad maakt ten aanzien van de Straatsburgse rechtspraak gebruik van deze constructie.[45]

De resoluties van Comité van Ministers van de Raad van Europa ten aanzien van de vraag of het verdrag al dan niet is geschonden (op grond van art. 32 EVRM) leveren in dit verband minder problemen op. Op grond van art. 32 lid 4 EVRM zijn de beslissingen die het Comité van Ministers krachtens de overige leden van dit artikel neemt bindend voor alle verdragsstaten, of zij nu wel of geen partij zijn in het geschil.[46] Deze resoluties zijn dan ook te beschouwen als 'een ieder verbindende besluiten' in de zin van art. 93 van de Grondwet.[47] De resoluties van het Comité van Ministers op grond van art. 54 EVRM inzake het toezicht op de tenuitvoerlegging van de arresten van het Hof, zullen in dit verband van minder belang zijn voor de Nederlandse rechter.[48]

ALKEMA onderscheidt vier soorten EHRM-arresten:

- arresten in de hoofdzaak (de vaststelling of het verdrag al dan niet is geschonden) tegen Nederland;
- arresten in de hoofdzaak tegen andere verdragspartijen;
- arresten inzake schadevergoeding op grond van art. 50 tegen Nederland; en
- arresten inzake schadevergoeding op grond van art. 50 tegen andere verdragspartijen.

De laatste soort arresten zijn volgens hem voor de Nederlandse rechter van weinig of geen betekenis, althans waar het gaat om doorwerking via art. 93 van de Grondwet.[49]

44 Van der Velde 1990, p. 173; zie ook Alkema 1985-2, p. 30.

45 Hoge Raad 10 november 1989, *NJ* 1990, 628: de Hoge Raad komt terug op zijn eerdere beslissingen ten aanzien van de uitleg van het begrip 'family life' in art. 8 EVRM; dit 'omgaan' wordt veroorzaakt door het arrest *Berrehab* tegen Nederland (EHRM 21 juni 1988, *NJ* 1988, 746). De Hoge Raad overweegt dat dit arrest noopt tot heroverweging van zijn eerdere rechtspraak, aangezien deze uitspraak van het Europese Hof 'berust op rechtstreekse toepasselijkheid van artikel 8 EVRM.' Zie ook de noot van J. van der Velde onder dit arrest, *NJCM-Bulletin* 15-5 (1990), p. 584-588.

46 Alkema 1985-2, 37-38; Van der Velde 1990, p. 164, spreekt in dit verband van *erga-omnes*-werking tegenover de *inter-partes*-werking van de uitspraken van het EHRM (zie art. 53 EVRM).

47 Van der Velde 1990, p. 171-173; vgl. in dit verband Hoge Raad 23 november 1984, *NJ* 1985, 604 met noot E.A. Alkema, waarin de Hoge Raad meent dat de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens niet kan worden aangemerkt als een 'een ieder verbindend besluit' in de zin van artikel 93 Grondwet, nu deze resolutie van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties niet berust op een bij of krachtens verdrag opgedragen bevoegdheid om voor Nederland bindende besluiten te nemen.

48 Alkema 1985-2, p. 30.

49 Alkema 1985-2, p. 30.

7.1.4 Ongeschreven volkenrecht

De artikelen 93 en 94 van de Grondwet maken geen melding van ongeschreven regels van internationaal recht. Het is echter algemeen aanvaard dat ongeschreven volkenrecht evenzeer interne werking heeft in de Nederlandse rechtsorde.[50]

Bij onverenigbaarheid van een nationale wettelijke bepaling met een regel van ongeschreven volkenrecht staat het de rechter echter niet vrij de nationale bepaling buiten toepassing te laten. De rechter mag met andere woorden niet toetsen aan ongeschreven volkenrecht.[51] Dit standpunt huldigde de Hoge Raad in het bekende arrest *Nyugat* in 1959[52] en is door de regering bij de herziening van de Grondwet in 1983 nog eens uitdrukkelijk bevestigd.[53]

7.1.5 Conclusie/eigen standpunt

In het voorgaande zijn vele standpunten uit de doctrine en de rechtspraak over de verhouding tussen nationaal en internationaal recht de revue gepasseerd. De in dit verband gebruikte terminologie bleek lang niet altijd even eenduidig. Ik heb niet de illusie om een eind aan deze terminologische verwarring te maken.[54] Wel wil ik hier aangeven welke van de genoemde standpunten ik onderschrijf.

Uitgangspunt is dat al het internationale recht, geschreven of ongeschreven, interne werking heeft binnen de Nederlandse rechtsorde. Art. 93 van de Grondwet bevat een bekendmakingseis voor bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties die naar inhoud een ieder kunnen verbinden. Een verdragsbepaling is een ieder verbindend, indien geen nadere implementatie door de wetgever noodzakelijk is en de burger daarmee voor de rechter rechtstreeks beroep op deze bepaling kan doen. Een verdragsbepaling is daarentegen niet een ieder verbindend,

50 Zie onder meer Meijers 1985, p. 102, die het standpunt van de regering bij de Grondwetsherziening van 1983 aanhaalt: "Het ongeschreven volkenrecht kan als bindend voor de Nederlandse rechtsorde worden beschouwd."

51 Ik zie in dit verband voorbij aan bepalingen als art. 8 van het Wetboek van Strafrecht en art. 13 a van de Wet Algemene Bepalingen die de reikwijdte van het Nederlandse recht beperken 'door de uitzonderingen in het volkenrecht erkend'; dit kan ook ongeschreven volkenrecht zijn, zie hierover uitgebreid Meijers 1985, p. 105 e.v. Zie in dit verband bijv. Voorzitter Afdeling Rechtspraak Raad van State, 24 november 1986, *Kort Geding* 1987, nr. 38; in deze zaak betreft het de tenuitvoerlegging van een vonnis tegen de republiek Turkije. Op grond van art. 13 lid 4 Deurwaardersreglement ('De deurwaarder is verplicht het doen van een exploot te weigeren, indien hem door of vanwege Onze Minister is aangezegd, dat het doen van dat exploot strijdig zou zijn met de volkenrechtelijke verplichtingen van de staat') is deze tenuitvoerlegging terecht geweigerd. In casu zet een regel van ongeschreven volkenrecht een regel van Nederlands burgerlijk procesrecht opzij.

52 Hoge Raad 6 maart 1959, *NJ* 1962, 2 (Nyugat); zie ook Hoge Raad 7 november 1984, *NJ* 1985, 247.

53 Zie hierover uitgebreid Meijers 1985, p. 110-117.

54 Kummeling doet in dit verband enige interessante aanbevelingen tot wijziging en aanvulling van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet, zie Kummeling 1995, p. 382-385.

indien er wel uitwerking door de wetgever nodig is. In dit verband worden ook wel de termen rechtstreeks en niet rechtstreeks werkend gebruikt. Naar mijn mening is het duidelijker om hier te spreken van *rechtstreekse toepasbaarheid* van de verdragsbepaling door de rechter. Het is een taak van de rechter om te beoordelen of een verdragsbepaling zich voor rechtstreekse toepassing leent, of dat er nadere implementatie door de wetgever is geboden.[55] De rechter kan hierbij onder meer acht slaan op de bewoordingen en de strekking van de bepaling.

De rechter kan abstineren in geval toepassing van de verdragsbepaling in kwestie zijn rechtsvormende taak te buiten zou gaan, aangezien er keuzen van ingrijpende aard tussen verschillende mogelijke oplossingen moeten worden gemaakt. In dit verband kan worden gesproken van een zogenaamde 'situatieve rechtstreekse werking', aangezien dezelfde verdragsbepaling in het ene geval wel en in het andere geval niet rechtstreeks toepasbaar kan zijn. Naar mijn mening moet de rechter de rechtszoekende niet te gemakkelijk met lege handen naar huis sturen.[56] Bovendien heeft de justitiabele op grond van art. 13 EVRM recht op een effectief rechtsmiddel voor een nationale instantie in geval van – vermeende – schending van het EVRM. De rechter zal in ieder geval rechtsvormend moeten optreden, als de wetgever te lang talmt met het ontwerpen van een regeling.[57]

Indien de rechter een verdragsbepaling rechtstreeks toepasbaar acht, zal hij een daarmee strijdige nationale wettelijke bepaling op grond van art. 94 van de Grondwet buiten toepassing moeten laten. Daarnaast kan de rechter zich bedienen van de verdragsconforme interpretatie.

De Nederlandse rechter kan zich via de bovengenoemde 'incorporatie-constructie' laten leiden door beslissingen van het EHRM op grond van art. 50 tegen andere verdragspartijen. Mijns inziens ligt het voor de hand dat de Nederlandse rechter zich bij het toekennen van schadevergoeding, bijvoorbeeld in geval van ten onrechte ondergane voorlopige hechtenis, laat inspireren door beslissingen op grond van art. 50 tegen andere verdragspartijen. Het hoeft dan niet zozeer te gaan om de hoogte van de toegekende bedragen in Straatsburg (zoals in hoofdstuk 6 bleek valt daar in het algemeen niet een duidelijke lijn in aan te brengen), maar ook kan een rol spelen of het EHRM heeft volstaan heeft met de constatering van een verdragsschending en geen schadevergoeding heeft toegekend of deze claim geheel heeft afgewezen.[58]

55 Zo ook Kummeling 1995, p. 384 en Mus 1996, p. 24.
56 Zo ook J. de Boer, De broedende kip in EVRM-zaken, *NJB* 1995, p. 1027-1034.
57 Zie nader hieronder in § 7.7.3.
58 Zie verder over deze kwestie het vervolg van dit hoofdstuk.

7.2 Vergelijking van vormen van compensatie, remedies volgens Nederlands recht en ingevolge het EVRM

7.2.1 Schadevergoeding in geld

Zowel in Nederland als in Straatsburg wordt schadevergoeding doorgaans voldaan in geld. Vergoeding van de schade in andere vorm is de uitzondering. Wel maakt het EHRM veelvuldig gebruik van zogenaamde declaratoire uitspraken.

7.2.2 Declaratoire uitspraak

De verklaring dat een gepleegde daad onrechtmatig is wordt zowel gebruikt door de Nederlandse als de Straatsburgse rechter. Tot op zekere hoogte vertonen deze declaratoire uitspraken overeenkomsten. Zo is niet vereist dat de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) of schending van het EVRM reeds heeft plaatsgevonden, maar is de dreiging dat dit zal gebeuren voldoende. Een opvallend verschil is echter dat een declaratoir vonnis volgens Nederlands recht slechts wordt uitgesproken op vordering van de onmiddellijk betrokkene (art. 3:302 BW), terwijl dit in Straatsburg niet het geval is. In enkele gevallen heeft het EHRM weliswaar een declaratoire uitspraak gedaan op verzoek van het slachtoffer, maar in de meeste gevallen heeft het de vaststelling van een verdragsschending voldoende genoegdoening geacht, terwijl het slachtoffer een financiële schadevergoeding had geclaimd.

In een recente uitspraak heeft de Hoge Raad uitdrukkelijk verwezen naar de praktijk van het EHRM om geregeld te volstaan met de constatering van een schending van het EVRM als voldoende billijke genoegdoening in de zin van art. 50 EVRM. De Hoge Raad verwijst naar deze praktijk bij zijn overweging dat in het enkele feit dat de rechter vaststelt dat sprake is geweest van schending van een aantal voorschriften uit de BOPZ reeds een zekere genoegdoening is gelegen.[59] Hierboven heb ik reeds kritiek geleverd op de praktijk van declaratoire uitspraken door het EHRM en ik acht het dan ook een slechte zaak dat de Hoge Raad zich in de genoemde uitspraak aansluit bij deze praktijk.[60]

7.2.3 Restitutio in integrum

Volgens de heersende leer in Nederland is de doelstelling van het schadevergoedingsrecht het goedmaken (compenseren) van de schade. *Restitutio in integrum* wordt in

59 Hoge Raad 13 december 1996, *RvdW* 1997, 1.
60 Zie hoofdstuk 5 § 5.1.2.

het algemeen als een van de bijkomende doelstellingen genoemd.[61] In Straatsburg geldt als uitgangspunt dat het slachtoffer zoveel mogelijk in de positie moet worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd als de schending van het EVRM niet had plaatsgevonden. Hierboven bleek reeds dat *restitutio in integrum* meestal onmogelijk is bij schending van het EVRM, mede omdat het EHRM bepaalde bevoegdheden mist. Het slachtoffer dient dan in financiële zin gecompenseerd te worden.

7.2.4 Verbods- of gebodsactie

Een opvallend verschil met de Nederlandse rechter is dat het EHRM niet de bevoegdheid heeft om een verbod of bevel tot het verrichten van een bepaalde handeling uit te spreken. Het EHRM acht zich zelfs niet bevoegd de aansprakelijke staat aanbevelingen te doen ten aanzien van de te nemen herstelmaatregelen. De bevoegdheid tot het verbieden of gebieden van bepaalde handelingen, of tenminste aanbevelingen daartoe, zou er in belangrijke mate toe kunnen bijdragen dat verdragsschendingen in de toekomst worden voorkomen.[62]

7.3 Vergelijking van schade die volgens Nederlands recht en ingevolge het EVRM voor vergoeding in aanmerking komt

7.3.1 Materiële schade

Bij vergelijking van de Straatsburgse en Nederlandse praktijk terzake van de vergoeding van materiële schade treden geen noemenswaardige verschillen aan het licht. Zowel in Straatsburg als in Nederland vinden vergoedingen plaats voor geleden verlies en voor gederfde winst. In het vervolg van het betoog zal het accent gelegd worden op de immateriële schade, waarbij wel enige verschillen tussen de praktijk van het EHRM en de Nederlandse rechtspraktijk zullen blijken.

7.3.2 Immateriële schade

Het EHRM maakt bij de vergoeding van immateriële schade geen onderscheid naar geschonden verdragsartikel. Uit de inventarisatie van de jurisprudentie op grond van art. 50 EVRM in hoofdstuk 6 volgt dat iedere inbreuk op een verdragsartikel in beginsel kan leiden tot een financiële genoegdoening door het Hof voor moreel nadeel. Een dergelijke vergoeding heeft meestal plaatsgevonden in geval van schending van een procedurele garantie, zoals de overschrijding van de redelijke termijn uit art. 6 EVRM.

61 Anders Barendrecht e.a. 1995, p. 16-17 en 28-29.

62 Zie nader Van Emmerik 1995, p. 303-315, met name p. 313-314.

De Nederlandse praktijk inzake vergoeding van immateriële schade heeft zich voornamelijk geconcentreerd op gevallen van letselschade. Daarnaast vinden ook vergoedingen plaats voor schendingen van het privéleven. Vergoedingen van immateriële schade bij inbreuk op procedurele rechten zijn (vooralsnog) uitzondering. Een kentering is mogelijk in gang gezet door enkele uitspraken, waarin psychiatrische patiënten een vergoeding van immateriële schade hebben gekregen vanwege het feit dat ze bij hun gedwongen opname niet de bijstand van een advocaat hebben gekregen. Daarnaast is er een arrest, waarin de Hoge Raad uitdrukkelijk de mogelijkheid openlaat dat het slachtoffer van een onrechtmatig gelegd executoriaal beslag door de belastingdienst, hierdoor immateriële schade heeft geleden die voor vergoeding in aanmerking komt.[63] Afgezien van deze voorbeelden blijft de Nederlandse rechtspraktijk terzake van vergoeding van moreel nadeel wegens schending van procedurele rechten vooralsnog achter bij de Straatsburgse praktijk.

7.3.3 'Loss of opportunities'

De vergoeding van 'loss of opportunities' kent het EHRM voornamelijk toe bij de schending van procedurele rechten. Deze heeft dan meestal betrekking op materiële schade. Op deze manier kan rekening worden gehouden met de bewijsproblemen voor de klager bij het aantonen van een causaal verband tussen de gestelde schade en de geconstateerde schending. Uit hoofdstuk 5 blijkt ook dat het Hof niet geheel consequent is bij de toekenning van vergoedingen voor 'loss of opportunities'. Bepleit is daar dan ook dat het Hof in vergelijkbare gevallen een vergoeding voor 'loss of opportunities' toekent. Op deze wijze kan rekening gehouden worden met het 'verlies van kansen' op een gunstige afloop van de nationale procedure voor de klager.

De – vooralsnog – spaarzame Nederlandse jurisprudentie ten aanzien van het verlies van een kans om een procedure winnend af te sluiten, is niet eenduidig. In een enkel geval is gebruik gemaakt van de methode van het 'verlies van een kans', in een aantal andere gevallen is de 'alles of niets'-methode toegepast.

In de lijn van de Straatsburgse jurisprudentie pleit ik ervoor dat in de Nederlandse rechtspraktijk de mogelijkheid wordt erkend van een vergoeding van het 'verlies van kansen' op een gunstige afloop van een procedure, indien in deze procedure de garanties uit het EVRM – met name art. 6 – niet in acht zijn genomen.

63 Hoge Raad 13 januari 1995, *RvdW* 1995, 29C: in casu is het door het slachtoffer niet aannemelijk gemaakt dat hij geestelijk letsel heeft geleden.

7.4 Aan wie komt de schadevergoeding toe?

7.4.1 Het slachtoffer

Uitgangspunt is volgens zowel Nederlands recht als het EVRM, dat slechts het slachtoffer van een onrechtmatige daad dan wel een verdragsschending vergoeding van de hierdoor geleden schade kan claimen. Naar Nederlands recht worden handelingsonbekwamen – minderjarigen en onder curatele gestelden – in rechte vertegenwoordigd door hun wettelijke vertegenwoordiger (ouders, voogd, curator). In de Straatsburgse procedure geldt deze eis niet: handelingsonbekwamen kunnen zelfstandig een klacht en een schadevergoedingsclaim indienen.

7.4.2 Nabestaanden

Bij de kwestie van schadevergoeding aan nabestaanden van slachtoffers van mensenrechtenschendingen kunnen twee situaties worden onderscheiden. In de eerste plaats het geval dat het slachtoffer is overleden tengevolge van een schending van het EVRM en de nabestaanden vervolgens een schadevergoedingsclaim indienen (zie § 7.4.2.1). In de tweede plaats de situatie dat het overlijden van het slachtoffer niet is veroorzaakt door de schending van het EVRM (zie § 7.4.2.2). In dit laatste geval bestaan twee varianten: het slachtoffer overlijdt na het indienen van zijn schadevergoedingsclaim en de nabestaanden willen de zaak voortzetten, of de nabestaanden dienen een schadevergoedingsclaim in na het overlijden van hun naaste in verband met een jegens hem gepleegde inbreuk op het EVRM.

7.4.2.1 Schadevergoedingsclaim in verband met overlijden slachtoffer

Op dit punt lijkt het Nederlandse recht minder mogelijkheden te bieden dan 'Straatsburg'. Art. 6:108 BW beperkt het recht op schadevergoeding voor nabestaanden immers tot het derven van levensonderhoud en de kosten van lijkbezorging (zie hoofdstuk 2 § 2.7.2). Een recht op vergoeding van immateriële schade in verband met het overlijden van een naaste bestaat niet. Het EHRM lijkt deze mogelijkheid daarentegen niet uit te sluiten. In hoofdstuk 4 § 4.6.2 is gebleken dat deze kwestie met name speelt in verband met een – mogelijke – schending van het recht op leven ex art. 2 EVRM. De meeste van deze zaken hebben slechts geleid tot schikkingen voor de Commissie en het Hof, waarbij de staat zonder zijn aansprakelijkheid te erkennen geldbedragen aan de klager heeft toegekend. Het Hof heeft vooralsnog in één arrest een schending van art. 2 EVRM geconstateerd, namelijk de zaak *McCann en anderen* tegen het Verenigd Koninkrijk. In deze zaak betrof het drie personen die door Britse veiligheidsagenten in Gibraltar werden neergeschoten, aangezien zij van IRA-terrorisme

werden verdacht en de vrees bestond dat zij een bomaanslag zouden plegen. Hun nabestaanden dienen een klacht in Straatsburg in en krijgen uiteindelijk gelijk van het Hof.[64] Het Hof wijst de schadeclaim van de nabestaanden echter af, aangezien de drie slachtoffers van plan waren een bom te plaatsen in Gibraltar.[65]

Het Hof sluit de mogelijkheid van vergoeding van immateriële schade op grond van art. 50 EVRM ten behoeve van de nabestaanden van een slachtoffer van een schending van art. 2 EVRM zeker niet uit.

In hoofdstuk 2 § 2.7.2 werd de volgende casus genoemd. Een vijftienjarige jongen overlijdt ten gevolge van onrechtmatig politieoptreden. Zijn moeder vordert smartengeld wegens het verdriet om het overlijden van haar zoon. De rechter zal deze vordering afwijzen, aangezien dit 'afgeleide' leed niet voor vergoeding in aanmerking komt op grond van art. 6:108 BW. Slechts indien de moeder met haar zoon bij het politieoptreden was betrokken, zou ze kunnen stellen 'op andere wijze in haar persoon te zijn aangetast' door het politieoptreden ten gevolge waarvan haar zoon is overleden. In dat geval zou ze eventueel op grond van art. 6:162 j° 6:106 lid 1 sub b BW in aanmerking kunnen komen voor de vergoeding van immateriële schade die zij zelf heeft geleden. Het zal echter zeer moeilijk zijn deze schade, alsmede het causaal verband met het onrechtmatige politieoptreden aan te tonen.[66]

Het Nederlandse recht biedt in deze casus minder mogelijkheden dan de Straatsburgse praktijk. De moeder zou na uitputting van de nationale rechtsmiddelen een klacht in Straatsburg kunnen indienen wegens schending van art. 2 EVRM. Nadat de Commissie haar klacht ontvankelijk heeft verklaard, kan de zaak uiteindelijk voor het Hof komen. Indien het Hof een schending van art. 2 EVRM constateert, kan het op grond van art. 50 EVRM de moeder een vergoeding voor materiële en immateriële schade toekennen veroorzaakt door de schending van art. 2 EVRM ten opzichte van haar zoon. Het Hof heeft weliswaar tot nu toe geen schadevergoeding aan de nabestaanden van een slachtoffer van een schending van art. 2 EVRM toegekend. Het ligt echter naar mijn mening voor de hand dat het Hof in de toekomst nabestaanden ook een vergoeding voor geleden immateriële schade veroorzaakt door de schending van art. 2 EVRM zal toekennen, mede gezien het feit dat het Hof in zijn jurisprudentie op grond van art. 50 tot nu toe geen enkel verdragsartikel heeft uitgesloten van de mogelijkheid van vergoeding van immateriële schade. Het is de vraag of het Hof in

64 Arrest *McCann en anderen* tegen het Verenigd Koninkrijk van 27 september 1995, A-324: met tien stemmen tegen negen constateert het Hof een schending van art. 2 EVRM.

65 Arrest *McCann en anderen* tegen het Verenigd Koninkrijk van 27 september 1995, A-324, § 219; zie voor kritiek op de afwijzing van de schadeclaim hoofdstuk 6 § 6.6.

66 Vgl. Hoge Raad 8 april 1983, *NJ* 1984, 717 met noot C.J.H. Brunner.

dit verband zal differentiëren tussen afgeleide schade en door de nabestaanden zelf geleden schade.[67]

Bovendien gaat de in Nederland nog steeds niet erg bekende resolutie van het Comité van Ministers van de Raad van Europa van 14 maart 1975 inzake schadevergoeding in geval van letsel of overlijden ook verder dan het Nederlandse recht op dit terrein. Het doel van deze resolutie is om de Europese rechtsstelsels inzake wettelijke aansprakelijkheid in geval van letsel of overlijden dichter bij elkaar te brengen. De resolutie erkent onder meer de mogelijkheid dat naaste verwanten smartengeld claimen na het overlijden van het slachtoffer, op voorwaarde dat op het moment van overlijden een nauwe band van genegenheid aanwezig is.[68]

7.4.2.2 Schadevergoedingsclaim houdt geen verband met overlijden slachtoffer

Het Nederlandse recht erkent dat een claim van een overleden persoon tot vergoeding van materiële schade en kosten in beginsel overgaat op zijn erfgenamen. Een en ander is in lijn met de Straatsburgse rechtspraak terzake.[69]

Art. 6:106 lid 2 BW bepaalt dat het voor overgang onder algemene titel van het recht op vergoeding van immateriële schade voldoende is dat de overledene aan de wederpartij heeft medegedeeld op de vergoeding aanspraak te maken. Er hoeft derhalve nog geen vordering in rechte te zijn ingesteld. Volgens het Europese Hof gaat de schadevergoedingsclaim van een overleden persoon in beginsel over op zijn rechtsopvolgers onder algemene titel. Na enige aarzeling heeft het Hof deze regel ook toegepast ten aanzien van de door het slachtoffer geleden immateriële schade.[70] De nabestaanden dienen wel te kennen te geven dat zij de zaak willen voortzetten.

De beperking van art. 89 lid 6 Sv, dat geen vergoeding van immateriële schade plaatsvindt aan de nabestaanden van het slachtoffer indien deze na het indienen van de schadeclaim is overleden, lijkt op gespannen voet te staan met de zojuist genoemde jurisprudentie van het EHRM. Bovendien strookt deze beperking evenmin met art. 6:106 lid 2 BW, op grond waarvan een immateriële schadeclaim overgaat op de rechtsopvolgers onder algemene titel, als het slachtoffer maar aan de schadeveroorzaker heeft laten blijken aanspraak op een dergelijke vergoeding te maken.

67 Vgl. het arrest *A en anderen* tegen Denemarken van 8 februari 1996, *RJD* 1996; zie nader hoofdstuk 4 § 4.6.2.2.

68 Zie voor de tekst van deze resolutie, Bouman/Van Wassenaer 1991, p. 103-106; zie over deze resolutie Barendrecht e.a. 1995, p. 259-260 en Dannemann 1994, p. 95-96.

69 Zie arrest *X* tegen het Verenigd Koninkrijk van 18 oktober 1982 (art. 50), A-55, § 12.

70 In navolging van de 'dissenting opinion' van rechter Vilhjálmsson in het arrest *X* tegen het Verenigd Koninkrijk van 18 oktober 1982 (art. 50), A-55, p. 20; deze rechter benadrukt dat de klager zijn claim voor vergoeding van materiële en immateriële schade reeds tijdens zijn leven had ingediend, zie hoofdstuk 4 § 4.6.2.

Op grond van art. 89 lid 6 Sv kunnen de nabestaanden van iemand die ten onrechte in voorlopige hechtenis heeft gezeten een verzoek om schadevergoeding wegens ten onrechte ondergane preventieve detentie indienen. Deze vergoeding kan aan hen worden toegekend, echter met uitzondering van de door de gewezen verdachte geleden immateriële schade. Het lijkt mij echter niet uitgesloten dat het EHRM in een dergelijk geval een schending van art. 5 EVRM constateert en de nabestaanden van het slachtoffer een vergoeding toekent voor de door hen en/of door het slachtoffer geleden immateriële schade.[71] Het is duidelijk dat deze schade in nauw verband staat met de door het slachtoffer geleden immateriële schade.[72]

7.4.3 Schuldeisers

Art. 6:106 lid 2 BW, dat bepaalt dat het recht op vergoeding van immateriële schade niet vatbaar is voor overgang en beslag, spoort met het verklarend arrest van het Europese Hof in de zaak *Ringeisen*, waarin het Hof duidelijk heeft gemaakt dat de vergoeding van immateriële schade aan het slachtoffer persoonlijk moet worden uitbetaald.[73] De eerste in art. 6:106 lid 2 BW genoemde uitzondering – het recht op vergoeding van immateriële schade is bij overeenkomst vastgelegd – is in de context van art. 50 EVRM niet aan de orde. De tweede uitzondering – terzake van het recht op vergoeding van immateriële schade is een vordering in rechte ingesteld – zou kunnen gelden bij op grond van art. 50 EVRM door het EHRM toegekende bedragen voor vergoeding van immateriële schade. Immers, vanaf de datum van het wijzen van het EHRM-arrest, waarbij de Nederlandse staat is veroordeeld tot het betalen van deze vergoeding, tot het moment dat deze bedragen daadwerkelijk aan het slachtoffer zijn betaald, is denkbaar dat een crediteur beslag laat leggen op de vordering van het slachtoffer ten opzichte van de staat. In de lijn van het reeds genoemde arrest *Ringeisen* meen ik echter dat de op grond van art. 50 EVRM aan het slachtoffer toegekende vergoeding van immateriële schade onvatbaar voor beslag en immuun voor tegenvorderingen dient te zijn. De Nederlandse staat mag dit door het Europese Hof toegekende bedrag mijns inziens dan ook niet verrekenen met nog openstaande schulden van het slachtoffer, bijvoorbeeld aan de fiscus. Het is de vraag of dit bedrag na uitbetaling

71 Vgl. het arrest *Colozza* tegen Italië van 12 februari 1985, A-89, § 38: de weduwe van de klager ontvangt onder meer een vergoeding van de door haar man en haarzelf geleden immateriële schade veroorzaakt door de jegens haar man gepleegde schending van art. 6 EVRM.

72 Vgl. het arrest *Nölkenbockhoff* tegen Duitsland van 25 augustus 1987, A-123-C: een weduwe klaagt na het overlijden van haar man over een tegen hem begane inbreuk op art. 6 lid 2 EVRM. Het Hof overweegt onder meer dat de weduwe er materieel en moreel belang bij kan hebben dat haar man van alle blaam wordt gezuiverd, zie A-123-C, § 33; in casu acht het Hof art. 6 lid 2 EVRM echter niet geschonden, zie nader hoofdstuk 4 § 4.6.2.

73 Arrest *Ringeisen* tegen Oostenrijk van 23 juni 1973 (Interprétation), A-16, § 15. Zie hoofdstuk 4 § 4.6.3.; zie voor het Nederlandse recht hoofdstuk 2 § 2.7.3.

aan de klager nog steeds onvatbaar voor beslag is. In hoofdstuk 4 is betoogd dat de bewoordingen van het Hof in het arrest *Ringeisen* deze mogelijkheid openlaten, alhoewel hier vele praktische bezwaren aan verbonden zullen zijn.[74] Helaas heeft het Hof hierover geen duidelijkheid verschaft in de interpretatie van de art. 50-beslissing in het arrest *Allenet de Ribemont*.[75]

De door het EHRM op grond van art. 50 EVRM toegekende bedragen voor vergoeding van materiële schade en kosten dienen eveneens onvatbaar voor beslag en immuun voor tegenvorderingen te zijn, totdat deze bedragen door de Nederlandse overheid aan het slachtoffer zijn uitbetaald.[76] Na uitbetaling aan het slachtoffer vormen deze bedragen bestanddeel van het vermogen van het slachtoffer en kunnen crediteuren, of het nu de staat of andere schuldeisers betreft, hun vorderingen op het gehele vermogen doen gelden.

In de reeds genoemde wet tot wijziging van de regeling inzake schadevergoeding voor voorlopige hechtenis[77] is onder meer de mogelijkheid voor de rechter opgenomen om de op grond van art. 89 Sv toe te kennen schadevergoeding te verrekenen met geldboetes en andere aan de staat verschuldigde geldsommen, tot betaling waarvan de verzoeker bij onherroepelijk geworden vonnis of arrest is veroordeeld en die nog niet door hem zijn voldaan. Het is evident dat het voor de overheid op deze manier aanzienlijk gemakkelijker wordt om deze geldbedragen te incasseren.

Naar mijn mening vallen hierbij wel enige kanttekeningen te plaatsen. Met de voorgestelde regeling lijkt het bijvoorbeeld mogelijk te worden dat de rechter een op grond van art. 89 Sv toegekende vergoeding wegens ten onrechte ondergane voorlopige hechtenis verrekent met een belastingschuld van de betrokkene.[78] In de lijn van het voorgaande meen ik echter dat deze vergoeding, die in belangrijke mate ziet op immateriële schade, is bedoeld als een persoonlijke genoegdoening voor degene die ten onrechte in preventieve hechtenis heeft gezeten en dat het hiermee onverenigbaar

74 Arrest *Ringeisen* tegen Oostenrijk van 23 juni 1973 (Interprétation), A-16, p. 9; zie uitgebreid hoofdstuk 4 § 4.6.3..

75 Arrest *Allenet de Ribemont* tegen Frankrijk van 7 augustus 1996 (interpretatie), *RJD* 1996; in casu betreft het de interpretatie van de art. 50-beslissing van het Hof in zijn arrest van 10 februari 1995, A-308. Zie nader hoofdstuk 4 § 4.6.3.

76 Zie nader mijn betoog in hoofdstuk 4 § 4.6.3.

77 Wijziging van het Wetboek van Strafvordering en de Gratiewet (herziene gratieregeling en regeling inzake schadevergoeding voor voorlopige hechtenis), Tweede Kamer, vergaderjaar 1994-1995, 23 960, nrs 1-2, ingediend op 31 oktober 1994. Aangenomen door Eerste Kamer op 16 januari 1996, in werking getreden op 1 mei 1996; zie hoofdstuk 2 § 2.3.2.1.

78 Minister van Justitie Sorgdrager lijkt deze mogelijkheid om praktische redenen af te wijzen, waarbij zij zich afvraagt: 'Zijn wij in staat de systemen van de belastingdienst en van het strafrecht met elkaar te verbinden? Ik ben [het woord ben ontbreekt in origineel, MLvE] bang dat dit zo ingewikkeld wordt dat wij ons doel voorbijschieten.' Zij wijst deze verrekeningsmethode derhalve niet op principiële gronden af, zie *Handelingen Tweede Kamer* 1994/1995, nr. 74, 10 mei 1995, p. 4445-4461 (citaat op p. 4458).

is om deze genoegdoening te verrekenen met schulden die het slachtoffer aan de staat heeft.[79]

7.4.4 Rechtspersonen

Zowel in Straatsburg als in Nederland kunnen rechtspersonen vergoeding van materiële schade claimen. Noch in de jurisprudentie op grond van art. 50 EVRM noch in de Nederlandse rechtspraktijk bestaat duidelijkheid over de vraag of rechtspersonen in aanmerking kunnen komen voor vergoeding van immateriële schade. Volgens het in hoofdstuk 2 § 2.7.4 genoemde arrest van het Hof Amsterdam kan een rechtspersoon in zijn reputatie worden aangetast en aanspraak maken op vergoeding van ideële schade wegens krenking van zijn goede naam.[80] In casu betreft het de schending van het auteursrecht van de Rijkspostspaarbank: een uitgever had een afbeelding van een spaarbankboekje van de Rijkspostspaarbank afgedrukt op de voorkant van een misdaadroman getiteld 'De vervalsers'. Het hof overweegt dat hierdoor het aan de Rijkspostspaarbank toekomende auteursrecht is geschonden, zodat de bank uit dien hoofde ideële schade heeft geleden. Voor deze schade en voor de aantasting van de reputatie van de Rijkspostspaarbank kent het hof een schadevergoeding toe van *f* 2000. Mijns inziens zal deze schade zich met name in materiële zin manifesteren: door de aantasting van de reputatie zal de bank mogelijk minder klanten krijgen en winst derven. Een zelfde redenering gaat op voor het reisbureau waarover in de pers negatieve berichten verschijnen. De aantasting van de reputatie vertaalt zich in materiële schade, aangezien het reisbureau mogelijk klanten verliest ten gevolge van deze negatieve berichten.[81] Zoals ik in hoofdstuk 4 § 4.6.4 reeds heb betoogd kan een commerciële onderneming geen zuiver immateriële schade lijden.

Het lijkt mij dat rechtspersonen met een ideële doelstelling wel immateriële schade kunnen lijden en vergoeding hiervan kunnen claimen. Stel het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJCM) wordt door een gemeente beticht van het aanwakkeren van discriminatie, aangezien het op een studiedag over bestrijding van rassendiscriminatie ook enkele vertegenwoordigers van extreem-rechtse groeperingen

79 Zie ook de vraag van de fractieleden van SGP/GPV/RPV in de Eerste Kamer aan de minister van Justitie of het slechts gaat om verrekening met andere door de strafrechter opgelegde vermogenssancties, of ook om verrekening met een bij onherroepelijk vonnis vastgestelde belastingschuld of opgelegde fiscale boete. Zie Nader Voorlopig Verslag van de vaste Commissie voor Justitie van de Eerste Kamer, vastgesteld 10 oktober 1995, 23 960, nr. 32. De minister van Justitie heeft vervolgens duidelijk gemaakt dat het bij de verrekening dient te gaan om geldsommen die zijn verschuldigd op grond van een in een strafzaak gewezen vonnis of uitspraak, zie Nadere Memorie van Antwoord, ontvangen door Eerste Kamer op 9 november 1995, 23 960, nr. 32a, p. 2.

80 Hof Amsterdam, 10 februari 1970, *NJ* 1971, 130.

81 Rechtbank Arnhem, 5 september 1974, *NJ* 1975, 364: de rechtbank wijst de immateriële schadeclaim van het reisbureau af, aangezien een rechtspersoon niet in haar persoonlijk eergevoel kan zijn gekrenkt.

heeft toegelaten. Het NJCM kan door deze aantijging immateriële schade lijden, bestaande in de aantasting van zijn reputatie. Naar mijn mening kan het NJCM dan in aanmerking komen voor vergoeding van deze schade, aangezien deze aantasting van zijn reputatie het NJCM kan hinderen bij de verwezenlijking van zijn doelstellingen, namelijk de bescherming en bevordering van de fundamentele rechten van de mens in Nederland en in het Nederlandse buitenlandse beleid.

Indien een rechtspersoon opzettelijk wordt gefrustreerd in de verwezenlijking van een ideëel doel kan de vergoeding van deze immateriële schade eventueel gebracht worden onder art. 6:106 lid 1 aanhef en onder a BW, dat recht geeft op vergoeding van immateriële schade indien de aansprakelijke persoon het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen.[82]

7.5 Schadevergoeding bij schending van het recht op persoonlijke vrijheid en veiligheid (art. 5 EVRM en art. 3 Protocol 7)

7.5.1 Strafrechtelijke detentie

Degene die ten onrechte in voorlopige hechtenis heeft gezeten kan op grond van art. 89 Sv vergoeding van de hierdoor geleden schade verzoeken. De rechter kan op gronden van billijkheid gehoor geven aan dit verzoek. Is sprake van een onrechtmatige vrijheidsberoving, dan heeft de betrokkene op grond van art. 6:162 BW in verbinding met art. 5 lid 5 EVRM recht op volledige vergoeding van de hierdoor geleden schade.[83] Het kan bijvoorbeeld gaan om een voorlopige hechtenis waartoe krachtens art. 5 lid 1 sub c EVRM geen grond bestond.

Het EHRM kent in het algemeen schadevergoeding toe in verband met vrijheidsberovingen waartoe krachtens art. 5 lid 1 geen grond bestond. Een enkele keer heeft het Hof volstaan met de constatering van een schending van dit art. als voldoende genoegdoening voor de hierdoor geleden immateriële schade. Hierboven heb ik reeds betoogd dat bij een dergelijke inbreuk een financiële compensatie op haar plaats is.

Uit de Straatsburgse jurisprudentie valt geen vast bedrag per dag af te leiden als vergoeding van immateriële schade veroorzaakt door een vrijheidsberoving in strijd met de vereisten van art. 5.[84] In de Nederlandse rechtspraktijk is een tarief van *f*100 per dag van onrechtmatige detentie gangbaar. Is de vrijheidsberoving ondergaan op het politiebureau, dan geldt een standaardtarief van *f*150 per dag.[85] Met DANNEMANN

82 Parlementaire Geschiedenis NBW, Boek 6, p. 380; zie Barendrecht e.a. 1995, p. 263.

83 Hoge Raad 7 april 1989, *NJ* 1989, 532.

84 Zie hierboven hoofdstuk 6 § 6.2.; zie ook Dannemann 1994, p. 391-398.

85 Conform de richtlijn van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak betreffende de vergoeding van immateriële schade bij inverzekeringstelling en voorlopige hechtenis, *Trema* 1990, p. 267.

ben ik van mening dat een zekere standaardisering hier op haar plaats is om al te grote willekeur tegen te gaan.[86] In dit verband kan aansluiting gezocht worden bij de aanbeveling van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak om de dagvergoeding in beginsel te stellen op *f*150 tot *f*200. In geval van verblijf in een politiebureau of beperkingen die bij de voorlopige hechtenis zijn opgelegd, kan dit bedrag worden verhoogd tot *f*200 of meer. Persoonlijke omstandigheden en de ernst van de verdenking kunnen aanleiding geven om dit bedrag te verhogen.[87] Zo kan de ernst van de gepleegde inbreuk op het recht op persoonlijke vrijheid en veiligheid een belangrijke reden zijn om een hoger tarief te hanteren.[88]

Bij de kwestie van schadevergoeding in geval van schending van art. 5 lid 3 EVRM (het recht van een overeenkomstig art. 5 lid 1 sub c gedetineerde persoon op onverwijlde voorgeleiding voor een rechter en het recht binnen een redelijke termijn berecht te worden) heeft het Hof rekening gehouden met het feit dat de in voorlopige hechtenis doorgebrachte tijd afgetrokken is van de uiteindelijk opgelegde straf.

Op grond van art. 27 van het Wetboek van Strafrecht moet de Nederlandse rechter bij de strafoplegging de tijd doorgebracht in voorlopige hechtenis in mindering brengen op de op te leggen straf. In dit verband zal de rechter ook rekening houden met de in strijd met art. 5 lid 3 EVRM in voorlopige hechtenis doorgebrachte dagen. De aftrek van deze dagen van de op te leggen straf kan zeker een rol spelen bij het goedmaken van de geleden materiële schade. De door de schending van art. 5 lid 3 geleden immateriële schade is hiermee mijns inziens echter nog niet goedgemaakt. In beginsel is hier enige financiële genoegdoening op haar plaats.

Bij schending van art. 5 lid 4 (het recht op een periodieke rechterlijke toetsing van de detentie) heeft het Hof de materiële schadeclaim van het slachtoffer afgewezen in verband met ontbreken van een causaal verband tussen de schending en de gestelde schade. Een enkele keer heeft het Hof een vergoeding toegekend voor de geleden immateriële schade, maar in de meeste gevallen heeft het Hof overwogen dat deze schade voldoende is goedgemaakt door de constatering van een inbreuk op art. 5 lid 4, zoals in het arrest *Koendjbiharie* tegen Nederland.[89] Deze zaak betreft een ter beschikking gestelde klager wiens tbr enkele keren verlengd werd. Het Hof heeft een

86 Dannemann 1994, p. 397; hij gaat uit van een bedrag van ongeveer 150 DM per dag van onrechtmatige detentie. In het arrest *Unterpertinger* tegen Oostenrijk van 24 november 1986, A-110, § 35, is het Hof uitgegaan van een bedrag van ongeveer 78 DM per dag, dat volgens *Dannemann* zonder probleem kan worden verdubbeld.

87 Zie het rapport van 15 december 1994 inzake schadevergoeding na voorlopige hechtenis en andere dwangmiddelen van een door de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak ingestelde werkgroep, p. 3.

88 Vgl. het arrest *Bozano* tegen Frankrijk van 2 december 1987 (art. 50), A-124-F, § 8-10.

89 Arrest *Koendjbiharie* tegen Nederland van 25 oktober 1990, A-185-B, § 34; *NJ* 1991, 624.

schending van art. 5 lid 4 geconstateerd, aangezien bij de laatste verlenging ruim vier maanden waren verlopen tussen het verzoek van de officier van justitie en de beslissing van het gerechtshof om de tbr te verlengen. Het Hof acht de gevoelens van frustratie die de klager hier aan overgehouden heeft echter goedgemaakt door de constatering van de inbreuk op het EVRM.

Het Hof Arnhem heeft de officier van justitie niet ontvankelijk verklaard in zijn vordering wegens het te laat indienen van de vordering tot verlenging van de terbeschikkingstelling.[90] Het verzoek van de betrokkene om schadevergoeding (*f*100 per dag van onrechtmatige vrijheidsberoving) wordt echter afgewezen, aangezien de wet voor de terbeschikkingstelling niet voorziet in een regeling als bepaald in de art.en 89 e.v. SV. Volgens het hof is geen sprake van een onrechtmatige detentie, aangezien de tbr op grond van art. 509*q* SV van kracht blijft totdat onherroepelijk op de verlengingsvordering is beslist. Na deze 'tbr-procedure' heeft de ter beschikking gestelde de staat in een civiele procedure voor de kantonrechter gedaagd en een schadevergoeding van *f*1700 geëist voor de zeventien dagen die hij naar zijn mening onrechtmatig heeft vastgezeten. De kantonrechter heeft deze vordering afgewezen, aangezien in de wet geen enkele steun te vinden is voor toekenning van deze schadevergoeding. In cassatie komt de Hoge Raad vanwege het bepaalde in art. 100 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie niet toe aan een inhoudelijke beoordeling van het beroep.[91]

Annotator VAN VEEN meent dat in casu alle reden bestaat om de betrokkene wel een vergoeding toe te kennen. Art. 5 lid 5 EVRM vereist immers dat er een gerecht is waarbij het slachtoffer van een ten onrechte ondergane detentie zijn recht op schadevergoeding geldend kan maken. Bij het ontbreken van een wettelijke regeling voor ten onrechte ondergane terbeschikkingstelling is dat volgens VAN VEEN de burgerlijke rechter, zodat betrokkene bij de kantonrechter precies aan het juiste adres was.

In casu is naar mijn mening sprake van een inbreuk op art. 5 lid 4 EVRM, aangezien de termijnen uit art. 509*o* lid 1 SV niet in acht zijn genomen.[92] De hierdoor geleden immateriële schade rechtvaardigt in beginsel een financiële vergoeding: op de aansprakelijke regering rust de bewijslast om aan te tonen dat deze schade zo gering is, dat zij niet in aanmerking komt voor financiële genoegdoening. Deze opvatting zal ik hierna in § 7.5.6. nader onderbouwen. Met VAN VEEN meen ik dat de ter beschikking gestelde die ten onrechte heeft vastgezeten zich bij gebreke van

90 Hof Arnhem (penitentiaire kamer) 19 februari 1990, *NJ* 1991, 756; in gelijke zin Hof Arnhem (penitentiaire kamer) 27 maart 1992, *NJ* 1993, 19.

91 Hoge Raad 19 februari 1993, *NJ* 1993, 302 met noot Th.W. van Veen. Art. 100 Wet RO beperkt de mogelijkheid van beroep in cassatie tot enkele formele gronden. Zie voor kritiek op deze beperking J. de Boer, Art. 5 EVRM en de beperking van hogere voorziening, *NJB* 1991, p. 317-318.

92 Uit de Straatsburgse jurisprudentie volgt immers dat de herzieningsprocedure van art. 5 lid 4, wil zij in overeenstemming zijn met de vereisten van art. 5, tevens moet voldoen aan de materiële en procedurele vereisten van het nationale recht, zie bijv. het arrest *Koendjbiharie* tegen Nederland van 25 oktober 1990, A-185-B, § 27; *NJ* 1991, 626.

een regeling analoog aan art. 89 Sv tot de burgerlijke rechter moet kunnen wenden teneinde zijn recht op schadeloosstelling wegens onrechtmatige detentie ex art. 5 lid 5 te realiseren.

7.5.2 Ten onrechte ondergane straf[93]

Vooropgesteld dient te worden dat Nederland nog geen partij is bij het Zevende Protocol bij het EVRM. In tegenstelling tot art. 3 van dit Protocol is Nederland echter wel gebonden aan het vergelijkbare art. 14 lid 6 IVBPR.[94]

In een advies aan de regering heeft DUBBINK, oud-president van de Hoge Raad, aangeraden voorlopig af te zien van ratificatie van het Zevende Protocol.[95] Ten aanzien van de verhouding van art. 481 Sv en art. 3 van het Zevende Protocol heeft hij het volgende naar voren gebracht.

In de eerste plaats kan de rechter de ten onrechte veroordeelde op grond van art. 481 Sv een schadevergoeding toekennen voor zover daartoe, naar het oordeel van de rechter, gronden van billijkheid aanwezig zijn. Art. 3 Protocol No. 7 legt daarentegen een recht op schadevergoeding vast ('wordt schadeloos gesteld'). Dit verschil wordt veroorzaakt door het feit dat het Wetboek van Strafvordering herziening toelaat in meer gevallen dan alleen 'gerechtelijke dwaling'. Voor het slagen van de aanvraag tot herziening is niet noodzakelijk dat de onschuld van de betrokkene onomstotelijk wordt aangetoond. Art. 481 Sv biedt de ruimte om bij de beslissing over schadevergoeding hiermee rekening te houden. Art. 3 Protocol No. 7 garandeert een recht op volledige schadevergoeding voor het geval de betrokkene volstrekt onschuldig blijkt te zijn, tenzij wordt aangetoond dat het geheel of gedeeltelijk aan hem ligt dat het onbekende feit niet tijdig bekend werd. Bij aanvaarding van het Protocol door Nederland zal de Nederlandse herzieningsregeling volgens DUBBINK in die zin moeten worden gewijzigd, dat de mogelijkheid bestaat dat na een geslaagd herzieningsverzoek de onschuld van de betrokkene wordt vastgesteld. Art. 481 Sv dient dan te bepalen dat de veroordeelde in geval van gebleken onschuld een recht op volledige schadevergoeding heeft, tenzij wordt bewezen dat het geheel of gedeeltelijk aan hem is te wijten

93 Strikt genomen is een behandeling van schadevergoeding wegens ten onrechte ondergane straf niet geheel op haar plaats in een paragraaf over onrechtmatige vrijheidsberoving. Het kan immers bijvoorbeeld ook gaan om een ten onrechte opgelegde geldboete. Uit praktische overwegingen is er echter voor gekozen deze kwestie hier aan de orde te stellen.

94 Zie over art. 3 van Protocol No. 7, hoofdstuk 3 § 3.8.

95 C.W. Dubbink, Ratificatie van het Zevende Protocol bij het EVRM, advies aan de Nederlandse regering, 1992, *NJCM-Bulletin* 20-4 (1995), p. 439-461. M.W.C. Feteris heeft met een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur een exemplaar van het advies verkregen, dat vervolgens in het NJCM-Bulletin is gepubliceerd.

dat het nieuwe feit niet bekend was. Voor de overige gevallen kan de huidige regeling blijven bestaan.[96]

In de tweede plaats is een belangrijk verschil dat art. 481 Sv betrekking heeft op herziening van strafvonnissen in klassieke zin, terwijl de regeling van art. 3 Protocol No. 7 verder lijkt te gaan. Ratificatie van dit Protocol zou volgens DUBBINK betekenen dat in het Nederlandse recht een herzieningsregeling in het leven dient te worden geroepen voor alle gevallen waarin tuchtcolleges en buiten-gerechtelijke autoriteiten strafsancties van enige betekenis opleggen. Hiertoe is een omvangrijke wetgevende operatie vereist.[97] DUBBINK meent dat het niet mogelijk is bij ratificatie van het Protocol een voorbehoud te maken in de zin dat art. 3 slechts toepasselijk is voor de klassieke rechterlijke macht, aangezien art. 64 EVRM het maken van algemene voorbehouden verbiedt.[98]

Met DUBBINK ben ik van oordeel dat de woorden 'who has suffered punishment' in art. 3 van het Zevende Protocol ruim dienen te worden uitgelegd. In tegenstelling tot art. 481 Sv, dat spreekt van 'ter zake ondergane straf', is hier ook dwangverpleging onder te begrijpen.[99]

DUBBINK gaat ervan uit dat art. 14 lid 6 IVBPR slechts betrekking heeft op strafvonnissen in engere zin.[100] Dit lijkt me echter een te enge interpretatie van art. 14. NOWAK schrijft in zijn commentaar op het ivbpr, dat de term 'criminal charge' uit art. 14 net als die in art. 6 EVRM op autonome wijze dient te worden geïnterpreteerd. Anders zouden verdragsstaten de vereisten van dit artikel kunnen omzeilen door de oplegging van straffen aan administratieve autoriteiten uit te besteden.[101] Een en ander sluit derhalve niet uit dat ook straffen opgelegd door andere autoriteiten dan de strafrechter onder het bereik van art. 14 zouden kunnen vallen. FETERIS heeft er terecht op gewezen dat de authentieke Engelse term spreekt van 'miscarriage of justice', een neutraler begrip dan de Nederlandse vertaling 'gerechtelijke dwaling'. Hij meent dan ook dat art. 14 lid 6 IVBPR zich eveneens leent voor toepassing op administratieve sancties.[102] Naast vrijheidsbenemende straffen kan ook bij vermogenssancties die ten onrechte zijn opgelegd schade ontstaan, die volgens art. 14 lid 6 voor vergoeding in aanmerking komt. Naast vermogensverlies kan sprake zijn van immateriële schade veroorzaakt door een ten onrechte opgelegde geldboete. FETERIS meent dan ook dat de burgerlijke rechter in dergelijke gevallen eveneens vergoeding

96 Dubbink 1992, p. 453-454.
97 Dubbink 1992, p. 454.
98 Dubbink 1992, p. 460-461; hetzelfde argument voert hij aan bij art. 2 (recht op hoger beroep in strafzaken).
99 Dubbink 1992, p. 454.
100 Dubbink 1992, p. 453.
101 Nowak 1993, p. 243-244.
102 M.C.W. Feteris, *Fiscale administratieve sancties en het recht op een behoorlijk proces*, dissertatie Amsterdam, 1993, p. 746.

van immateriële schade moet kunnen toekennen. Een en ander is mogelijk door art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW, dat ziet op de vergoeding van immateriële schade, ruim en daarmee verdragsconform uit te leggen, in die zin dat deze schade gebracht wordt onder 'aantasting van de persoon op andere wijze'.[103]

Geconcludeerd kan worden dat de argumenten die DUBBINK aanvoert ten aanzien van art. 3 van het zevende Protocol om niet tot ratificatie van het Protocol over te gaan niet erg overtuigen. Nederland is reeds gebonden aan art. 14 lid 6 ivbpr dat ook gelding zou kunnen hebben voor sancties in het administratieve recht. Bij deze bepaling heeft Nederland geen voorbehoud gemaakt. Zijn opvatting ten aanzien van de vereiste aanvulling van de Nederlandse herzieningsregeling bij ratificatie van het Protocol ondersteun ik. Deze noodzaak tot aanvulling is geen argument tegen ratificatie van het Protocol, maar geeft de Nederlandse regering precies aan hoe zij op dit terrein dient te handelen bij het zich verbinden aan het Protocol. Het lijkt me in het belang van een effectieve mensenrechtenbescherming dat Nederland zo spoedig mogelijk zonder voorbehoud partij wordt bij het Zevende Protocol.[104] Het door FETERIS bij art. 14 lid 6 IVBPR naar voren gebrachte standpunt, dat ook bij ten onrechte opgelegde vermogenssancties de burgerlijke rechter – via een ruime uitleg van art. 6:106 BW – eventueel geleden immateriële schade zal moeten vergoeden, lijkt me ook te gelden ten aanzien van art. 3 van het zevende Protocol.

7.5.3 Vreemdelingenbewaring

Tot nu toe heeft het EHRM één uitspraak gedaan, waarin het de detentie van vreemdelingen in strijd heeft geacht met art. 5 lid 1.[105] Daarnaast heeft het Hof in drie zaken een uitleveringsdetentie in strijd bevonden met de vereisten van art. 5.[106] Bovendien heeft de hierboven en -onder genoemde Straatsburgse jurisprudentie betekenis voor een ieder die van zijn vrijheid is beroofd. Op grond van art. 34j Vreemdelingenwet (VW) kan de rechter op gronden van billijkheid de vreemdeling die ten onrechte zijn vrijheid is ontnomen een vergoeding ten laste van de staat toekennen. Daarnaast staat

103 Feteris 1993, p. 746-747.

104 Zo ook het Redactioneel, Nederland moet niet langer dralen met toetreding tot het Zevende Protocol bij het EVRM, *NJCM-Bulletin* 20-4 (1995), p. 389-390. De door Dubbink gesignaleerde bezwaren zijn niet onoverkomelijk en zijn advies geeft hier juist oplossingen voor. Naast art. 3 zijn de volgende rechten in het Protocol opgenomen. Art. 1: rechtsmiddelen voor de rechtmatig in een verdragsstaat verblijvende vreemdeling ten aanzien van een eventuele uitzetting; art. 2: recht op hoger beroep terzake van veroordelingen voor een strafbaar feit; art. 4: de *ne bis in idem* regel en art. 5: gelijke behandeling van echtgenoten.

105 Arrest *Amuur* tegen Frankrijk van 25 juni 1996, *RJD* 1996.

106 Zie de arresten *Sanchez-Reisse* tegen Zwitserland van 21 oktober 1986, A-107; *Bozano* tegen Frankrijk van 18 december 1986, A-111 en *Quinn* tegen Frankrijk van 22 maart 1995, A-311.

de weg van art. 6:162 BW voor het slachtoffer van een schending van art. 5 lid 1 EVRM open, teneinde zijn recht op volledige schadevergoeding te realiseren, waarop hij krachtens art. 5 lid 5 EVRM aanspraak heeft.[107] Deze weg naar de burgerlijke rechter is uitermate belangrijk indien de rechter het verzoek om schadevergoeding op grond van art. 34j VW afwijst dan wel niet volledig toewijst, aangezien hier geen gronden van billijkheid voor aanwezig zouden zijn. Zo heeft het Hof Den Haag een vreemdelingenbewaring van meer dan vier dagen op het politiebureau in strijd met de wet geoordeeld maar de vreemdeling geen schadevergoeding toegekend, aangezien deze zelf het risico van uitzetting en bewaring heeft genomen.[108] Deze beslissing lijkt mij niet in overeenstemming met art. 5 lid 5 EVRM, dat recht geeft op schadeloosstelling in geval van schending van de vereisten van dit artikel.[109] In casu is immers sprake van een vrijheidsberoving in strijd met art. 5 lid 1, aangezien deze plaatsvond in strijd met de wet.

Eind 1994 heeft de Rechtbank Den Haag een uitspraak gedaan die wel recht doet aan de vereisten van art. 5 EVRM.[110] In deze zaak was sprake van een onrechtmatige vreemdelingenbewaring, aangezien de eiser in strijd met de wet langer dan zes uur voor verhoor was vastgehouden, zonder dat deze termijn was verlengd. Deze reeds in hoofdstuk 2 besproken uitspraak is om twee redenen interessant.

In de eerste plaats heeft de rechtbank verduidelijkt dat de betrokkene zijn recht op volledige schadevergoeding ingevolge art. 5 lid 5 EVRM kan realiseren via de 'art. 34j VW-procedure'. Mede uit proces-economische overwegingen meent de rechtbank dat zij de zaak – als *habeas corpus*-rechter – zelf kan afdoen en dat de eiser zich een aparte gang naar de burgerlijke rechter kan besparen. De rechtbank neemt vervolgens een beslissing over de toe te kennen schadevergoeding en laat hierbij de beperkingen van art. 34j VW en art. 90 SV ('gronden van billijkheid ') buiten toepassing.

In de tweede plaats verwerpt de rechtbank het oordeel van de staat dat geen immateriële schade zou zijn geleden omdat er materiële gronden voor de bewaring aanwezig waren en de bewaring onrechtmatig is geoordeeld wegens de schending van vormvoorschriften.

Hoe ligt deze kwestie bij de overige vereisten van art. 5? Inbreuk op deze procedurele vereisten maakt de vrijheidsberoving in het algemeen nog niet onrechtmatig.[111] Zo

107 Hoge Raad 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 793 en *Rechtspraak Vreemdelingenrecht* 1989, 67 met noten A.H.J. Swart en *NJCM-Bulletin* 15-4 (1990), p. 461-466 met noot H.K. Fernandes Mendes.

108 Hof 's-Gravenhage 17 september 1991, *NJ* 1992, 185 en *RV* 1991, 67 met noot B.P. Vermeulen.

109 Zo ook B.P. Vermeulen in zijn noot, *RV* 1991, 67 en zijn opinie Meer dan vier dagen vreemdelingenbewaring op politiebureau in strijd met de wet, *Migrantenrecht* 1992, nr. 2/3, p. 53-54.

110 Rechtbank 's-Gravenhage (rechtseenheidskamer vreemdelingenzaken) 29 december 1994, *Migrantenrecht* 1995, 53 met noot B. Hendriksen; *RV* 1994, 75 met noot B.P. Vermeulen; *Rechtspraak Migrantenrecht* 1995, 53 met commentaar B. Hendriksen; *Nieuwsbrief Asiel- en Vluchtelingenrecht*, nr. 3, maart 1995, p. 201-206 (P. Baudouin).

111 Zie bijv. Hoge Raad 7 mei 1991, *NJ* 1991, 805 en *RV* 1991, 65.

betreft het in de zaak *Sanchez-Reisse* een schending van art. 5 lid 4 EVRM, aangezien de klager niet 'speedily' in de gelegenheid werd gesteld om de (on)wettigheid van zijn uitleveringsdetentie aan een rechter voor te leggen.[112] De door de inbreuk op art. 5 lid 4 geleden immateriële schade rechtvaardigt naar mijn mening in beginsel een financiële vergoeding.

7.5.4 Gedwongen opname psychiatrische patiënten

In een aantal arresten heeft het EHRM een inbreuk op de vereisten van art. 5 EVRM geconstateerd in verband met de gedwongen opname van psychiatrische patiënten. In enkele van deze arresten heeft het Hof op grond van art. 50 EVRM vergoeding van immateriële schade toegekend, in een enkel geval heeft het de constatering van een schending van art. 5 voldoende genoegdoening geacht.

Uit deze jurisprudentie volgt dat een ieder die in strijd met de vereisten van art. 5 leden 1 tot en met 4 gedwongen is opgenomen in een psychiatrische inrichting op grond van art. 5 lid 5 aanspraak kan maken op vergoeding van de daardoor geleden schade. In het arrest *Wassink* heeft het Hof verduidelijkt dat de Nederlandse procedure uit onrechtmatige daad (art. 1401 BW, thans art. 6:162 BW) kan gelden als voldoende remedie in de zin van art. 5 lid 5 EVRM. Voor toepassing van dit recht op schadeloosstelling kan de nationale overheid volgens het Hof de voorwaarde stellen dat het slachtoffer schade heeft geleden door de inbreuk op de vereisten van art. 5.[113] Op deze wijze heeft het Hof een belangrijke beperking aangelegd voor het slachtoffer van een schending van art. 5 EVRM, die op zoek is naar een vergoeding van de hierdoor geleden schade. Het Hof wijkt hiermee af van het standpunt van de Commissie en tevens van rechter PINHEIRO ARINHA. Deze laatste had in een eerdere zaak naar voren gebracht dat een slachtoffer van een schending van art. 5 leden 1 tot en met 4 altijd op grond van art. 5 lid 5 dient te worden gecompenseerd.[114]

In het arrest *Megyeri* heeft het EHRM duidelijk gemaakt dat het ontbreken van de bijstand van een advocaat in de rechterlijke herzieningsprocedures betreffende het gedwongen verblijf in een psychiatrische inrichting de betrokkene een zeker gevoel van frustratie en hulpeloosheid moet hebben bezorgd, welke immateriële schade voor vergoeding in aanmerking komt.[115]

112 Arrest *Sanchez-Reisse* tegen Zwitserland van 21 oktober 1986, A-107; *NJ* 1988, 555; in casu heeft de klager slechts een kostenclaim ingediend.

113 Arrest *Wassink* tegen Nederland van 27 september 1990, A-185-A, § 38; *NJ* 1991, 625.

114 Zie de 'dissenting opinion' van rechter Pinheiro Farinha bij het arrest *Fox, Campbell en Hartley* tegen het Verenigd Koninkrijk van 27 maart 1991 (art. 50), A-190-B, p. 51.

115 Arrest *Megyeri* tegen Duitsland van 12 mei 1992, A-237-A, § 32; *NJ* 1993, 522.

Hoe verhoudt deze Straatsburgse jurisprudentie zich nu tot de Nederlandse rechtspraktijk terzake?

De artikelen 28 en 35 BOPZ sluiten niet uit dat het slachtoffer van een onrechtmatige vrijheidsbeneming ook de weg van de actie uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) bewandelt. Art. 35 BOPZ spreekt van een 'naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding' en geeft het slachtoffer geen recht op volledige schadevergoeding. Een art. 6:162 BW-procedure kan er voor zorgen dat het slachtoffer zijn recht op volledige schadevergoeding, waar hij ingevolge art. 5 lid 5 EVRM recht op heeft, realiseert.[116]

De Nederlandse jurisprudentie lijkt in overeenstemming met het arrest *Megyeri*. De Hoge Raad acht de plaatsing van betrokkene in een psychiatrische inrichting onrechtmatig door het ontbreken van de bijstand van een advocaat in de procedure die leidde tot deze gedwongen opname. De Hoge Raad overweegt "dat ingevolge art. 5 lid 5 EVRM in verbinding met art. 1401 BW (oud) de Staat gehouden is tot het vergoeden van de schade welke eiser mocht hebben geleden als gevolg van die onrechtmatige vrijheidsbeneming." De Hoge Raad verwijst in dit verband naar het arrest *Wassink* van het EHRM.[117]

Geconcludeerd kan worden dat de Straatsburgse en de Nederlandse praktijk vooralsnog geen vaste maatstaven kennen voor vergoedingen aan psychiatrische patiënten bij schending van hun rechten uit het EVRM. Aan de ene kant hebben psychiatrische patiënten met hun schadeclaims aansluiting gezocht bij de regeling van art. 89 Sv (ongeveer *f*100 per dag). Aan de andere kant is ervoor gepleit geen vaste standaard aan te houden gezien de bijzondere positie van de psychiatrische patiënt, waarmee de rechter bij de toekenning zoveel mogelijk rekening kan houden.[118]

Naar mijn mening is enige standaardisering wel op haar plaats teneinde al te grote willekeur te voorkomen. Indien de vrijheidsbeneming onrechtmatig wordt bevonden kan enigszins worden aangesloten bij de regeling van art. 89 Sv. De rechter moet echter wel rekening kunnen houden met de bijzondere omstandigheden van het geval, bijvoorbeeld het feit dat dwangmedicatie is toegepast op de betrokkene. Ook bij schending van formele vereisten, zoals het ontbreken van de bijstand van een advocaat en het niet – tijdig – horen van de patiënt, is enige richtlijn op zijn plaats. Het lijkt me geen goede zaak indien de rechter volstaat met de vaststelling dat de constatering van een schending van de vereisten van de BOPZ de betrokkene een zekere genoegdoe-

116 Zie Hoge Raad 7 april 1989, *NJ* 1989, 532 en Hoge Raad 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 793.

117 Hoge Raad 12 februari 1993, *NJ* 1993, 524.

118 Zie R.B.M. Keurentjes, *De Wet BOPZ*, 1995, p. 89: 'Ik pleit ervoor geen normbedrag aan te houden omdat de positie van de psychiatrische patiënt moeilijk te vergelijken is met die van een (preventief) gedetineerde en omdat de positie van psychiatrische patiënten onderling verschillend is. De door de wet aan de rechter gegeven vrijheid bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding is de meest voor de hand liggende oplossing. Door deze vrijheid kan de rechter voor iedere patiënt de juiste schadevergoeding bepalen.'

ning geeft.[119] De rechter dient serieus te onderzoeken of hierdoor schade is geleden en als dat zo is een schadevergoeding vast te stellen.

7.5.5 Vrijheidsberoving van minderjarigen in het kader van een maatregel van kinderbescherming

Het Hof heeft tot nu toe in één geval een schending geconstateerd art. 5 lid 1 (d) EVRM ('rechtmatige gevangenhouding van een minderjarige met het doel toe te zien op zijn opvoeding of in het geval van zijn rechtmatige detentie, teneinde hem voor de bevoegde instantie te geleiden'). In het arrest *Bouamar* diende de vrijheidsontneming van de zeventienjarige klager geen enkel opvoedkundig doel. Bovendien was sprake van een inbreuk op art. 5 lid 4, aangezien de klager niet op korte termijn in de gelegenheid was gesteld een rechter over de rechtmatigheid van zijn detentie te laten oordelen.[120] Over de op grond van art. 50 EVRM toe te kennen schadevergoeding hebben de klager en de Belgische regering een schikking bereikt.[121]

In Nederland heeft zich een vergelijkbaar geval voorgedaan in de zaak van de zeventienjarige Martijntje. Het meisje was, na van huis te zijn weggelopen, door de kinderrechter onder toezicht gesteld en met instemming van haar ouders in een gesloten inrichting geplaatst. Het meisje ging met de bijstand van een advocaat in hoger beroep bij het hof. Het hof heeft haar in haar beroep ontvangen en overwoog hierbij onder meer dat het meisje langs civielrechtelijke weg haar vrijheid was ontnomen en dat vanwege het spoedeisend karakter de benoeming van een bijzonder curator niet kon worden afgewacht. Het hof heeft na een nader onderzoek beslist dat het meisje ten onrechte in de gesloten inrichting Het Poortje was geplaatst en de plaatsingsbeschikking vernietigd, zonder overigens art. 5 EVRM uitdrukkelijk te noemen. Inmiddels had de kinderrechter deze beschikking reeds ambtshalve ingetrokken. De advocaat heeft namens het meisje een claim tot schadevergoeding wegens onrechtmatige vrijheidsberoving bij de staat ingediend.[122]

119 Zie Hoge Raad 13 december 1996, *RvdW* 1997, 1. In casu betreft het een schending van art. 8 lid 1 in verbinding met art. 17 lid 1 BOPZ: het recht om vóór de vordering van de officier van justitie ter verkrijging van een machtiging tot voortgezet verblijf te worden gehoord en het tijdstip waarop de officier deze vordering moet indienen, namelijk tijdens de vijfde of zesde week voor het einde van de geldigheidsduur van de lopende machtiging.

120 Arrest *Bouamar* tegen België van 29 februari 1988, A-129.

121 Arrest *Bouamar* tegen België van 27 juni 1988 (art. 50), A-136-F: de regering betaalt de klager 150.000 BF.

122 Hof Arnhem 19 januari 1993, *NJ* 1994, 711 en 4 februari 1993, ongepubliceerd; zie hierover M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 1993, p. 195-196 en M. de Langen, *Overheidszorg voor kinderen*, 1993, p. 19-20.

7.5.6 Conclusie

Volgens de Straatsburgse jurisprudentie biedt de onrechtmatige daadsactie (6:162 BW) het slachtoffer van een schending van art. 5 het door het vijfde lid van dit artikel vereiste recht op schadeloossteling. Het slachtoffer zal dus moeten aantonen dat hij schade door deze inbreuk heeft geleden, waarbij met name de immateriële schade problemen kan opleveren.

Indien sprake is van een schending van art. 5 lid 1 EVRM, waardoor het slachtoffer ten onrechte van zijn vrijheid is beroofd, is zonder meer sprake van een 'aantasting in de persoon' in de zin van art. 6:106 lid 1 sub b BW. Het kan bijvoorbeeld zo zijn dat niet voldaan is aan de in art. 5 lid 1 genoemde grond ('rechtmatige detentie van geesteszieken') om deze persoon vast te zetten. Het slachtoffer heeft op grond van art. 6:162 BW j° art. 5 lid 5 EVRM recht op vergoeding van de hierdoor geleden schade, zowel van materiële als van immateriële aard.

Hoe ligt deze kwestie nu indien sprake is van een inbreuk op een procedureel vereiste uit art. 5? In de regel zou bij afwezigheid van deze inbreuk de betrokkene ook van zijn vrijheid zijn beroofd. Zo zou in het arrest *Wassink* de aanwezigheid van een griffier bij de behandeling van het verzoek tot gedwongen opname, zoals vereist door de wet, niet aan de vrijheidsbeneming van de klager in de weg hebben gestaan. De vraag is of de door deze schending van art. 5 lid 1 EVRM eventueel geleden immateriële schade voor vergoeding in aanmerking komt. Van belang is in dit verband de kwestie van de bewijslast.

Volgens het Hof dient de schade in beginsel door de klager te worden gesteld en bewezen. Als dit voor hem echter problemen oplevert, vereist het beginsel van billijkheid van art. 50 EVRM dat het Hof daar rekening mee houdt.[123] Bovendien heeft het Hof ook aangegeven dat immateriële schade veelal niet precies kan worden aangetoond.[124] Ook het Nederlandse recht biedt enige ruimte in dit verband. De bewijslast met betrekking tot het bestaan van schade rust in beginsel op de eisende partij. Uit de jurisprudentie blijkt echter dat de rechter het bestaan van de schade veelal zonder meer aannemelijk of bewezen acht.[125] Bovendien heeft de rechter een grote mate van vrijheid bij het begroten van de omvang van de schade. Hij is niet gebonden aan de regels van bewijslastverdeling, als tenminste het bestaan van de schade vaststaat.[126]

Mijns inziens brengen de eisen van redelijkheid en billijkheid mee dat een andere verdeling van de bewijslast plaatsvindt. Het slachtoffer van een schending van een

123 Arrest *König* tegen Duitsland van 10 maart 1980 (art. 50), A-36, § 19; zie verder hoofdstuk 4 § 4.5.
124 Arrest *Abdulaziz, Cabales en Balkandali* tegen het Verenigd Koninkrijk van 28 mei 1985, A-94, § 96.
125 Barendrecht e.a. 1995, p. 330.
126 Barendrecht e.a. 1995, p. 331.

van de vereisten van art. 5 komt in beginsel op grond van het vijfde lid van dit artikel in aanmerking voor vergoeding van deze schade. Het is aan de aansprakelijke staat om aan te tonen dat er in casu geen of zeer geringe immateriële schade bestaat, zodat een financiële vergoeding niet op haar plaats is.[127] Misschien kan beter worden gesproken van een zogenaamde 'argumenteerlast', aangezien het bewijs van immateriële schade vaak moeilijk te leveren is. Deze 'argumenteerlast' van de overheid betreft niet onbeperkt de hoogte van de schadevergoeding. Als de klager een bijzonder hoog bedrag claimt, moet hij ook de bijzondere omstandigheden aanvoeren en beargumenteren die een dergelijke hoge vergoeding rechtvaardigen. Het komt er derhalve op neer dat recht bestaat op een 'gewoon' smartengeld, tenzij de overheid aantoont dat geen of zeer geringe morele schade is geleden, en recht op meer als het slachtoffer dat weet te staven.

De vergoeding van de door schending van de vereisten van art. 5 geleden immateriële schade kan gebracht worden onder 'aantasting in de persoon' in de zin van art. 6:106 lid 1 sub b BW. Bij schending van procedurevoorschriften, zoals het niet horen of informeren van de betrokkene en het ontbreken van de bijstand van een advocaat, zal snel sprake zijn van een 'aantasting van de persoon'. Bij inbreuk op zo fundamentele vormvoorschriften als de bijstand van een advocaat en het horen van de betrokkene, zal het voor de aansprakelijke staat een moeilijke opgave zijn om aan te tonen dat geen sprake is van 'aantasting van de persoon'. Slachtoffers van dergelijke schendingen zullen dan ook in het algemeen in aanmerking komen voor de hierdoor geleden ideële schade. Dit wordt nog eens geïllustreerd door het arrest *Van der Leer*, waarin de betrokkene door de kantonrechter niet werd gehoord over het verzoek tot gedwongen opname. Een en ander heeft haar een gevoel van frustratie bezorgd, dat volgens het EHRM voor financiële vergoeding in aanmerking komt.[128]

127 Zie in dit verband art. 177 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering: "De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit." Vgl. J. de Boer, De Hoge Raad en de Krankzinnigenwet IV, *NJB* 1993, p. 436.

128 Arrest *Van der Leer* tegen Nederland van 21 februari 1990, A-170, § 42; *NJ* 1991, 624.

7.6 Schadevergoeding bij schending van de vereisten van een eerlijk proces (art. 6 EVRM)

7.6.1 Redelijke termijn

7.6.1.1 Strafzaken

De Nederlandse rechter stelt twee mogelijke sancties op overschrijding van de redelijke termijn: niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie[129] en strafvermindering.[130] ALKEMA heeft terecht opgemerkt, dat de jurisprudentie van het Europese Hof laat zien, dat bij overschrijding van de redelijke termijn de vergoeding van immateriële schade tevens element dient te zijn van de te nemen rechterlijke beslissing.[131]

De vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding bij overschrijding van de redelijke termijn is echter een moeilijke zaak en de Straatsburgse rechtspraak geeft hier vooralsnog geen duidelijke criteria voor. In een reeks van arresten tegen Italië, waarin het Hof de redelijke termijn in strafprocedures overschreden heeft geacht, valt geen duidelijke lijn te ontdekken. Wel is het zo dat het Hof in de meeste van deze arresten financiële compensatie toekent voor geleden immateriële schade, bestaande in de onzekerheid over de uitkomst van de strafprocedure. Daarnaast komt het voor dat het Hof van oordeel is dat de constatering van een schending van art. 6 lid 1 voldoende genoegdoening is voor de door de overschrijding van de redelijke termijn geleden immateriële schade. De volgende factoren kunnen hierbij een rol spelen. In de eerste plaats het feit dat de aan de klager op te leggen straf is gematigd; de mate van strafvermindering dient in het nationale vonnis te worden aangegeven.[132] In de tweede plaats kan een rol spelen de aftrek van de in voorarrest doorgebrachte tijd.[133]

De vraag komt op, in hoeverre de Nederlandse rechter naast de tot nu toe gehanteerde sancties bij overschrijding van de redelijke termijn (niet-ontvankelijkheid OM en strafvermindering) in bepaalde gevallen niet ook een financiële vergoeding voor immateriële schade zou moeten toekennen. Mijns inziens zijn deze sancties in het algemeen niet voldoende om de door overschrijding van de redelijke termijn veroorzaakte schade weg te nemen, aangezien geen rekening wordt gehouden met de mate waarin de

129 Hoge Raad 23 september 1980, *NJ* 1981, 116

130 Hoge Raad 7 april 1987, *NJ* 1987, 587

131 Zie zijn noot onder het rapport van de Commissie in de zaak *Pannetier* tegen Zwitserland van 12 juli 1985, *NJ* 1990, 232.

132 Arrest *Eckle* tegen Duitsland van 21 juni 1983 (art. 50), A-65, § 24.

133 Arrest *Abdoella* tegen Nederland van 25 november 1992, A-248-A, § 28; *NJ* 1993, 24.

redelijke termijn is overschreden.[134] Bij de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding kan rekening worden gehouden met de duur van de procedure in kwestie en met hetgeen er voor de betrokkene op het spel staat. Zoals uit Hoofdstuk 6 blijkt verschaft de Straatsburgse jurisprudentie geen duidelijke richtlijnen in deze. Toch zijn hieruit enkele grove aanknopingspunten af te leiden die de Nederlandse rechter op dit punt enige richting kunnen geven. Zo blijkt uit deze rechtspraak dat de door de overschrijding van de redelijke termijn veroorzaakte onzekerheid over de uitkomst van de strafprocedure aanleiding voor het Hof kan zijn om op grond van art. 50 EVRM een vergoeding van immateriële schade toe te kennen. Dit blijkt in het bijzonder uit een reeks arresten tegen Italië, waarin de duur van de strafzaken uiteenloopt van ruim vijf jaar tot ruim dertien jaar.

In de arresten waarin Nederland is veroordeeld wegens schending van de redelijke termijn, betreft het een te lang tijdsverloop tussen het wijzen van het arrest door het gerechtshof en het doorsturen van het dossier naar de Hoge Raad.[135] Het Hof wijst in beide zaken de claims af voor vergoeding van immateriële schade ad *f* 150 per dag die de klagers in detentie doorbrachten. In het arrest *Abdoella* houdt het Hof rekening met het feit dat de in voorlopige hechtenis doorgebrachte tijd afgetrokken is van de veroordeling en acht het Hof de door de klager geleden immateriële schade goedgemaakt door de constatering van een schending van art. 6 EVRM. In het arrest *Bunkate* wijst het Hof de schadeclaim af zonder te overwegen dat de constatering van een schending van art. 6 voldoende genoegdoening is. Het Hof verwerpt uitdrukkelijk de stelling van de klager dat door overschrijding van de redelijke termijn de tenuitvoerlegging van het nationale strafvonnis onrechtmatig is. ALKEMA merkt op dat deze stelling van de klager nadere bestudering had verdiend, aangezien niet direct duidelijk is in hoeverre een onrechtmatigheid in de procedure ook de wettigheid van het daarop volgende vonnis en de tenuitvoerlegging ervan aantast. Bovendien wijst hij op het belang van art. 5 lid 5, het recht op schadevergoeding van een ieder die slachtoffer is geweest van een detentie of arrestatie in strijd met de vereisten van art. 5. In art. 5 lid 1 verwijst de zinsnede 'overeenkomstig een wettelijk voorgeschreven procedure' naar het nationale recht, waarvan in Nederland art. 6 EVRM een integrerend bestanddeel uitmaakt.[136]

SWART vraagt zich af welke maatstaven door de Nederlandse rechter worden gehanteerd bij het verminderen van straf of toekennen van financiële compensatie als de

134 Zo ook E.A. Alkema in § 8 van zijn noot onder Hoge Raad 7 februari 1986, *NJ* 1986, 791.

135 Arresten *Abdoella* tegen Nederland van 25 november 1992, A-248-A, *NJ* 1993, 24 en *Bunkate* tegen Nederland van 26 mei 1993, A-248-B; *NJ* 1993, 466.

136 Zie E.A. Alkema in zijn noot onder het arrest *Bunkate* van 26 mei 1993, *NJ* 1993, 466.

redelijke termijn is overschreden.[137] Het antwoord op deze vraag is in zijn algemeenheid nauwelijks te geven, nu jurisprudentie van de Hoge Raad ontbreekt. Als de Hoge Raad meent dat de redelijke termijn is geschonden zonder dat dit moet leiden tot niet-ontvankelijkheid, volgt verwijzing of terugwijzing naar een hof. Hoe de feitenrechter met strafvermindering omgaat weet deze waarschijnlijk alleen zelf en dat is volgens SWART begrijpelijk, nu juist bij strafvermindering zoveel afhangt van de omstandigheden van het geval. Toch is deze praktijk verrassend in het licht van de opvatting van het Europese Hof dat strafvermindering wegens overschrijding van de redelijke termijn door de nationale rechter expliciet moet worden verantwoord.[138]

In dit verband verdient vermelding de conclusie van advocaat-generaal VAN DORST voor Hoge Raad 6 december 1994, die de Hoge Raad voorstelt richtlijnen te formuleren voor de mate van strafvermindering bij overschrijding van de redelijke termijn. VAN DORST geeft de volgende voorzet. In zaken waarin een onvoorwaardelijke gevangenisstraf is opgelegd en de verdachte in voorarrest zit, dient een strafvermindering te worden opgelegd gelijk aan de overschrijding. In zaken waarin geen onvoorwaardelijke gevangenisstraf is opgelegd en/of de verdachte niet (meer) in voorarrest zit zal de vertraging in het algemeen als minder ernstig worden ervaren dan in geval de verdachte wel van zijn vrijheid is beroofd. Hier kan de strafvermindering volgens VAN DORST dan ook de helft bedragen van de met de overschrijding van de redelijke termijn gemoeide tijd. De Hoge Raad gaat niet op deze suggestie in.[139]

Voor de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding kan volgens ALKEMA worden aangesloten bij de bedragen die worden toegekend in gevallen van ten onrechte ondergane voorlopige hechtenis.[140] Voor zover bij overschrijding van de redelijke termijn geen sprake is van vrijheidsberoving zou de schadevergoeding iets lager kunnen liggen, aangezien een vrijheidsberoving in het algemeen een ernstigere aantasting van de menselijke persoon zal opleveren dan een overschrijding van de redelijke termijn.

7.6.1.2 Civiele zaken

Interessant voor de Nederlandse rechtspraktijk is de vraag wat voor gevolgen de overschrijding van de redelijke termijn in civiele procedures dient te hebben.[141] In

137 Zie de noot van A.H.J. Swart onder het arrest van het EHRM van 25 november 1992 inzake *Abdoella* tegen Nederland van 25 november 1992, *AAe* 1993, p. 309-318.

138 Aldus Swart, *AAe* 1993, p. 318.

139 Zie *NJCM-Bulletin* 20-2 (1995), p. 153.

140 Zie E.A. Alkema in zijn noot onder Hoge Raad 7 februari 1986, *NJ* 1986, 791.

141 Zie A.F.M. Brenninkmeijer, De redelijke termijn in het burgerlijk proces en in het bestuursproces, *NJCM-Bulletin* 16-7 (1991), p. 629-647. Zie verder I. van der Helm en E.M. Wesseling-van Gent, De redelijke termijn in civiele procedures, *Trema* 1996, p. 125-134, de reactie van A.M.L. Jansen,

beginsel bepalen de procespartijen de loop van het civiele geding en neemt de rechter een lijdelijke positie in. Art. 6 EVRM vergt echter een actieve houding van de rechter, onder meer in die zin dat hij er zorg voor dient te dragen dat de behandeling van de zaak binnen redelijke termijn plaatsvindt. Volgens het EHRM is het in beginsel aan de nationale rechters om uit te maken wat de volgens hun rechtssysteem gepaste sanctie is op een inbreuk van een van de partijen op het redelijke termijn vereiste uit art. 6 lid 1 EVRM.[142] Nu niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie en strafvermindering hier in het algemeen[143] niet aan de orde zijn, zal mijns inziens meer plaats dienen te worden ingeruimd voor de vergoeding van immateriële schade.

In dit verband is het nuttig onderscheid te maken tussen civiele procedures waarin de overheid partij is en die waarin dit niet het geval is.

Het kan zich voordoen dat een procedure, die de staat voert tegen een particulier om een bepaald geldbedrag (bijvoorbeeld een belastingschuld) te innen, onredelijk lang duurt. Kan dit bedrag worden verrekend met de vergoeding waar de betrokken persoon recht op heeft in verband met overschrijding van de redelijke termijn? Het lijkt mij dat dit mogelijk moet zijn. Een en ander biedt het slachtoffer immers een zeer effectieve herstelmogelijkheid in verband met de door de overheid door overschrijding van de redelijke termijn veroorzaakte schade.

De kwestie ligt ingewikkelder indien, zoals in veel civiele procedures, er derden (dat wil zeggen niet de overheid) bij betrokken zijn.

Het kan zijn dat de vertraging voor rekening komt van een van de civiele partijen (niet zijnde de overheid). Het burgerlijk procesrecht biedt wel mogelijkheden om de procedure dan te versnellen.[144] Bovendien is in de rechtspraak art. 6 EVRM een enkele keer horizontale werking verleend.[145] In het kader van dit onderzoek wil ik mij echter beperken tot de gevallen waarin de overheid geheel of ten dele verantwoordelijk is voor de vertragingen in de procedures.

Als de vertraging uitsluitend voor rekening van de rechterlijke autoriteiten komt, kan en mag dat volgens ALKEMA niet op de civiele wederpartij worden verhaald.

Van de redelijke termijn, de civiele rechter en de bestuursrechter, *Trema* 1996, p. 213-216 en P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, dissertatie Rotterdam, 1996, p. 235-240.

142 Zie het arrest *Schouten en Meldrum* tegen Nederland van 9 december 1994, A-304, § 75.

143 Een bijzondere positie wordt ingenomen door het tuchtrecht, waarin bijvoorbeeld kan worden afgezien van het opleggen van een maatregel of een minder zware maatregel kan worden opgelegd; zie verder hieronder.

144 Zie E.J. Dommering, Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het Nederlandse civiele recht, preadvies in: *Handelingen NJV* 1983 deel 1, tweede stuk, p. 194-195.

145 Rechtbank Maastricht 14 december 1972, *NJ* 1973, 145: de eisende partij wordt een termijn gesteld waarbinnen de schadestaatprocedure aanhangig dient te worden gemaakt.

Binnen de procedure zelf bestaat geen mogelijkheid om de staat aansprakelijk te stellen; daarvoor is een afzonderlijke schade-actie noodzakelijk.[146]

In dit verband neemt de tuchtrechtspraak een bijzondere positie in. Weliswaar gaat het hier om een civiele procedure, maar wat betreft de mogelijke sancties op de overschrijding van de redelijke termijn uit art. 6 EVRM bestaan grote overeenkomsten met een strafzaak.[147] Zo zou in een medische tuchtrechtprocedure de inspecteur niet-ontvankelijk kunnen worden verklaard in zijn vordering tot schorsing van de arts in kwestie. Daarnaast kan als sanctie gelden dat het Medisch Tuchtcollege weliswaar een onderzoek kan instellen, maar de betrokken medicus geen maatregel kan opleggen (dat wil zeggen een schorsing voor een bepaalde tijd van het recht om de geneeskunst uit te oefenen). Ook kan de sanctie op overschrijding van de redelijke termijn inhouden dat de betrokken arts een minder zware maatregel krijgt opgelegd.[148] Dezelfde sanctie kan worden toegepast op andere terreinen van het tuchtrecht.[149]

Het is de vraag welke sancties het civiele recht in het algemeen, afgezien van de tuchtrechtspraak, stelt op de overschrijding van de redelijke termijn uit art. 6 lid 1 EVRM.

Bij het uitblijven van een rechterlijke uitspraak kunnen partijen gebruik maken van het middel van de rechtsweigering.[150] Op grond van art. 845 lid 2 Rv kan de rechter, zes dagen na voor de tweede keer aangemaand te zijn uitspraak te doen, tot schadevergoeding worden vervolgd. De vereisten van art. 6 EVRM vormen een extra ondersteuning voor het welslagen van deze actie uit rechtsweigering.[151] Indien de rechtsvordering gegrond is, zal de rechter worden veroordeeld tot schadevergoeding jegens de verzoeker (art. 852 Rv). Het betreft hier derhalve een persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter. Deze procedure is echter verouderd.[152] Bovendien is het de vraag of bij overschrijding van de redelijke termijn sprake is van rechtsweigering. Dit lijkt me pas aan de orde indien de redelijke termijn zo ernstig wordt overschreden dat de rechterlijke uitspraak in redelijkheid niet meer kan worden verwacht. Daarnaast

146 Aldus E.A. Alkema in zijn noot onder Hoge Raad 7 februari 1986, *NJ* 1986, 791.

147 Vgl. § 21 van de conclusie van A-G Franx voor Hoge Raad 7 februari 1986, *NJ* 1986, 791.

148 Zie Hoge Raad 3 maart 1995, *NJ* 1995, 414 met noot F.C.B. van Wijmen: in casu heeft de medische tuchtprocedure meer dan vijf jaar geduurd. De Hoge Raad overweegt onder meer dat in geval van overschrijding van de redelijke termijn de tuchtrechter ook een minder zware maatregel kan opleggen dan hij zonder deze overschrijding zou hebben gedaan. De Hoge Raad komt hiermee terug op zijn uitspraak van 7 februari 1986, *NJ* 1986, 791, waarin was uitgemaakt dat in een dergelijk geval geen maatregel kon worden opgelegd.

149 Zie bijv. College van Beroep voor het Bedrijfsleven 28 maart 1995, *AB* 1995, 513 met noot M.L.W.M. Viering: in casu oordeelt het CBB het passend de door het tuchtgerecht opgelegde boete met de helft te verminderen en openbaarmaking van de uitspraak achterwege te doen blijven.

150 Volgens artikel 844 Rv bestaat er "regstweigering, indien regters weigeren op verzoekschriften te beschikken, of een voor hen aanhangig regtsgeding te beslissen;" vgl. art. 13 Wet Algemene Bepalingen.

151 Dommering 1983, p. 195.

152 Hugenholtz/Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Utrecht, 1996, p. 191.

ligt het in geval van structurele overbelasting van de rechterlijke macht, waardoor zaken niet binnen redelijke termijn worden behandeld, meer voor de hand de overheid hier op aan te spreken dan iedere rechter afzonderlijk.

Een interessante vraag is of bij overschrijding van de redelijke termijn ex art. 6 EVRM een actie uit onrechtmatige overheidsdaad openstaat. Deze vraag speelt ook bij de overige vereisten van art. 6 EVRM. We begeven ons dan op het terrein van de onrechtmatige rechtspraak, waarop de Hoge Raad vooralsnog een terughoudende positie inneemt. De vraag of de Hoge Raad in deze te terughoudend is, zal ik beantwoorden in § 7.6.5. In het bijzonder zal daar de kwestie aan de orde komen in hoeverre voor het slachtoffer van een van de vereisten van art. 6 EVRM een actie uit onrechtmatige daad (6:162 BW) openstaat, teneinde zijn hierdoor geleden schade van de overheid vergoed te krijgen. In Hoofdstuk 8 zal de verhouding van deze mogelijke nationale remedie met die in Straatsburg aan de orde komen.[153]

7.6.2 Recht op openbare behandeling door onafhankelijke en onpartijdige rechter

In hoofdstuk 6 is gebleken dat het EHRM diverse keren een schending heeft vastgesteld van een of meer van de in de titel van deze paragraaf genoemde vereisten van art. 6.[154] Ook Nederland is een aantal keren veroordeeld door het Straatsburgse Hof wegens schending van deze vereisten van art. 6. In twee van deze gevallen heeft het Hof de materiële schadeclaim van de klagers afgewezen, aangezien het in het geheel niet zeker was of de nationale procedure anders zou zijn afgelopen bij het wel voldoen aan alle vereisten van art. 6.[155] Ten aanzien van de immateriële schadeclaim heeft het Hof twee keer overwogen dat de vaststelling van een schending van art. 6 voldoende genoegdoening is.[156]

Ook hier speelt de zojuist opgeworpen vraag in hoeverre schending van de vereisten van art. 6 EVRM een onrechtmatige overheidsdaad in de zin van art. 6:162 BW oplevert. Op deze vraag zal in § 7.6.5 worden teruggekomen. Bovendien is in dit verband van belang de kwestie van herziening van een nationaal rechterlijk vonnis dat volgens het EHRM niet voldoet aan alle vereisten van art. 6 EVRM. Zoals bekend biedt het Nederlandse recht geen mogelijkheid tot herziening van een nationale rechterlijke uitspraak, nadat het EHRM heeft geconstateerd dat deze uitspraak tot stand

153 Vgl. Dommering 1983, p. 238-239.

154 Zie § 6.3.2. tot en met § 6.3.4.; gemakshalve behandel ik de genoemde vereisten hier in één paragraaf.

155 Arresten *Benthem* tegen Nederland van 23 oktober 1985, A-97, § 46 en *Van de Hurk* tegen Nederland van 19 april 1994, A-288, § 64.

156 Arresten *Engel en anderen* tegen Nederland van 23 november 1976 (art. 50), A-22, § 11 en *Benthem* tegen Nederland van 23 oktober 1985, A-97, § 46.

is gekomen na een procedure die niet voldeed aan alle vereisten van art. 6 EVRM. Deze kwestie zal in hoofdstuk 8 worden behandeld.

7.6.3 Fair hearing

In een aantal arresten van het EHRM is Nederland veroordeeld wegens schending van de vereisten van een eerlijke behandeling ('fair hearing') uit art. 6 EVRM, zowel in straf- als in civiele zaken.

7.6.3.1 Strafzaken

In hoofdstuk 6 is gebleken dat Nederland een aantal keren is veroordeeld wegens schending van de vereisten van een 'fair hearing' uit art. 6 EVRM.

In de zaak *Kostovski* was de vrijheidsberoving van de klager veroorzaakt door schending van art. 6 lid 3(d), aangezien zijn veroordeling voor een belangrijk deel was gebaseerd op verklaringen van twee anonieme getuigen.[157] Voor de schadevergoeding kan worden aangesloten bij de bedragen die worden toegekend bij de bedragen voor ten onrechte ondergane voorlopige hechtenis.[158]

In de arresten *Lala* en *Pelladoah* gaat het om een schending van art. 6 lid 3(c), aangezien het gerechtshof de advocaten van de niet verschenen klagers niet in de gelegenheid heeft gesteld namens hen het woord ter verdediging te voeren.[159]

In de zaak *Pelladoah* heeft de klager de regering voorgesteld zijn door het gerechtshof opgelegde gevangenisstraf van negen jaar niet ten uitvoer te leggen en er zorg voor te dragen dat zijn naam wordt verwijderd van de internationale lijst van gezochte personen. Een en ander zou volgens de klager echter nog geen *restitutio in integrum* opleveren, aangezien hij zes maanden in voorlopige hechtenis heeft gezeten en zijn carrière is geruïneerd. Ter goedmaking van deze schade claimt hij *f*30.000 per jaar vanaf de datum van de uitspraak van het gerechtshof (5 februari 1988). De regering ontkent dat de klager enige schade heeft geleden. De Commissie lijkt het redelijk de Nederlandse regering te verzoeken het vonnis niet ten uitvoer te leggen, alvorens de klager in de gelegenheid te stellen zijn zaak te verdedigen. De vraag of enige financiële compensatie op haar plaats is dient volgens de Commissie af te hangen van de uitkomst van verder rechterlijk onderzoek in Nederland. Het Hof gaat

157 Arrest *Kostovski* tegen Nederland van 20 november 1989, A-160.

158 Vgl. het arrest *Unterpertinger* tegen Oostenrijk van 24 november 1986, A-110, § 35. In casu komt een schikking tot stand tussen *Kostovski* en de Nederlandse regering, waarbij hij zijn claim van *f*150.000 gehonoreerd krijgt, zie het arrest *Kostovski* tegen Nederland van 29 maart 1990 (art. 50), A-170-B.

159 Arresten *Lala* en *Pelladoah* tegen Nederland van 22 september 1994, A-297-A en 297-B.

echter niet in op de suggestie van de Commissie, aangezien het niet de bevoegdheid heeft de regering op te dragen de nationale procedure te heropenen.[160]

De zojuist genoemde zaken vestigen nog eens de aandacht op een manco in het Nederlandse strafprocesrecht, namelijk dat geen herzieningsmogelijkheid bestaat van een nationale uitspraak die in strijd is met een arrest van het EHRM (of een resolutie van het Comité van Ministers van de Raad van Europa) waarin een schending is geconstateerd van het EVRM. Door vele auteurs is er voor gepleit om een dergelijke herzieningsmogelijkheid in het Nederlandse strafprocesrecht te introduceren, onder meer door de vroegere Nederlandse rechter in het EHRM, MARTENS.[161] Deze pleidooien kan ik volmondig ondersteunen. De Straatsburgse jurisprudentie laat een paar mooie voorbeelden zien hoe een dergelijke nationale herzieningsmogelijkheid in haar werk kan gaan. Hierboven is reeds de zaak *Windisch* tegen Oostenrijk behandeld, waarin de nationale strafprocedure na het arrest van het EHRM is heropend en is gevoerd met inachtneming van alle garanties van art. 6; in deze maakten twee anonieme getuigen alsnog hun identiteit bekend.[162] Dit scenario zou ook goed hebben kunnen werken in de zaak *Kostovski*. Bovendien zou denkbaar zijn geweest dat de strafprocedures in de zaken *Lala* en *Pelladoah* zouden zijn heropend naar aanleiding van de Straatsburgse arresten. In deze heropende procedures zouden de klagers alsnog in de gelegenheid kunnen worden gesteld zich te (doen) verdedigen. Een dergelijke gang van zaken kan zeer dicht in de buurt komen van een *restitutio in integrum*. Op deze kwestie wordt nader teruggekomen in hoofdstuk 8.

7.6.3.2 Civiele zaken

Ook *in civilibus* is Nederland tegen Straatsburgse veroordelingen aangelopen wegens strijd met het vereiste van een 'fair hearing' uit art. 6 EVRM, zoals blijkt uit de arresten *Feldbrugge* en *Dombo*. In beide arresten stellen de klagers dat de nationale procedure gunstig voor hen zou zijn afgelopen, indien alle procedurele garanties van art. 6 wel in acht zouden zijn genomen. Zij claimen onder meer vergoeding van de hierdoor geleden materiële schade. Het Hof overweegt echter dat het geen uitspraak kan doen over de vraag hoe de nationale procedure zou zijn afgelopen, indien wel zou zijn voldaan aan alle vereisten van art. 6 en wijst de materiële schadeclaim af.[163]

160 A-297-B, § 43-44.

161 Zie C. Lindo, Onze Straatsburgse rechter over het EVRM. Interview met Mr S.K. Martens, *NJB* 1991, op p. 476.

162 Arresten *Windisch* tegen Oostenrijk van 27 september 1990, A-186 en van 28 juni 1993 (art. 50), A-255-D.

163 Arresten *Feldbrugge* tegen Nederland van 27 juli 1987 (art. 50), A-122, § 10 en *Dombo Beheer B.V.* tegen Nederland van 27 oktober 1993, A-274, § 40.

Zeker na het arrest *Dombo* zijn (weer) stemmen opgegaan om ook in het civiele recht de herzieningsmogelijkheid te introduceren van een nationale uitspraak die volgens het EHRM tot stand is gekomen in strijd met de vereisten van art. 6.[164] Verder speelt ook hier de vraag in hoeverre de schending van het vereiste van een 'fair hearing' uit art. 6 een claim op grond van onrechtmatige rechtspraak tegen de overheid op grond van art. 6:162 BW mogelijk maakt. Nadat *Dombo* in Straatsburg met lege handen naar huis is gestuurd heeft de onderneming in Nederland een forse schadeclaim tegen de staat ingediend. Zij baseert haar claim op een onrechtmatige daad, namelijk onrechtmatige rechtspraak, aangezien de staat in Straatsburg aansprakelijk is gesteld voor het niet nakomen van enkele door art. 6 EVRM vereiste procedurele garanties. De staat wijst echter iedere aansprakelijkheid af, aangezien de door het EHRM in deze zaak gegeven uitleg van art. 6 niet met zich brengt dat de daaraan voorafgaande nationale uitspraak een toerekenbare rechterlijke tekortkoming oplevert. Vanwege het ontbreken van bovengenoemde herzieningsmogelijkheid zoekt *Dombo* haar toevlucht tot deze schadeclaim.[165] Ook naar aanleiding van het arrest *Feldbrugge* is de mogelijkheid geopperd van een schadevergoedingsclaim tegen de overheid wegens schending van art. 6.[166] Op de kwestie van schadevergoeding in geval van onrechtmatige rechtspraak kom ik terug in § 7.6.5, terwijl in hoofdstuk 8 de herstelmogelijkheden volgens Nederlands recht na het wijzen van een arrest door het EHRM aan bod komen.

7.6.4 Onschuldpresumptie

De afgelopen jaren is in de Nederlandse rechtsliteratuur een hevige discussie gevoerd over de betekenis van de onschuldpresumptie (*presumptio innocentiae*) uit art. 6 lid 2 EVRM voor het recht op vergoeding van schade veroorzaakt door de op een vrijgesproken verdachte toegepaste dwangmiddelen, in het bijzonder een ondergane voorlopige hechtenis. Deze discussie zal ik hier slechts in grove lijnen schetsen, vooral nu enkele arresten van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en de Hoge Raad de kwestie vrij duidelijk lijken te hebben gemaakt.

De discussie is enige jaren geleden onder meer gevoerd door CREMERS en PRAKKEN. Volgens CREMERS staat art. 6 lid 2 EVRM niet in de weg aan een afwijzing van een schadevergoedingsclaim van de gewezen verdachte, in geval er ernstige

164 Zie P.M. Kempees, Na Dombo Beheer: pleidooi voor aanvulling van art. 382 Rv, *NJB* 1994, p. 194 en G.R. Rutgers in zijn noot onder dit arrest, *AAe* 1994, op p. 764.

165 Zie uitgebreid hierover hoofdstuk 8 § 8.2.1.; zie verder F. Kuitenbrouwer, Claim tegen de staat legt lacune in rechtsstelsel bloot, *NRC Handelsblad* van 19 april 1995 en L. van Almelo, Winnen in Straatsburg, verliezen in Nederland. Zaak heropenen of claim tegen de staat?, *Account*, september 1995, p. 44-48.

166 Arrest *Feldbrugge* tegen Nederland van 29 mei 1986, A-99; zie A. Willems in zijn noot onder dit arrest, *NJCM-Bulletin* 11-5 (1986), op p. 470.

verdenkingen jegens hem zijn blijven bestaan. In het algemeen zijn dan immers geen gronden van billijkheid aanwezig om schadevergoeding toe te kennen en komt deze ernstige verdenking voor risico van de gewezen verdachte.[167] Deze opvatting komt naar de mening van PRAKKEN echter wel in strijd met de strekking en de reikwijdte van de onschuldpresumptie. Dit beginsel houdt immers naast een bewijslastverdeling ook de verplichting in voor een staat (inclusief de rechterlijke macht) om in officiële uitspraken niet te suggereren dat iemand die (nog) niet is veroordeeld schuldig is. Bovendien geldt het vermoeden van onschuld voor de strafprocedure in haar geheel, inclusief de vervolgprocedure over schadevergoeding.[168] PRAKKEN baseert zich hierbij voornamelijk op het arrest *Minelli* van het EHRM.[169] Ook VAN DIJK en VAN HOOF staan in deze een ruime opvatting voor: voor schending van art. 6 lid 2 is een redenering waarin zelfs maar wordt gesuggereerd dat de persoon in kwestie schuldig is voldoende.[170]

Inmiddels heeft het EHRM meer duidelijkheid over deze kwestie verschaft met het wijzen van het reeds in Hoofdstuk 6 genoemde arrest *Sekanina* tegen Oostenrijk.[171] Het Hof benadrukt in de eerste plaats dat art. 6 lid 2 een persoon 'verdacht van een strafbaar feit' geen recht op schadevergoeding garandeert voor een in overeenstemming met de vereisten van art. 5 ondergane voorlopige hechtenis. Bovendien bestaat er een grote verscheidenheid tussen de wettelijke bepalingen in Europese landen die voorzien in de mogelijkheid van schadevergoeding voor een persoon die wordt vrijgesproken, nadat hij in voorlopige hechtenis heeft gezeten. In de meerderheid van deze landen is de toekenning van enige compensatie afhankelijk van het gedrag van de eiser vóór of tijdens het proces of staat deze toekenning ter beoordeling van de rechter.[172]

Zoals in hoofdstuk 2 is gebleken staat het op grond van de Nederlandse regeling, vervat in de artikelen 89 e.v. SV, ter beoordeling aan de rechter of er gronden van billijkheid aanwezig zijn om de persoon, die na in voorlopige hechtenis te hebben gezeten, wordt vrijgesproken een schadevergoeding toe te kennen. Hierbij kan de rechter acht slaan op het gedrag van de gewezen verdachte vóór of tijdens de procedure. Indien ten tijde van het in hechtenis nemen sprake was van een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit in de zin van art. 27 SV en ook overigens is voldaan aan alle vereisten van art. 5 EVRM, lijkt mij de regeling van art. 89 e.v. SV mede gezien het arrest *Sekanina* in overeenstemming met de vereisten van het EVRM.

167 J.H.F.J. Cremers, Schadevergoeding na voorlopige hechtenis, *NJB* 1989, p. 705-708 (op p. 706).
168 T. Prakken, Schadevergoeding na voorlopige hechtenis, *NJB* 1989, p. 1575-1577 (op p. 1576).
169 Arrest *Minelli* tegen Zwitserland van 25 maart 1983, A-62; *NJ* 1986, 698 met noot E.A. Alkema.
170 Van Dijk/Van Hoof 1990, p. 377.
171 Arrest *Sekanina* tegen Oostenrijk van 25 augustus 1993, A-266-A; *NJ* 1994, 1 met noot G. Knigge; zie hierboven in hoofdstuk 6 § 6.3.5.
172 A-266-A, § 25.

Hierboven is reeds betoogd dat deze regeling niet voldoet als wel sprake is van een schending van een van de vereisten van art. 5. Dan vereist art. 5 lid 5 immers een recht op volledige schadevergoeding.[173]

Wel blijkt uit het arrest *Sekanina* dat de rechter indien hij een schadevergoeding op de voet van art. 89 e.v. Sv weigert toe te kennen, hij deze beslissing zeer zorgvuldig zal dienen te motiveren. In dit arrest heeft het EHRM immers overwogen dat het uiten van twijfels ten aanzien van de onschuld van een verdachte begrijpelijk is zolang geen uitspraak over de inhoud van die beschuldiging is gegeven. Men mag echter niet op dergelijke verdenkingen blijven afgaan zodra een vrijspraak in kracht van gewijsde is gegaan.[174] Een afwijzing van een verzoek tot schadevergoeding kan derhalve niet worden gemotiveerd met een enkel beroep op gerede twijfel aan de onschuld van de gewezen verdachte.

ALKEMA merkt in zijn noot onder het arrest *Lutz* terecht op dat een tactloos gemotiveerde weigering wel degelijk schuld kan suggereren.[175] VAN DEN BERG en ROZEMOND leiden uit het arrest *Lutz* af dat in een schadevergoedingsprocedure niet nog eens onderzoek kan worden verricht naar de strafrechtelijke schuld van een gewezen verdachte. Wel kan volgens hen worden onderzocht in welke mate deze persoon verdacht was en vooral in welke mate hij deze verdenking aan zichzelf had te wijten, bijvoorbeeld doordat hij tegenstrijdige of valse verklaringen heeft afgelegd.[176] Hun conclusie lijkt mij ook volledig in overeenstemming met de bevindingen van het Hof in het arrest *Sekanina*.

In Straatsburg is in een aantal zaken tegen Nederland onder meer de schadevergoedingsregeling van art. 89 Sv aan de orde gekomen.

In de eerste plaats de in de pers veelbesproken zaken *Masson* en *Van Zon*, exbeleggingsadviseurs van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds (ABP). Zij werden gearresteerd op verdenking van het feit dat zij zich in strijd met de wet hadden verrijkt ten koste van ABP-gelden. De klagers werden door de Rechtbank te Maastricht wegens corruptie en valsheid in geschrifte veroordeeld tot een jaar gevangenisstraf. Zij brachten respectievelijk ruim acht en ruim negen maanden in voorlopige hechtenis door. Het Hof 's-Hertogenbosch vernietigde uiteindelijk de uitspraak van de rechtbank. Ten aanzien van Masson werd een deel van de tenlastelegging nietig verklaard, voor het overige deel werd hij vrijgesproken. Van Zon werd op alle punten vrijgesproken. Vervolgens claimden beide klagers op grond van art. 89 e.v. Sv vergoeding van de door hen ten gevolge van hun hechtenis geleden materiële en immateriële schade. Het gerechtshof, in besloten zitting, wees deze claims echter af en kende slechts een klein

173 Zie § 7.5.6.

174 A-266-A, § 30.

175 Arrest *Lutz* tegen Duitsland van 25 augustus 1987, A-123, *NJ* 1988, 938 met noot E.A. Alkema.

176 H.A. van den Berg en K. Rozemond, Dwangmiddelen en schadevergoeding: de rol van de onschuldpresumptie en van het civiele recht, *NJCM-Bulletin* 18-1 (1993), p. 25-35 (op p. 28).

deel van de op grond van art. 591a Sv geclaimde kosten toe. De reden voor deze afwijzing was dat sterke verdenkingen bleven bestaan en dat gewezen verdachten elkaar een alibi hadden verschaft voor verdere misdrijven en de politie gedurende het onderzoek hadden misleid. Masson en Van Zon dienden een klacht in bij de Europese Commissie waarbij zij met name een beroep deden op de diverse vereisten van art. 6 EVRM. De Commissie verklaarde de klachten op bijna alle punten niet ontvankelijk. Zij overwoog onder meer ten aanzien van art. 6 lid 2 dat een vrijspraak na een overigens rechtmatige voorlopige hechtenis geen recht op schadevergoeding oplevert. Slechts de klacht op grond van art. 6 lid 1 betreffende de gevolgde procedure werd ontvankelijk verklaard. In haar rapport op grond van art. 31 EVRM nam de Commissie met vijftien stemmen tegen negen slechts een schending van art. 6 EVRM aan, voor zover de schadevergoedingsprocedure met gesloten deuren was behandeld.[177] Het Hof is in deze zaak van oordeel dat een procedure om schadevergoeding te verkrijgen op grond van art. 89 e.v. Sv geen betrekking heeft op de vaststelling van een 'civil right' in de zin van art. 6 lid 1 EVRM. Het Hof benadrukt nog eens dat art. 6 lid 2 EVRM – noch enig ander art. uit het verdrag of zijn Protocollen – een van een strafbaar feit verdacht persoon een recht op schadevergoeding geeft in verband met de in voorlopige hechtenis doorgebrachte tijd of gemaakte kosten, in geval hij wordt vrijgesproken.[178] Of een dergelijk recht bestaat, dient uitsluitend te worden beantwoord aan de hand van het nationale recht. Het Hof kijkt in dit verband onder meer naar de artikelen 89 e.v. Sv en de relevante jurisprudentie van de Hoge Raad, met name een arrest van 29 april 1994. In deze laatste uitspraak heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat een vrijspraak op zichzelf de voorlopige hechtenis niet onrechtmatig maakt. Voor een onrechtmatige detentie staat de weg van art. 6:162 BW naar de burgerlijke rechter open. In geval van een rechtmatige voorlopige hechtenis staat de weg van de art. 89 e.v. Sv open. Volgens het Hof is bij deze laatste regeling geen sprake van een 'right' in de zin van art. 6 EVRM, nu de rechter op gronden van billijkheid een schadevergoeding kan toekennen. Art. 6 is derhalve in casu niet van toepassing.[179] De Nederlandse rechter MARTENS meent in zijn 'concurring opinion' dat art. 6 wel van toepassing is, aangezien de procedure op grond van de art. 89 e.v. Sv te beschou-

177 Rapport van de Commissie van 4 juli 1994 inzake *A.M.* tegen Nederland (klachtno. 15346/89) en *J.v.Z.* tegen Nederland (klachtno. 15379/89). In het persbericht (nr. 184) van de griffie van het Hof van 25 april 1995 staat vermeld dat het Hof een hoorzitting heeft gehouden; bovendien worden de namen van de inmiddels in Nederland welbekende klagers openbaar gemaakt, zodat ik in mijn betoog melding maak van *Masson* en *Van Zon*. Bij het overlijden van de heer Masson in december 1994 stonden in diverse kranten necrologieën vermeld. Zijn erfgenamen lieten weten de procedure (inclusief de schadevergoedingsclaim op grond van art. 50 EVRM) namens hem te willen voortzetten.

178 Arrest *Masson en Van Zon* tegen Nederland van 28 september 1995, A-327, § 49; zie ook het arrest *Sekanina* tegen Oostenrijk van 25 augustus 1993, A-266-A, § 25.

179 A-327, § 51-52.

wen is als een verlengstuk van de strafprocedure. Art. 6 is volgens hem echter niet geschonden in deze zaak.

In een andere zaak tegen Nederland betreft het de heer *Leutscher*, die strafrechtelijk werd vervolgd wegens verdenking van belastingfraude. De rechtbank veroordeelde hem bij verstek tot een jaar gevangenisstraf en een geldboete van één miljoen gulden. In hoger beroep werd dit vonnis echter vernietigd en het Openbaar Ministerie alsnog niet ontvankelijk verklaard wegens overschrijding van de redelijke termijn. Leutscher diende tijdig enige claims in op grond van de artikelen 591 en 591a Sv, onder meer voor vergoeding van de kosten van de raadsman. Het gerechtshof kende slechts enkele kosten toe en wees de gevorderde vergoeding van advocatenkosten af, aangezien hier geen gronden van billijkheid voor bestonden, zeker niet nu er geen enkele aanleiding was tot twijfel aan de juistheid van de veroordeling door de rechtbank. De Commissie was in deze zaak met acht stemmen tegen vijf van oordeel dat art. 6 lid 2 EVRM niet was geschonden.[180] Het Hof neemt in zijn arrest een zelfde standpunt in als in de zaak *Masson* en *Van Zon*. De regeling van art. 591a lid 2 Sv, op grond waarvan aan de gewezen verdachte vergoeding van schade door tijdverzuim en kosten van de advocaat kan worden toegekend, stelt geen 'civil right' vast in de zin van art. 6 lid 1. De rechter kan indien de zaak eindigt zonder oplegging van straf of maatregel deze kosten vergoeden, indien hij daartoe gronden van billijkheid aanwezig acht (art. 90 lid 1 Sv). Daarnaast is het volgens het Hof 'common ground' dat de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 de van een strafbaar feit verdachte persoon geen recht op vergoeding van kosten toekent, indien de procedure tegen hem niet wordt voortgezet. Het stond de Nederlandse rechter vrij om bij de uitoefening van zijn ruime bevoegdheid op grond van art. 591a lid 2 j° art. 90 lid 1 Sv de nog steeds bestaande verdenking tegen de verdachte in ogenschouw te nemen, aangezien de veroordeling in beroep slechts werd vernietigd op grond van het feit dat de vervolging te lang op zich had laten wachten.[181]

De opvatting van MYJER dat een afwijzing van een schade- of kostenvergoeding die alleen (gemotiveerd) is gebaseerd op gronden van billijkheid in Straatsburg praktisch onaantastbaar lijkt, wordt door deze uitspraken ondersteund. Een en ander geldt ook voor zijn stelling dat, in geval van een niet ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie wegens overschrijding van de redelijke termijn, een afwijzing van schade- of kostenvergoeding wordt gebaseerd op het ontbreken van gronden van billijkheid met verwijzing naar de veroordeling in eerste aanleg, door de Straatsburgse beugel

180 Rapport van de Commissie van 12 oktober 1994 inzake *Jakob Koos Leutscher* tegen Nederland (klachtno. 17314/90).

181 Arrest *Leutscher* tegen Nederland van 26 maart 1996, met name § 24, 29 en 31, *RJD* 1996.

lijkt te kunnen.[182] Toch is er kritiek denkbaar op de opstelling van het Hof. Met bovenstaande uitspraken knoopt het Hof namelijk wel zeer vergaand aan bij het nationale recht terwijl het EHRM in het algemeen een autonome interpretatie voorstaat van de begrippen uit het EVRM. Het Hof geeft op deze manier een zeer restrictieve uitleg van art. 6.[183] Het Hof heeft zich in casu beperkt tot een oordeel over de procedures van art. 89 en art. 591a SV. Indien volgens Nederlands recht een actie ex art. 6:162 BW openstaat[184], is het niet uitgesloten dat het Hof aanneemt dat het wel gaat om de vaststelling van een 'right' in de zin van art. 6 EVRM.[185] Ter bescherming van de gewezen verdachte is het mijns inziens wenselijk dat de garanties van art. 6 lid 1 van toepassing zijn op de de procedures van art. 89 en art. 591a SV. Met MARTENS meen ik dat deze procedures zijn te beschouwen als een vervolg op de tegen de gewezen verdachte gevoerde strafzaak, hetgeen betekent dat de vereisten van art. 6 lid 1 in acht moeten worden genomen.

In het arrest *Masson* en *Van Zon* verwijst het Hof uitdrukkelijk naar de uitspraak van de Hoge Raad, waarin is bepaald dat bij een rechtmatige voorlopige hechtenis (dat wil zeggen dat ten tijde van het in voorlopige hechtenis nemen een gerechtvaardigde verdenking van het plegen van strafbaar feit bestond) slechts de procedure van art. 89 SV openstaat.[186] Onder verwijzing naar het bovengenoemde arrest *Sekanina* oordeelt de Hoge Raad dat een vrijgesprokene die volgens de daartoe geldende wettelijke voorschriften voorlopig was gehecht aan art. 6 lid 2 EVRM geen recht op schadevergoeding kan ontlenen. Verder overweegt hij over art. 6 lid 2 en de functie van de burgerlijke rechter in deze:

> 'Deze bepaling wettigt evenmin de opvatting dat gebruik van strafvorderlijke dwangmiddelen, ook wanneer aan alle daartoe in de wet gestelde voorwaarden is voldaan, door de verdachte weliswaar moet worden geduld, maar jegens hem alleen dan niet onrechtmatig is in de zin van art. 6:162 BW indien het vermoeden dat hij onschuldig is, onherroepelijk wordt doorbroken door zijn veroordeling, welke

182 Zie E. Myjer, Vrijspraak of N.O.O.M. en de advocatenrekening, *NJCM-Bulletin* 20-3 (1995), p. 349-356 (op p. 356) en zijn noot onder het arrest van het Hof inzake *Masson en Van Zon* van 28 september 1995, *NJCM-Bulletin* 20-7 (1995), 926-933 (op p. 932). Zie ook zijn noot onder het arrest *Leutscher*, *NJCM-Bulletin* 21-4 (1996), 584-589.

183 Vgl. de noten van E.A. Alkema, *NJ* 1995, 726 en C.P.M. Cleiren, *AAe* 1996, p. 127-131.

184 Hoge Raad 23 december 1994, *NJ* 1995, 512: een persoon van wie de onschuld niet blijkt uit het strafvorderlijk onderzoek, moet voor een vordering uit onrechtmatige daad tegen de staat voor de burgerlijke rechter andere feiten aanvoeren dan het enkele gebruik van een dwangmiddel op grond van een verdenking die achteraf ongefundeerd is gebleken.

185 Alkema in § 3 van zijn noot, *NJ* 1995, 726.

186 Hoge Raad 29 april 1994, *NJ* 1995, 727 met noten C.J.H. Brunner en E.A. Alkema, zie hoofdstuk 2 § 2.3.2.1.; zo ook Hoge Raad 23 december 1994, *NJ* 1995, 512 met noot G.J. Corstens en *AB* 1995, 495 met noot Th.G. Drupsteen.

> opvatting impliceert dat de Staat het risico draagt schade te moeten vergoeden, indien de strafvervolging ten slotte, om welke reden dan ook, niet tot zulk een veroordeling leidt.
> Ook overigens kan niet als juist worden aanvaard dat het toepassen van strafvorderlijke dwangmiddelen in die zin voor risico komt van de Staat dat deze jegens de (voormalige) verdachte steeds tot schadevergoeding is gehouden wanneer de strafvervolging om welke reden dan ook anders eindigt dan met een veroordeling, behoudens in geval de Staat aanvoert en zonodig bewijst dat de verdenking ook achteraf bezien gerechtvaardigd was of dat toepassing van de desbetreffende dwangmiddelen (mede) aan de (voormalige) verdachte kan worden toegerekend in de zin van art. 6:101 BW. Nog daargelaten in hoeverre een onderzoek naar deze vragen nadat de strafzaak is geëindigd in overeenstemming valt te brengen met het beginsel van art. 6 lid 2 EVRM, kleeft aan deze opvatting het bezwaar dat zij de burgerlijke rechter in de regel ertoe zou nopen in een daarop niet toegesneden procedure vragen onder ogen te zien tot het beantwoorden waarvan bij uitstek de strafrechter is toegerust en geroepen, en die deze, in geval van vrijspraak, veelal reeds bij gewijsde heeft beantwoord'.[187]

De Hoge Raad verzet zich derhalve tegen een al te vergaande risico-aansprakelijkheid van de staat in strafvorderingszaken. Bovendien is het bij uitstek een taak van de strafrechter en niet van de burgerlijke rechter om zich over de schadevergoedingsclaim van een gewezen verdachte, wiens voorlopige hechtenis aanvankelijk was gerechtvaardigd, uit te spreken. De Hoge Raad lijkt hiermee terug te komen op zijn arresten uit 1990, waarin hij had geoordeeld dat het strafvorderlijke optreden onrechtmatig moet worden geacht wanneer een aanvankelijke rechtvaardigingsgrond achteraf ongefundeerd blijkt te zijn.[188]

Het is DAMEN niet duidelijk waarom de door de Hoge Raad geformuleerde eis dat bij een uitspraak moet *blijken* dat de verdenking ten onrechte heeft bestaan niet op gespannen voet komt te staan met de in het arrest *Sekanina* geformuleerde onschuldpresumptie.[189] Deze eis lijkt inderdaad te strikt als men de letterlijke overwegingen van het Hof er op naleest:

> 'The voicing of suspicions regarding an accused's innocence is conceivable as long as the conclusion of criminal proceedings has not resulted in a decision on the merits of the accusation. However, it is no longer admissible to rely on such suspicions once an acquittal has become final.'[190]

187 Zie rechtsoverweging 3.5.3.; het is even doorbijten voor de lezer, maar vanwege het grote belang ervan geef ik de overwegingen van de Hoge Raad uitvoerig weer.

188 Hoge Raad 26 januari 1990, *NJ* 1990, 794 en Hoge Raad 23 november 1990, *NJ* 1991, 92; zie hoofdstuk 2 § 2.3.1.2.

189 Zie L.J.A. Damen in zijn noot onder dit arrest, Een deal over bajesdagen of liever cash?, *AAe* 1994, p. 675-681 (op p. 681). De Hoge Raad heeft deze eis herhaald in zijn arresten van 23 december 1994, *NJ* 1995, 512 en 22 december 1995, *NJ* 1996, 301.

190 Arrest *Sekanina* tegen Oostenrijk van 25 augustus 1993, A-266-A, § 30.

De onschuldpresumptie uit art. 6 lid 2 EVRM kan ook geschonden worden zonder dat achteraf uit het strafdossier – uit de einduitspraak of anderszins – komt vast te staan dat de verdenking ten onrechte heeft bestaan. Een zogenaamde 'technische' vrijspraak, bijvoorbeeld doordat de officier van justitie het verkeerde delict ten laste heeft gelegd of als gevolg van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal, zou hier ook onder kunnen vallen.

MYJER meent dat het in het algemeen niet redelijk is om de verdachte die als beloning voor een dergelijk justitieel of politieel falen vrijuit gaat daarnaast ook nog een schadevergoeding toe te kennen.[191] Hier tegenover staat PRAKKEN, die de schadevergoeding niet slechts ziet als een tegemoetkoming aan de gewezen verdachte, maar ook als een van de sancties tegen onrechtmatig opsporende overheidsfunctionarissen. Naar haar mening dient het risico van de onrechtmatigheid van het bewijs volledig bij de overheid te liggen, die dan ook altijd is gehouden om de vrijgesproken verdachte schadevergoeding toe te kennen.[192]

Concluderend kan worden gesteld dat art. 6 lid 2 EVRM de gewezen verdachte geen recht op schadevergoeding geeft voor een in overeenstemming met art. 5 EVRM ondergane hechtenis. In het algemeen zal de Nederlandse regeling van de art. 89 e.v. Sv, waarin de toekenning van schadevergoeding aan het billijkheidsoordeel van de rechter is overgelaten, voor dergelijke gevallen voldoen. Wel zal de rechter bij de afwijzing van de schadevergoedingsclaim zeer behoedzaam te werk moeten gaan teneinde niet in strijd te komen met de in art. 6 lid 2 opgenomen onschuldpresumptie. Bovendien zal hij een dergelijke afwijzing zeer grondig dienen te motiveren, ook in geval van formele fouten. Het lijkt mij redelijk dat ook hier de bewijslast op de overheid ligt om aan te tonen dat de door de gewezen verdachte geleden immateriële schade dermate gering is, dat zij niet voor financiële vergoeding in aanmerking komt (zie hierboven § 7.5.6). Enerzijds gaat mij de opvatting van PRAKKEN te ver om de gewezen verdachte altijd schadevergoeding toe te kennen. Anderzijds lijkt het mij onredelijk om te gemakkelijk – zonder echte motivering – de schadevergoedingsclaim op gronden van billijkheid af te wijzen. MELAI heeft in dit verband terecht opgemerkt dat formele defecten in het vooronderzoek, die leiden tot een niet-ontvankelijkverklaring, vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging, in de schadevergoedingssfeer niet alsnog ten nadele van de gewezen verdachte mogen worden gebracht. De rechter in de strafprocedure moet niet alleen een oordeel uitspreken over de verdachte persoon in kwestie, maar evenzeer over de rechtmatigheid van het vooronderzoek.[193]

191 E. Myjer in zijn noot onder het arrest *Sekanina*, De vrijspraak zonder schadevergoeding, *NJCM-Bulletin* 19-2 (1994), p. 133-139 (op p. 139).

192 Prakken 1989, p. 1577.

193 A.L.M. Melai, Schadevergoeding voor voorlopige hechtenis, *Delikt en Delinkwent* 1988, p. 803-808 (op p. 806).

De regeling van de artikelen 89 e.v. Sv zal in ieder geval dienen te worden uitgebreid naar andere dwangmiddelen, zoals huiszoekingen en telefoontaps.[194] Het gaat hier mijns inziens immers eveneens om ernstige inbreuken op de persoonlijke levenssfeer. De beoordeling van dergelijke schadeclaims zal in beginsel door de strafrechter plaats kunnen vinden. Deze rechter is het beste in staat om te beoordelen of ten tijde van de arrestatie van de gewezen verdachte terecht verdenking van het plegen van een strafbaar feit bestond. Indien de strafrechter constateert dat deze verdenking terecht was en de detentie derhalve als 'lawful' in de zin van art. 5 EVRM kan worden beschouwd, is er sprake van een rechtmatige detentie.[195] De civiele rechter kan er aan te pas komen, wanneer ten tijde van de arrestatie geen redelijke verdenking in de zin van art. 5 lid 1 aanhef en onder c EVRM bestond. Dan immers was de gevangenhouding van meet af aan onrechtmatig, namelijk in strijd met art. 5, en vereist art. 5 lid 5 een volledige schadevergoeding voor betrokkene. Ook dit geval zou onder het bereik van de strafrechter kunnen worden gebracht, mits deze strafvorderlijke schaderegeling met voldoende waarborgen is omkleed en de strafrechter de bevoegdheid krijgt een volledige schadevergoeding toe te kennen.[196] Voor deze procedure zou als voorbeeld kunnen dienen de reeds genoemde uitspraak van de Rechtbank Den Haag, waarin het slachtoffer van een onrechtmatige vreemdelingenbewaring de mogelijkheid werd geboden zijn recht op volledige schadevergoeding (op grond van art. 5 lid 5 EVRM) via de 'vreemdelingenrechter' (op grond van art. 34j Vw) te realiseren; een aparte gang naar de burgerlijke rechter was hiertoe niet nodig.[197]

In dit verband kan aansluiting worden gezocht bij de aanbeveling van een werkgroep van de *Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak* één eenvoudige rechtsgang in het leven te roepen voor een ieder die schade lijdt door een dwangmiddel of anderszins bij opsporing en vervolging van strafbare feiten en aan wie terzake geen straf

194 Zie bijv. D.R. Doorenbosch, Schadevergoeding na strafvorderlijk overheidsoptreden, *Delikt en Delinkwent* 1991, p. 453-464, die ervoor pleit (op p. 463-464) aansluiting te zoeken bij de schadevergoedingsregeling zoals voorgesteld in het ontwerp van een nieuw Wetboek van Strafvordering voor de Nederlandse Antillen. Deze regeling geldt voor alle strafvorderlijke dwangmiddelen. Zo ook J. Dekker, De overheidsaansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door achteraf bezien ten onrechte toegepaste strafvorderlijke dwangmiddelen, *AAe* 1995, p. 748-754 (op p. 754).

195 Zo ook J.L. de Wijkerslooth, Het recht gaat aan constructies ten onder, *RM Themis* 1993, p. 316-324, waar hij op p. 320 schrijft over de opvatting dat een rechterlijk bevel tot voorlopige hechtenis achteraf als onrechtmatig moet worden beschouwd, wanneer de verdachte niet wordt veroordeeld: 'Zo die opvatting juist is, dan kan men tot de pikante vaststelling komen, dat bevelen tot voorlopige hechtenis 'lawful' kunnen zijn in de zin van art. 5 lid 1 aanhef en onder c ECRM, maar onrechtmatig naar intern Nederlands recht'; zie ook G. Knigge in *§ 7* van zijn noot onder het arrest *Sekanina*, *NJ* 1994, 1. Anders: H.A. van den Berg en K. Rozemond, Civilisering van het strafrecht: schadevergoeding wegens toepassing van dwangmiddelen, *RM Themis* 1992, p. 51-62 (op p. 62) en K. Rozemond, Schadevergoeding na strafvorderlijk overheidsoptreden, *NJB* 1993, p. 129-132 (op p. 132).

196 Hierbij valt in het bijzonder te denken aan de vereisten van art. 6 EVRM, met name openbaarheid van de procedure en onbevangenheid van de rechters; zie in dit verband Rozemond 1993, p. 132.

197 Rechtbank 's-Gravenhage 29 december 1994, *RV* 1994, nr. 75, met noot B.P. Vermeulen; zie hierboven § 7.5.3.

of maatregel wordt opgelegd. De werkgroep acht het doelmatig deze vordering tot vergoeding van schade en kosten in handen van de strafrechter te laten en deze vordering in één verzoekschrift mogelijk te maken. De werkgroep pleit ervoor een exclusieve en volwaardige regeling van vergoeding van geleden schade op te nemen in het Wetboek van Strafvordering, die geldt voor alle gevallen waarin schade wordt geleden door strafvorderlijk overheidsoptreden. Hierbij zou het billijkheidscriterium van art. 90 lid 2 Sv vervangen dienen te worden door een recht op volledige vergoeding, tenzij de schade redelijkerwijs geheel of gedeeltelijk voor rekening van verzoeker dient te blijven. Hiervan kan sprake zijn indien de schade mede is te wijten aan een fout van de verzoeker of aan hem toe te rekenen omstandigheden en indien de ernst van die fout of van die omstandigheden daartoe aanleiding geeft.[198] Dit laatste sluit aan bij de zogenaamde causaliteit met billijkheidscorrectie van art. 6:101 BW. Volgens dit artikel wordt de vergoedingsplicht verdeeld naar de mate van de schuld van de benadeelde en de vergoedingsplicht met dien verstande dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist.[199]

Indien sprake is van een onrechtmatige vrijheidsberoving in die zin dat er geen op basis van art. 5 lid 1 vereiste grond voor de detentie aanwezig was, heeft het slachtoffer mijns inziens te allen tijde recht op vergoeding van de hierdoor geleden materiële en immateriële schade. Bij sprake van schending van de overige vereisten van art. 5 EVRM, zal niet gemakkelijk moeten worden aangenomen dat de schade geheel of gedeeltelijk voor rekening van de verzoeker dient te blijven. Op de overheid rust de bewijslast om aan te tonen dat de betrokkene de schade aan zichzelf te wijten heeft en dat deze schade dermate gering is dat zij geen financiële vergoeding rechtvaardigt.[200]

Denkbaar is dat bij een overigens rechtmatige detentie – dat wil zeggen de vereisten van art. 5 EVRM zijn in acht genomen – sprake is van schending van een of meer

198 Zie het rapport van 15 december 1994 inzake schadevergoeding na voorlopige hechtenis en andere dwangmiddelen van een door de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak ingestelde werkgroep, p. 2-5. Vgl. Spier 1996, p. 290-291.

199 Vgl. in dit verband G.J. Corstens in § 7 van zijn noot onder Hoge Raad 23 december 1994, *NJ* 1995, 512: 'De door de burgerlijke rechter te hanteren maatstaven zijn overigens niet (meer) scherp te onderscheiden van de billijkheidsmaatstaf van de artt. 89 e.v.: eigen schuld (art. 6:101 BW), vergoeding van immateriële schade in ruimere mate dan voorheen en naar billijkheid vast te stellen (art. 6:106 BW) en het algemeen matigingsrecht (art. 6:109 lid 2 BW) vormen factoren die de burgerrechtelijke maatstaven doen convergeren naar een billijkheidsmaatstaf.' Zie ook Hoge Raad 22 december 1995, *NJ* 1996, 301: in casu bestaat geen verplichting tot schadevergoeding voor de staat na strafvorderlijk optreden mede gezien de ernst van de aan de ex-verdachte toe te rekenen fouten.

200 Zie in dit verband uitgebreid mijn betoog hierboven in § 7.5.6.

vereisten van art. 6. Dergelijke schendingen zullen in het algemeen niet van invloed zijn op de rechtmatigheid van de detentie.[201] Het is echter zeker niet uitgesloten dat een inbreuk op fundamentele procedurele vereisten, zoals te vinden in art. 6 EVRM, leidt tot onrechtmatigheid van de detentie.[202] Als in de procedure die leidde tot de vrijheidsberoving bijvoorbeeld het vereiste van behandeling binnen een redelijke termijn niet in acht is genomen, dient mijns inziens niet zonder meer van de rechtmatigheid van de detentie te worden uitgegaan.[203]

Inbreuken op de vereisten van art. 6 EVRM kunnen de betrokkene materiële en immateriële schade toebrengen. Veelal kan die schade worden weggenomen door bepaalde maatregelen, zoals bij overschrijding van de redelijke termijn strafvermindering of niet-ontvankelijk verklaring van het Openbaar Ministerie. Toch hebben we hierboven gezien dat er nog een deel van de – immateriële – schade- kan overblijven die nog enige financiële vergoeding rechtvaardigt. Ook nu weer komen we op het terrein van de onrechtmatige rechtspraak en daarmee bij de civiele rechter (art. 6:162 BW), waarover meer in de volgende paragraaf.

7.6.5 Schadevergoeding in geval van onrechtmatige rechtspraak

Hierboven is bij de behandeling van de diverse vereisten van art. 6 EVRM een aantal keren de vraag opgeworpen of schending van deze procedurele voorschriften een actie op grond van onrechtmatige rechtspraak (art. 6:162 BW) tegen de Nederlandse staat mogelijk maakt. In hoofdstuk 2 § 2.3.1.4. bleek dat de Nederlandse rechtspraak tot nu toe zeer terughoudend is in deze, terwijl de meerderheid van de schrijvers van mening is dat de mogelijkheden van een actie uit onrechtmatige rechtspraak tegen de staat dienen te worden uitgebreid.

Op deze plaats zal met name worden ingegaan op de aansprakelijkheid van de staat en niet zozeer op de persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter in geval van schending van de vereisten van art. 6 EVRM. Hierboven schreef ik reeds dat dit ook het meest voor de hand ligt bij structurele schending van de garanties van art. 6, zoals bij overschrijding van de redelijke termijn. In dit kader beperk ik mij tot de aansprakelijkheid van de staat voor onrechtmatige rechtspraak en zal de mogelijkheid van de staat om regres te halen op een rechter die op ernstige wijze de fout is ingegaan

201 Zie in dit verband G. Knigge in § 6 van zijn noot onder het arrest *Drozd en Janousek* tegen Frankrijk en Spanje van 26 juni 1992, A-240, *NJ* 1995, 258: "Het Hof lijkt zich op het standpunt te stellen dat een schending van art. 6 EVRM de *lawfulness* van de tenuitvoerlegging van de opgelegde vrijheidsstraf niet raakt."

202 Vgl. E.A. Alkema in § 1 van zijn noot onder Hoge Raad 29 april 1994, *NJ* 1995, 727.

203 Zie ook E.A. Alkema in zijn noot onder het arrest *Bunkate* tegen Nederland van 26 mei 1993, *NJ* 1993, 466, zie nader hierboven in § 7.6.1.1.

onbesproken blijven, evenals de persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter jegens de burger.[204]

De argumenten tegen een vergaande aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak zijn door C.A.J.M. KORTMANN gerubriceerd en te licht bevonden.[205] In het bijzonder is het de vraag of het door de Hoge Raad gebruikte argument van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen wel zuiver is. De stelling komt er immers op neer, dat een uitputtende regeling van rechtsmiddelen uitgebreide procedurele waarborgen met zich brengt en er derhalve geen plaats meer is voor aansprakelijkheid. KORTMANN trekt deze redenering mijns inziens terecht in twijfel. Het is immers denkbaar dat ondanks het aanwenden van rechtsmiddelen toch schade wordt toegebracht. Bovendien is het de vraag of de rechtsmiddelen in kwestie wel zijn bedoeld om schade te voorkomen.[206] Rechtsmiddelen kunnen er wel toe dienen schade te beperken.[207]

Volgens VAN ZEBEN gaat het argument van de rechtsmiddelen slechts op, indien de wetgever bewust en met zorg een rechtsmiddel in het leven heeft geroepen, hetgeen echter zeker niet altijd het geval is.[208] Bovendien ontbreekt in een aantal gevallen een rechtsmiddel, zoals – vooralsnog – in vreemdelingenzaken. Ook S.C.J.J. KORTMANN is niet onder de indruk van dit argument en wijst erop dat deze beperkte aansprakelijkheid voor rechterlijke fouten in contrast staat tot de vergaande aansprakelijkheid van de administratie en van de wetgever voor onjuiste wetsuitleg. De uitputtende regeling van de rechtsmiddelen kan hoogstens een geldig argument zijn voor de beperking van rechterlijke aansprakelijkheid, niet voor uitsluiting ervan.[209]

In strafprocedures hebben verdachten wel gebruik gemaakt van de mogelijkheid om in kort geding bij de civiele rechter de staat te gebieden de in hun ogen onrechtmatige tenuitvoerlegging van hun detentie te verbieden. Deze acties waren echter zonder succes.[210] Naar de mening van DE HULLU heeft de kort gedingrechter in strafzaken geen rol te vervullen vanwege het gesloten stelsel van rechtsmiddelen. Hij aanvaardt

204 Een 'fraai' staaltje van een rechter die de fout inging was de Texaanse rechter Thompson die in 1974 een onwelkome getuige – letterlijk – met harde hand de zittingzaal uitsloeg; dit voorbeeld trof ik aan bij E.J.H. Schrage, De aansprakelijkheid van de rechter voor beroepsfouten, *RM Themis* 1995, p. 127.

205 C.A.J.M. Kortmann, De aansprakelijkheid van de staat voor schade voortvloeiende uit rechterlijke uitspraken, in: *Bundel Rechtspleging*, Nijmegen, 1974, p. 95-112; hij noemt onder meer de trias politica en de bijzondere positie van de rechter, de soevereiniteitsgedachte, het gezag van gewijsde en de regeling der rechtsmiddelen.

206 Kortmann 1974, p. 99.

207 Zie bijv. Rechtbank Den Haag (rechtseenheidskamer), 29 december 1994, *RV*, nr. 75 met noot B.P. Vermeulen, in rechtsoverweging 4.4: 'Als algemeen rechtsbeginsel geldt, dat van degene die om schadevergoeding verzoekt, mag worden verwacht dat hij het redelijkerwijs mogelijke heeft gedaan om de schade te beperken, waaronder begrepen dient te worden het aanwenden van rechtsmiddelen.'

208 C.J. van Zeben, Onrechtmatige daad van de rechter, in: *Van Opstall-bundel*, Deventer, 1972, p. 215.

209 S.C.J.J. Kortmann, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid voor onjuiste wetsuitleg*, oratie Nijmegen, 1985, p. 31.

210 Zie bijv. Hoge Raad 24 mei 1991, *NJ* 1991, 646 met noot Th.W. van Veen.

het gesloten systeem van rechtsmiddelen in strafzaken en daarmee dat niet iedere beslissing volledig juist is. Een en ander brengt volgens DE HULLU met zich dat binnen het gesloten stelsel enige coulance en flexibiliteit moet worden betracht, bijvoorbeeld ten aanzien van de tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf.[211]

Toch lijkt mij deze laatste suggestie onvoldoende voor de gevallen waarin echt iets is misgegaan. Hierbij hoeft niet meteen gedacht worden aan de in 1958 door LEIJTEN gefingeerde casus van een kantonrechter die na een avond stappen met de officier van justitie een vrouw, die buiten de door de Algemene Politieverordening toegestane uren in het openbaar haar matjes heeft geklopt, tot de doodstraf veroordeelde. Tegen deze uitspraak van de kantonrechter stond echter geen – effectief – rechtsmiddel open. Het is natuurlijk een zeer onwaarschijnlijk voorbeeld maar het geeft wel duidelijk aan, dat een verdachte van een strafbaar feit machteloos kan staan tegen een rechterlijke uitspraak waarbij hem in strijd met de wet teveel straf is opgelegd. Het verlenen van gratie kan in dergelijke gevallen enig soelaas bieden. Bedacht moet echter worden dat het bij gratie een gunst betreft en dat de verdachte geen recht op gratie heeft. LEIJTEN stelt dan ook terecht dat eigenlijk een andere weg zou moeten open staan.[212]

Een wel echt gebeurde zaak betreft een uitspraak van een politierechter waarbij de verdachte werd veroordeeld tot een gevangenisstraf van zeven maanden, terwijl de politierechter slechts maximaal zes maanden had kunnen opleggen. Na hoger beroep te hebben ingesteld bij het hof, trekt de betrokkene dit appel in. Vervolgens zoekt hij zijn heil in kort geding bij de civiele rechter, die zijn vordering echter afwijst. De Hoge Raad sanctioneert deze uitspraak, aangezien het gesloten stelsel van rechtsmiddelen tegen uitspraken van de strafrechter, zoals geregeld in het Wetboek van Strafvordering, meebrengt dat het vonnis van de politierechter rechtskracht behoudt, zolang het niet ingevolge het instellen van een zodanig rechtsmiddel is vernietigd. Van onrechtmatigheid van de tenuitvoerlegging is volgens de Hoge Raad dan ook geen sprake, evenmin van een schending van art. 5 lid 1 EVRM.[213]

In zijn conclusie bij dit arrest schrijft advocaat-generaal LEIJTEN, dat hij zich kan voorstellen dat de staat aansprakelijk wordt gesteld voor de schade veroorzaakt door een onjuiste strafrechtelijke beslissing, indien deze ten uit uitvoer wordt gelegd. Deze schade zal de betrokkene eerst via de voor hem openstaande rechtsmiddelen op de staat moeten proberen te verhalen. Het lijkt LEIJTEN niet ondenkbaar dat de door de onjuiste beslissing veroorzaakte schade die niet kan worden weggenomen door de beslissing in appel voor vergoeding in aanmerking komt.[214]

In een andere zaak is de Hoge Raad van oordeel dat de rechtbank geen fundamenteel rechtsbeginsel heeft geschonden door niet voorafgaande aan haar beschikking tot

211 J. de Hullu, *Over rechtsmiddelen in strafzaken*, dissertatie Groningen, 1989, p. 464-466.
212 J.C.M. Leijten, Het doodvonnis van de kantonrechter, *NJB* 1958, p. 432-434.
213 Hoge Raad 16 oktober 1987, *NJ* 1988, 841 met noten M. Scheltema en G.J.M. Corstens.
214 Zie § 30 van zijn conclusie, *NJ* 1988, 841, p. 2821.

tenuitvoerlegging van de voorwaardelijke terbeschikkingstelling van de regering nadere rapportage te vragen.[215] Advocaat-generaal LEIJTEN kan zich in zijn conclusie – aangenomen dat de beschikking die leidde tot de vrijheidsontneming onrechtmatig was – vinden in het voorstel van de eiser om de schadevergoeding in de vorm van een 'herstel in natura' te gieten, namelijk door zijn invrijheidstelling. De eventuele onrechtmatigheid van de rechterlijke uitspraak in kwestie – in strafzaken dan wel *in civilibus* – doet volgens LEIJTEN echter niet af aan de geldigheid van deze uitspraak.[216] Annotator SCHELTEMA is het niet eens met dit standpunt. Volgens hem brengt de onrechtmatigheid van de beschikking tevens de nietigheid ervan met zich.[217]

Het lijkt mij dat in de zojuist genoemde gevallen de persoon in kwestie de mogelijkheid zou moeten hebben de inbreuk op de garanties van art. 6 EVRM aan een rechter voor te leggen. Hiermee komt mijns inziens niet het hele stelsel van rechtsmiddelen, zowel in strafzaken als in civiele procedures, op de helling te staan. Wel dient dit stelsel van rechtsmiddelen minder gesloten te zijn. Zeker in het geval van de schending van de procedurele garanties van art. 6 EVRM moet het slachtoffer de mogelijkheid hebben deze kwestie op het nationale niveau aan de orde te stellen. De Hoge Raad heeft trouwens reeds een kleine opening in het gesloten stelsel van rechtsmiddelen gemaakt.[218] Het lijkt mij ook in overeenstemming met art. 13 EVRM, dat een ieder het recht geeft op een effectief rechtsmiddel voor een nationale instantie in geval van een – vermeende – verdragsschending, om deze opening in de toekomst verder uit te bouwen.

Concluderend kan worden gesteld dat het argument van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen geen afdoende reden is om de staat te vrijwaren van aansprakelijkheid wegens schending van (een van de) vereisten van art. 6 EVRM.[219] De in hoofdstuk 6 besproken Straatsburgse jurisprudentie wijst ook in deze richting.

Het feit dat een gebrek in de procedure (bijvoorbeeld strijd met het onpartijdigheidsbeginsel uit art. 6 EVRM) door een hogere rechter wordt hersteld, betekent niet zonder meer dat de door de rechter in eerste instantie toegebrachte schade geheel is weggenomen.[220] Een en ander kan zich voordoen zowel wanneer het stelsel van rechtsmiddelen gesloten blijft als in geval dit wordt opengebroken. Voor de vergoeding van deze schade lijkt een actie op grond van art. 6:162 BW bij de civiele rechter de

215 Hoge Raad 8 mei 1987, *NJ* 1988, 1016 met noot M. Scheltema.
216 Zie met name § 22-30 van zijn conclusie in *NJ* 1988, 1016, p. 3605.
217 Zie § 4 van zijn noot onder *NJ* 1988, 1016.
218 Zie Hoge Raad 3 december 1971, *NJ* 1972, 137 en Hoge Raad 1 februari 1991, *NJ* 1991, 413; zie over deze arresten hoofdstuk 2 § 2.3.1.4.
219 Zie ook J.E.F.F.M. Duynstee, Rechtspraak en aansprakelijkheid, *Trema* 1988, p. 8.
220 Zie Kortmann 1985, p. 35.

aangewezen weg. In civiele procedures waarin de staat geen partij is, zou een onrechtmatige daadsactie tegen de overheid vanwege schending van een van de vereisten van art. 6 EVRM mijns inziens tot de mogelijkheden dienen te behoren. Als het bijvoorbeeld gaat om een overschrijding van de redelijke termijn die volledig voor rekening komt van de rechterlijke autoriteiten, is het niet redelijk deze schade op de civiele wederpartij te verhalen. In een aparte schadevergoedingsprocedure kan de staat dan aansprakelijk worden gesteld.[221]

Een belangrijke vraag is of een schending van (een van) de vereisten van art. 6 EVRM een onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 BW oplevert. Hierboven bleek reeds dat onder handelen in strijd met een wettelijke plicht ook kan vallen een doen of nalaten in strijd met een een ieder verbindende verdragsbepaling in de zin van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet.[222] Mede gezien de Straatsburgse jurisprudentie ben ik geneigd bovenstaande vraag bevestigend te beantwoorden. Voor handelen in strijd met de vereisten van art. 6 EVRM kan de overheid uiteindelijk in Straatsburg aansprakelijk worden gesteld, zoals blijkt uit het grote aantal voorbeelden in hoofdstuk 6. Tevens hebben we daar gezien dat deze schendingen niet altijd tot de toekenning van schadevergoeding leiden, onder meer vanwege het ontbreken van voldoende causaal verband tussen de gestelde schade en de geconstateerde schending van art. 6 EVRM. Verder overweegt het EHRM regelmatig dat de constatering van een schending van art. 6 EVRM voldoende billijke genoegdoening is in de zin van art. 50 van het verdrag.

De rechtstreekse werking van art. 6 brengt met zich dat een schending ook op nationaal niveau kan worden vastgesteld en daarmee kan de rechter mijns inziens de onrechtmatigheid van het overheidshandelen in kwestie vaststellen.[223] Nadat de aansprakelijkheid van de staat op deze manier is gevestigd, doet zich de vraag voor naar het bestaan van schade veroorzaakt door deze onrechtmatige daad. Indien door de schending van art. 6 EVRM schade is ontstaan, zal deze door de overheid dienen te worden vergoed. Het goedmaken van de gevolgen van het niet naleven van de vereisten van art. 6 zal doorgaans kunnen geschieden in de procedure waarin deze garanties zijn geschonden. Zo kan een in eerste instantie gemaakte inbreuk op het openbaarheidsvereiste worden hersteld door de rechter in hoger beroep die de zaak alsnog met open deuren behandelt. De gevolgen van de schending kunnen op deze manier tijdens het proces zoveel mogelijk worden weggenomen, zodat een *restitutio*

221 Zie § 8 van de noot van E.A. Alkema onder Hoge Raad 7 februari 1986, *NJ* 1986, 791.

222 Zie hoofdstuk 2 § 2.3.1.1.

223 Voorzover art. 6 niet rechtstreeks werkt kan de vaststelling van de schending in Straatsburg plaatsvinden. Hiervan is bijvoorbeeld sprake indien een beroep op deze bepaling wordt gedaan teneinde de rechter een grotere rechtsmacht te doen toekomen dan de nationale wet hem toekent, zie verder hierboven in § 7.1.2.

in integrum zeer dicht wordt benaderd.[224] Ook is denkbaar dat een schending van art. 6 EVRM leidt tot doorbreking van een appelverbod, zodat een hogere rechter de mogelijkheid krijgt de gevolgen van de inbreuk op art. 6 EVRM weg te nemen.[225]

Een onrechtmatige daadsactie zal in het algemeen pas na het voeren van de procedure kunnen worden ingesteld, aangezien de mogelijkheid bestaat dat in deze procedure de gebreken veroorzaakt door het niet in acht nemen van de garanties van art. 6 worden hersteld.[226]

Voor de vraag of de benadeelde schade heeft geleden door de schending van art. 6 EVRM biedt de Nederlandse jurisprudentie inzake verzuim van essentiële vormvereisten een aanknopingspunt. Zo heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een gebrek in de motivering van een rechterlijke uitspraak niet betekent dat een zo fundamenteel rechtsbeginsel is geschonden dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken.[227] Een gebrek in de motivering zal veelal door een hogere instantie kunnen worden hersteld. Bovendien kan in dit verband worden gewezen op art. 6:22 van de Algemene wet bestuursrecht, dat bepaalt dat een orgaan dat op een bezwaar of beroep beslist het wegens een vormverzuim aangevochten besluit in stand kan laten, indien blijkt dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld.

Hierboven bleek reeds dat het niet altijd mogelijk is de door de inbreuk op art. 6 veroorzaakte schade recht te zetten in de procedure waarin deze schending optreedt. Een aparte schadevergoedingsactie ex art. 6:162 BW dient dan mijns inziens niet te worden uitgesloten. Het lijkt mij echter geen goede zaak de procedure uit onrechtmatige daad te beschouwen als uit te putten rechtsmiddel in de zin van art. 26 EVRM. In dit verband kan het door DOMMERING gemaakte onderscheid tussen de vaststelling van de schending van art. 6 EVRM en de afwikkeling van de gevolgen daarvan soelaas bieden. Art. 26 EVRM ziet dan op het 'foute', dat wil zeggen niet in overeenstemming met de vereisten van art. 6 EVRM gevoerde proces, terwijl art. 50 EVRM betrekking heeft op het 'goedmakings'-proces.[228]

Bovendien dient te worden opgemerkt dat de uitspraak in het 'foute' proces tussen de partijen als onherroepelijk geldt. In het 'goedmakings'-proces wordt het optreden van de rechter op zijn rechtmatigheid beoordeeld en eventueel schadevergoeding toege-

224 Vgl. Dommering 1983, p. 236, waar hij wijst op de mogelijkheid om gedurende de procedure de gevolgen van onrechtmatig verkregen bewijs recht te trekken.

225 Zie bijv. Hoge Raad 18 februari 1994, *NJ* 1994, 742 met noot H.J. Snijders: doorbreking appelverbod in huurrechtzaak, aangezien het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor is geschonden.

226 Dommering 1983, p. 238.

227 Hoge Raad 3 juli 1989, *RvdW* 1989, 193; zie ook Hoge Raad 4 maart 1988, *NJ* 1989, 4.

228 Dommering 1983, p. 236.

kend; de uitkomst van laatstgenoemde procedure laat echter de uitspraak in de eerstgenoemde procedure onaangetast.[229]

Een andere vraag is op welk moment een dergelijke actie openstaat. DOMMERING acht het niet uitgesloten dat een vordering op grond van art. 6:162 BW vóór of tijdens een procedure wordt ingesteld.[230] In het algemeen zal de betrokkene de beschikbare rechtsmiddelen dienen uit te putten, alvorens een actie uit onrechtmatige rechtspraak tegen de staat te kunnen indienen. Indien deze rechtsmiddelen zijn aangewend of geen soelaas kunnen bieden en toch schade door de schending van art. 6 EVRM is ontstaan, dient de staat te kunnen worden aangesproken voor onrechtmatig handelen van de rechter net als voor ieder ander staatsorgaan dat onrechtmatig handelt.[231] Een en ander geldt zowel in civiele procedures als in strafzaken.

7.7 Schadevergoeding bij schending van het privéleven en familie- en gezinsleven (art. 8 EVRM)

7.7.1 Privéleven

In hoofdstuk 6 is gebleken dat het EHRM op diverse terreinen een schending heeft geconstateerd van het door art. 8 EVRM beschermde recht van een ieder op respect voor zijn privéleven. Tevens geeft deze Straatsburgse jurisprudentie een bont geheel te zien van gevallen waarin enerzijds schadevergoeding wordt toegekend en anderzijds wordt volstaan met de conclusie dat de vaststelling van een verdragsschending voldoende billijke genoegdoening is in de zin van art. 50 EVRM. In beginsel komen alle inbreuken op het privéleven in aanmerking voor schadevergoeding. Het Hof kan immers op grond van art. 50 EVRM schadevergoeding toekennen, nadat het heeft geconstateerd dat het EVRM is geschonden. Het is echter moeilijk te voorspellen wanneer het Hof schadevergoeding toekent en wanneer het volstaat met de constatering van een verdragsschending.

In hoofdstuk 2 hebben we gezien dat de Nederlandse rechter wel een enkele keer vergoeding van immateriële schade heeft toegekend bij schending van het recht op privéleven. Deze toekenning wordt gebracht onder de 'aantasting van de persoon op andere wijze' uit art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW. Zo betreft het in een geval het feit dat de politie inlichtingen over het strafrechtelijk verleden van de persoon in kwestie aan derden heeft verstrekt. Hiermee is naar het oordeel van de Hoge Raad een ongerechtvaardigde inbreuk op het door art. 8 EVRM beschermde recht op de

229 Zie onder meer Kortmann 1974, p. 98 en Ch.H. van Dijk en R.J.M. Smit, Aansprakelijkheid voor door de rechter gemaakte fouten, in: *Met recht naar 2000*, Lelystad, 1990, p. 92.

230 Zie Dommering 1983, p. 239.

231 Van Dijk/Smit 1990, p. 93.

persoonlijke levenssfeer van de betrokkene gemaakt. De Hoge Raad overweegt onder meer 'dat indien sprake is van een ernstige schending van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, de daarin gelegen aantasting van de persoon een zelfstandige grond voor toekenning van vergoeding van immateriële schade oplevert.'[232]

Uit de Straatsburgse jurisprudentie blijkt dat iedere schending van het privéleven ex art. 8 EVRM tot schadevergoeding kan leiden. Het zojuist genoemde criterium van de Hoge Raad voor een zelfstandige grond tot vergoeding van immateriële schade, namelijk een ernstige aantasting van de privacy, lijkt me dan ook te eng. Iedere aantasting van de persoonlijke levenssfeer kan in beginsel vallen onder 'aantasting van de persoon op andere wijze'. De Parlementaire Geschiedenis van art. 6:106 BW sluit dit ook niet uit.[233] Mede gezien de Straatsburgse jurisprudentie pleit ik er dan ook voor om de zinsnede 'aantasting van de persoon op andere wijze' ruim uit te leggen, zodat in beginsel bij iedere ongerechtvaardigde inbreuk door de overheid op het privéleven van burgers een vergoeding van immateriële schade op haar plaats is. Het kan natuurlijk zo zijn dat deze schade dermate gering is, dat zij geen financiële vergoeding rechtvaardigt.

Een schending van art. 8 EVRM levert naar mijn mening een onrechtmatige daad op in de zin van art. 6:162 BW. De overheid heeft dan immers in strijd gehandeld met een wettelijke plicht, waar ook een ieder verbindende verdragsbepalingen onder vallen. Het slachtoffer van deze schending heeft in beginsel recht op schadevergoeding. Het is mijns inziens echter niet zo dat het slachtoffer van een inbreuk op art. 8 EVRM te allen tijde recht op schadevergoeding heeft.[234] Voor het slagen van de schadevergoedingsvordering zal het slachtoffer de door de schending van art. 8 EVRM veroorzaakte schade dienen aan te tonen.[235] De billijkheid van art. 50 EVRM vereist echter dat rekening wordt gehouden met bewijsproblemen van het slachtoffer in deze. Zeker ten aanzien van de vaak moeilijk vast te stellen immateriële schade brengen de eisen van redelijkheid en billijkheid mee, dat het aan de overheid is om aan te tonen dat deze schade niet bestaat of zo gering is dat zij niet voor vergoeding in aanmerking komt.[236]

Op diverse terreinen kan de overheid inbreuk maken op het privéleven van haar onderdanen, zoals bij de toepassing van dwangmiddelen in strafzaken, controle bij

232 Hoge Raad 1 november 1991, *NJ* 1992, 58, rechtsoverweging 3.5.; zie ook Hoge Raad 30 oktober 1987, *NJ* 1988, 277.

233 Parlementaire Geschiedenis NBW, Boek 6, p. 379-380.

234 Zoals bijvoorbeeld gesteld in onderdeel 3 van het cassatiemiddel in Hoge Raad 1 november 1991, *NJ* 1992, 58.

235 Vgl. § 4.2. en 4.3. van de conclusie van advocaat Biegman-Hartogh voor Hoge Raad 1 november 1991, *NJ* 1992, 58.

236 Vgl. art. 177 Rv, zie verder mijn betoog hierboven in § 7.5.6.

sociale voorzieningen[237] en bij het aanleggen van registratiesystemen met persoonlijke gegevens. Indien het gaat om ongerechtvaardigde inbreuken dient het slachtoffer in aanmerking te komen voor vergoeding van de hierdoor geleden schade, zowel van materiële als van immateriële aard.

7.7.2 Familie- en gezinsleven

Het EHRM heeft diverse keren een schending geconstateerd van het door art. 8 EVRM beschermde recht op familie- en gezinsleven, zoals blijkt uit hoofdstuk 6. Ook deze jurisprudentie geeft een gevarieerd beeld te zien ten aanzien van de kwestie van schadevergoeding. Iedere schending van het familie- en gezinsleven kan in beginsel leiden tot de toekenning van schadevergoeding. Een inbreuk door de overheid op dit 'family life' kan mijns inziens dan ook zeker vallen onder de zinsnede 'aantasting van de persoon op andere wijze' uit art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW. Zo had het volgens mij voor de hand gelegen om de klagers in het reeds genoemde arrest *Kroon* enige vergoeding van immateriële schade toe te kennen. Vanwege de onmogelijkheid naar Nederlands recht om een *restitutio in integrum* te verkrijgen, hebben de klagers *f*30.000 geclaimd bij wijze van vergoeding van immateriële schade. Het EHRM geeft weliswaar toe dat de klagers dergelijke schade hebben geleden door de wettelijke onmogelijkheid om juridische erkenning te krijgen van hun familieband, maar het Hof vindt dat deze schade voldoende is gecompenseerd door de constatering van een schending van art. 8.[238]

Ook in andere gevallen is denkbaar dat een inbreuk op het door art. 8 gegarandeerde recht op familie- en gezinsleven leidt tot immateriële schade. In hoofdstuk 6 is de zaak *Berrehab* genoemd betreffende het contact tussen een meisje en haar vader die Nederland werd uitgezet. De overheid diende de door de schending van art. 8 EVRM veroorzaakte immateriële schade te vergoeden.[239] Ook op het terrein van het kinderbeschermingsrecht is heel wel denkbaar dat de overheid door het gebruik van de haar ten dienste staande machtsmiddelen (met name ondertoezichtstelling en uithuisplaatsing) ongerechtvaardigd inbreuk maakt op het familie- en gezinsleven van de betrokkenen. De hierdoor geleden immateriële schade dient de overheid mijns inziens te vergoeden. Een en ander is ook in overeenstemming met de praktijk van het EHRM, dat in een groot aantal arresten tegen het Verenigd Koninkrijk en Zweden dergelijke vergoedingen heeft toegekend, zoals blijkt uit Hoofdstuk 6.

237 Zie bijv. Hoge Raad 20 maart 1992, *AB* 1992, 367 met noot Tj. Gerbranda: het vragen door het uitvoeringsorgaan van de Algemene Bijstandswet aan de ex-echtgenoot van betrokkene naar haar sexuele gerichtheid is onrechtmatig en in strijd met art. 8 EVRM.

238 Arrest *Kroon e.a.* tegen Nederland van 27 oktober 1994, A-297-C, § 44-45.

239 Arrest *Berrehab* tegen Nederland van 21 juni 1988, A-138, § 33-34.

Verder kan ik in dit verband volstaan met te verwijzen naar hetgeen ik hierboven in § 7.7.1 heb opgemerkt.

7.7.3 Wetgeving in strijd met art. 8 EVRM

Het EHRM heeft een aantal malen een nationale wettelijke bepaling in strijd geoordeeld met art. 8 EVRM. In veel van deze gevallen heeft het Straatsburgse Hof volstaan met de constatering van een verdragsschending als voldoende billijke genoegdoening in de zin van art. 50 EVRM.

In hoofdstuk 2 is reeds geschreven dat wetgeving (waaronder ook wetten in formele zin) onrechtmatig kan zijn in de zin van art. 6:162 BW wegens strijd met een een ieder verbindende verdragsbepaling, zoals art. 8 EVRM. De overheid zal de gevolgen van deze verdragsschending zo spoedig mogelijk dienen te herstellen. Zo heeft Nederland nog voor het wijzen van het arrest *X* en *Y* de wetgeving in overeenstemming gebracht met het EVRM. Bovendien heeft het EHRM het slachtoffer een vergoeding van immateriële schade ad *f* 3000 toegekend.[240] Naar aanleiding van het tegen België gewezen arrest *Marckx* heeft Nederland zijn wetgeving terzake aangepast door de gelijkstelling van wettige en onwettige kinderen in het erfrecht.[241] Op andere terreinen is de Nederlandse wetgever minder voortvarend, met name ten aanzien van het afstammingsrecht, zoals ook blijkt uit het arrest *Kroon*. In dit verband doet zich de vraag voor naar de taak van de nationale rechter bij de naleving van het EVRM, indien de wetgever te lang talmt. In het arrest *Vermeire* heeft het EHRM duidelijk gemaakt dat de rechter zich niet achter de wetgever kan verschuilen bij de naleving van het EVRM en in het bijzonder de bevindingen van het Hof in het arrest *Marckx*.[242] Opmerkelijk is dan ook dat de Hoge Raad één week na het arrest *Kroon* in een vergelijkbaar geval niet ingaat op de kwestie of art. 1:198 BW in strijd is met de artikelen 8 j° 14 EVRM, aangezien het vinden van oplossingen in deze de rechtsvormende taak van de wetgever te buiten zou gaan. De Hoge Raad verwees hierbij naar een – nieuw – wetsvoorstel inzake de herziening van het afstammingsrecht waarmee de ministerraad op 11 maart 1994 akkoord is gegaan.[243] Op deze plaats zal ik niet uitgebreid ingaan op de taak van de rechter bij de tenuitvoerlegging van Straatsburgse beslissingen.[244] Wel lijkt het mij dat in het zojuist genoemde voorbeeld, waarin

240 Arrest *X en Y* tegen Nederland van 26 maart 1985, A-91, § 40; zie verder hoofdstuk 6.

241 Arrest *Marckx* tegen België van 13 juni 1979, A-31.

242 Arrest *Vermeire* tegen België van 29 november 1991, A-214-C, §§ 25-26.

243 Hoge Raad 4 november 1994, *NJ* 1995, 249 met noot J. de Boer. Inmiddels is het wetsvoorstel inzake de *Herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van de adoptie* op 20 maart 1996 bij de Tweede Kamer ingediend (Tweede Kamer 1995-1996, nr. 24 649).

244 Zie in dit verband onder meer C.M.Th. Lindo, Cassatie in de negentiger jaren, Interview met mr S. Royer, president van de Hoge Raad, *NJB* 1995, p. 883-890 en J. de Boer, De broedende kip in EVRM-zaken, *NJB* 1995, p. 1027-1034.

duidelijk sprake is van strijd met art. 8 EVRM zoals uitgelegd in het arrest *Kroon*, de mogelijkheid moet bestaan een schadeclaim ex art. 6:162 BW in te dienen bij de burgerlijke rechter. Bovendien is het denkbaar om de overheid tot een bepaalde prestatie te veroordelen, die een *restitutio in integrum* enigszins benadert.[245] Vermeldenswaard is dat naar aanleiding van het arrest *Kroon* de ambtenaar van de burgerlijke stand, zonder dat de rechter er opnieuw aan te pas kwam, mevrouw Kroon en haar partner de gelegenheid heeft gegeven het vaderschap te ontkennen, respectievelijk te erkennen. DE BOER vraagt zich terecht af of het gelijkheidsbeginsel hier niet om de hoek komt kijken, nu een dergelijke claim in een vergelijkbare zaak door de Hoge Raad op 4 november 1994 is afgewezen.[246]

Geconcludeerd kan worden dat de mogelijkheid bestaat om de overheid tot schadevergoeding te laten veroordelen wegens het plegen van een onrechtmatige daad, namelijk het totstandbrengen en toepassen van een wet die in strijd is met het EVRM.[247]

7.8 Schadevergoeding bij schending van de vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM)

In hoofdstuk 6 is een aantal zaken behandeld waarin het EHRM een schending van art. 10 EVRM heeft geconstateerd. Een enkele keer vond een vergoeding van de hierdoor geleden materiële schade plaats, met name in verband met ten onrechte betaalde boetes. Ten aanzien van de immateriële schadeclaim heeft het Hof meestal volstaan met de constatering dat de vaststelling van een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting voldoende billijke genoegdoening is in de zin van art. 50 EVRM. In de – vooralsnog – enige zaak tegen Nederland waarin het Hof een schending van art. 10 heeft geconstateerd, heeft de klager zijn claim tot vergoeding van kosten beperkt.[248]

In het algemeen zal de Nederlandse regeling van de onrechtmatige daad voldoen om het slachtoffer van een schending van de vrijheid van meningsuiting tevreden te stellen. De hierdoor geleden materiële schade, bijvoorbeeld inkomstenderving, komt voor vergoeding in aanmerking. De immateriële schade kan mijns inziens gebracht worden onder 'een aantasting van de persoon op andere wijze' uit art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW. Iedere inbreuk van art. 10 EVRM kan leiden tot de vergoeding

245 Zo hebben de verzoekers in Hoge Raad 4 november 1994, *NJ* 1995, 249 verzocht de ambtenaar van de burgerlijke stand te gelasten de geboorteakte door te halen en in plaats daarvan een akte te doen opmaken waaruit blijkt dat het kind de zoon van verzoekers is.

246 De Boer 1995, p. 1033. Zie echter Hof 's-Gravenhage 12 mei 1995, *NJ* 1995, 601, waarin een vergelijkbare claim wel werd gehonoreerd; zie ook rechtbank Roermond 29 februari 1996 (nog) ongepubliceerd.

247 In gelijke zin Asser/Hartkamp III 1994, nr. 290 g.

248 Arrest *Vereniging Weekblad Bluf!* tegen Nederland van 9 februari 1995, A-306-A, § 48-51.

van immateriële schade, al heeft het Hof tot nu weinig gebruik gemaakt van deze bevoegdheid.

7.9 Overig onrechtmatig overheidsoptreden

Uit de inventarisatie van de Straatsburgse jurisprudentie in Hoofdstuk 6 is gebleken dat het EHRM bij de toekenning van schadevergoeding op grond van art. 50 EVRM geen enkel verdragsartikel uitsluit. Elke inbreuk op een van de materiële bepalingen uit het verdrag (Titel I) of uit de Protocollen kan de toekenning van een financiële genoegdoening rechtvaardigen.

Een schending van art. 3 EVRM zal in beginsel tot schadevergoeding aan het slachtoffer dienen te leiden.[249] Hierop wordt slechts een uitzondering gemaakt, indien de klager zijn claim heeft ingetrokken[250] of als het een potentiële schending van art. 3 betreft.[251] Ook in Nederland dient een slachtoffer van een schending van art. 3 EVRM door de staat te allen tijde schadevergoeding te krijgen.

7.10 Conclusie

In hoofdstuk 6 is gebleken dat het EHRM zich in het algemeen bevoegd acht om op grond van art. 50 EVRM schadevergoeding toe te kennen na constatering van een schending van (een van) de rechten of vrijheden uit het verdrag of van zijn Protocollen. Het Hof maakt echter een zeer wisselend gebruik van deze bevoegdheid door naast het toekennen van schadevergoeding ook regelmatig te volstaan met de constatering van een verdragsschending als voldoende genoegdoening, of door de schadeclaim af te wijzen.

Opvallend is dat het EHRM op grond van art. 50 EVRM in het algemeen vrijgeviger is met het toekennen van vergoedingen voor immateriële schade bij schending van mensenrechten dan de Nederlandse rechter. In het bijzonder met betrekking tot de vergoeding van morele schade bij de inbreuk op procedurele rechten, zoals vastgelegd in art. 6 EVRM, blijft 'Nederland' vooralsnog achter bij 'Straatsburg'. Naar Nederlands recht dient de vergoeding van immateriële schade onder art. 6:106 BW te worden gebracht.

249 Zie de arresten *Tomasi* tegen Frankrijk van 27 augustus 1992, A-241-A, § 130 en *Ribitsch* tegen Oostenrijk van 4 december 1995, A-336, § 46.

250 Arrest *Tyrer* tegen het Verenigd Koninkrijk van 25 april 1978, A-26, § 45.

251 Arrest *Soering* tegen het Verenigd Koninkrijk van 7 juli 1989, A-161, § 127.

Mijn voorstel is om de Nederlandse rechtspraktijk terzake van vergoeding van immateriële schade bij schending van procedurele mensenrechten te verruimen. Deze uitbreiding doet recht aan de Straatsburgse praktijk en op deze wijze wordt het slachtoffer van een schending van het EVRM een effectieve mensenrechtenbescherming geboden, de belangrijkste doelstelling van het EVRM. Voor deze verruiming is geen wetswijziging vereist, maar een en ander kan plaatsvinden door de zinsnede 'of op andere wijze in zijn persoon is aangetast' uit art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW ruimer uit te leggen.[252] Dit betekent onder meer dat de Hoge Raad zijn restrictieve jurisprudentie inzake aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak dient te verruimen.

Het Nederlandse recht biedt minder mogelijkheden voor vergoeding van immateriële schade aan nabestaanden van een slachtoffer van een schending van art. 2 EVRM dan Straatsburg. Het verdient mijns inziens aanbeveling dat de wetgever art. 6:108 BW in die zin aanpast, dat de nabestaanden van een persoon die tengevolge van een onrechtmatige daad is overleden tevens in aanmerking kunnen komen voor vergoeding van immateriële schade.

Bij schending van een van de vereisten van art. 5 EVRM heeft het slachtoffer op grond van lid 5 van dit artikel recht op schadevergoeding. Een vrijheidsberoving in strijd met art. 5 EVRM bezorgt hem op zichzelf enige immateriële schade. In beginsel moet het slachtoffer zijn schade stellen en bewijzen. In het bijzonder bij immateriële schade kan dit moeilijkheden opleveren. De billijkheid brengt dan met zich dat de overheid moet aantonen dat in casu geen of zeer geringe immateriële schade is geleden, zodat een vergoeding niet op haar plaats is.

Met deze bewijsproblemen in verband met het bestaan van immateriële schade, zal de rechter ook rekening moeten houden bij schending van andere rechten uit het EVRM.[253] De billijkheid brengt met zich dat de overheid moet aantonen, of beter gezegd moet 'beargumenteren', dat deze schade niet bestaat of zo gering is dat zij niet voor vergoeding in aanmerking komt.

Bij schending van het recht op privéleven uit art. 8 is de eis die de Hoge Raad stelt voor de vergoeding van immateriële schade, namelijk dat het dient te gaan om een ernstige aantasting van de persoonlijke levenssfeer, te streng. De Straatsburgse jurisprudentie leert dat iedere schending van art. 8 kan leiden tot schadevergoeding. Dit betekent dat de 'aantasting van de persoon op andere wijze' uit art. 6:106 lid 1 onder b ook op dit terrein ruim moet worden uitgelegd.

252 Zie hoofdstuk 2 § 2.5.2.

253 Zie het arrest *König* tegen Duitsland van 10 maart 1980 (art. 50), A-36, § 19: als de klager problemen ondervindt ten aanzien van zijn stel- en bewijsplicht met betrekking tot de – eventueel – geleden schade, dan vereist de billijkheid uit art. 50 EVRM dat het Hof hier rekening mee houdt (in casu betreft het een schending van art. 6 lid 1, namelijk de overschrijding van de redelijke termijn in een administratieve procedure).

Bij schending van procedurele rechten heeft het Hof gebruik gemaakt van de figuur van de 'loss of opportunities'. Op deze manier kan het Hof rekening houden met de problemen van het slachtoffer om aan te tonen dat de nationale procedure gunstiger voor hem zou zijn afgelopen, indien de vereisten van art. 6 EVRM wel in acht waren genomen. De Nederlandse rechtspraak inzake 'het verlies van een kans' om een procedure winnend af te sluiten is vooralsnog schaars en wisselend. De Straatsburgse zaken waarin het Hof financiële vergoedingen heeft toegekend voor de door inbreuk op de vereisten van art. 6 EVRM geleden 'loss of opportunities' vormen een goede leidraad voor de Nederlandse rechtspraak ten aanzien van het verlies van een kans. Een ruimhartige toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans in geval in een procedure de garanties van het EVRM niet in acht zijn genomen, bevordert een effectieve mensenrechtenbescherming. Op deze manier kan tegemoet worden gekomen aan de problemen van het slachtoffer om aan te tonen dat de nationale procedure gunstig voor hem zou zijn verlopen, indien het EVRM niet was geschonden. Met deze problemen houdt de 'alles of niets'-methode geen rekening.

Bij toekenningen op grond van art. 50 EVRM speelt de billijkheid een belangrijke rol. Ook de Nederlandse schadevergoedingsbepalingen, zoals art. 89 Sv en art. 6:106 BW, bevatten verwijzingen naar de billijkheid. Vooral bij immateriële schade laat de hoogte van het geleden nadeel zich moeilijk vaststellen. De billijkheid geeft de rechter in het algemeen een grote mate van vrijheid bij de bepaling van de hoogte van de toe te kennen vergoeding. Deze vrijheid is echter naar mijn mening niet onbeperkt, aangezien zij niet tot willekeur mag leiden. Enige standaardisering is op haar plaats teneinde al te grote verschillen en daarmee rechtsongelijkheid te voorkomen.[254] Zo lijkt het me een goede zaak om in geval van een vrijheidsberoving in strijd met art. 5 EVRM een bepaald tarief per dag van onrechtmatige detentie te hanteren, waar in bijzondere gevallen van kan worden afgeweken. Het is mijns inziens een taak voor de wetgever om een dergelijke tarifering tot stand te brengen.

De Nederlandse rechter doet er goed aan rekening te houden met de ruime bevoegdheid van het Hof om op grond van art. 50 EVRM schadevergoeding toe te kennen om zo te voorkomen dat hij in de toekomst door het EHRM terecht wordt gewezen. Bovendien mag de Nederlandse rechter in de geest van de voorrangsregel van art. 60 EVRM verder gaan dan het EHRM.[255] Een recente uitspraak van de Hoge Raad, waarin wordt aangesloten bij de praktijk van het EHRM om te volstaan met de constatering van een schending als voldoende genoegdoening, wijs ik dan ook af.[256] Een ruimhar-

254 Vgl. Storm e.a., in: Barendrecht e.a. 1995, p. 263-264.

255 Art. 60 EVRM bepaalt dat de norm, van nationale dan wel internationale origine, die het individu de meeste bescherming biedt de voorrang heeft.

256 Hoge Raad 13 december 1996, *RvdW* 1997, 1.

tig schadevergoedingsbeleid van de Nederlandse rechter is in het belang van een effectieve mensenrechtenbescherming en voorkomt dat Nederland in Straatsburg tegen een veroordeling aanloopt, indien het EHRM in een bepaald geval van zijn ruime competentie op grond van art. 50 EVRM gebruik maakt waar het dat tot die tijd niet deed. Het slachtoffer krijgt op deze manier een effectief rechtsmiddel voor een nationale instantie in de zin van art. 13 EVRM. De lange weg naar Straatsburg wordt hem bespaard, hetgeen uit proceseconomische overwegingen gunstig is, zowel voor het slachtoffer als voor de staat.

HOOFDSTUK 8

Herstelmogelijkheden naar Nederlands recht naar aanleiding uitspraak EHRM

8.1 Inleiding

In hoofdstuk 7 is een vergelijking gemaakt tussen de Straatsburgse jurisprudentie op grond van art. 50 EVRM en het Nederlandse schadevergoedingsrecht in geval van schending van mensenrechten. Daarbij zijn enige discrepanties aan het licht gekomen en zijn voorstellen gedaan tot bijstelling van het Nederlandse recht. In dit hoofdstuk zal nader worden ingegaan op de herstelmogelijkheden die het Nederlandse recht biedt nadat het EHRM een schending van het EVRM heeft geconstateerd.

In de eerste plaats is er de interessante vraag of in dat geval nog een actie uit onrechtmatige daad op grond van art. 6:162 BW tegen de overheid openstaat wegens schending van het EVRM. Deze vraag doet zich met name voor, indien het EHRM de schadeclaim op grond van art. 50 EVRM heeft afgewezen of heeft volstaan met de uitspraak dat de constatering van een verdragsschending voldoende 'billijke genoegdoening' biedt in de zin van art. 50.

In de tweede plaats is er de kwestie welke gevolgen de Straatsburgse veroordeling dient te hebben voor de nationale procedure waarin een of meer van de vereisten van het EVRM niet in acht zijn genomen. Dient de nationale procedure te worden heropend en moet opnieuw uitspraak worden gedaan met inachtneming van het arrest van het EHRM? Deze zogenaamde herzieningsmogelijkheid kan zowel betrekking hebben op strafzaken als op civiele procedures.

8.2 Actie uit onrechtmatige daad (6:162 BW)

8.2.1 EHRM heeft schadeclaim op grond van art. 50 afgewezen

Een belangrijke vraag is of een klager die zijn claim op grond van art. 50 EVRM door het Straatsburgse Hof ziet afgewezen, daarna volgens nationaal recht alsnog zijn schadevergoedingsaanspraak geldend kan maken. Vooralsnog heb ik drie zaken kunnen vinden waarin deze kwestie centraal staat.

De eerste procedure speelde zich af in België naar aanleiding van de uitspraken van het EHRM in de zaak *De Wilde, Ooms en Versyp*, waarin het Hof een schending heeft geconstateerd van art. 5 lid 4 EVRM maar de schadevergoedingsclaim op grond

van art. 50 EVRM heeft afgewezen.[1] *De Wilde* nam hier geen genoegen mee en heeft zich vervolgens tot de nationale rechter gewend teneinde zijn schadevergoedingsclaim in verband met de schending van art. 5 lid 4 geldend te maken. Het 'Tribunal de Première Instance de Bruxelles' wees deze claim echter af, onder de overweging dat het EHRM zich reeds over deze kwestie had uitgelaten. Het arrest van het EHRM van 10 maart 1972 is gewezen tussen dezelfde partijen en de Belgische staat doet naar de mening van het 'Tribunal' terecht beroep op 'l'autorité de la chose jugée' van het genoemde arrest van het Straatsburgse Hof.[2]

De Oostenrijkse rechter nam in een vergelijkbare uitspraak een tegenovergesteld standpunt in. Het 'Oberster Gerichtshof' te Wenen bepaalde dat een afwijzing door het EHRM van een schadevergoedingsclaim op grond van art. 50 EVRM niet in de weg staat aan de indiening van een eis tot schadevergoeding op grond van art. 5 lid 5 EVRM bij de nationale rechter.[3] Deze nationale uitspraak volgde op de arresten van het EHRM in de zaak *Neumeister*, waarbij een schending van art. 5 lid 3 werd geconstateerd, maar de schadevergoedingsclaim op grond van art. 50 werd afgewezen.[4]

POLAKIEWICZ is het niet eens met bovengenoemde uitspraak van de Belgische rechter. Hij verwijst in dit verband terecht naar uitspraak van het EHRM in de zaak *Neumeister*, waarin het Straatsburgse Hof heeft aangegeven dat art. 5 lid 5 en art. 50 EVRM zich op een geheel ander niveau bevinden. Art. 5 lid 5 geeft een subjectief recht op schadevergoeding volgens het nationale recht in geval van een vrijheidsberoving in strijd met de voorgaande leden van art. 5, terwijl art. 50 het EHRM de bevoegdheid geeft om na vaststelling van een verdragsschending zo nodig een billijke genoegdoening aan het slachtoffer toe te kennen. Ook een schending van art. 5 lid 5 kan derhalve tot de toekenning van schadevergoeding op grond van art. 50 door het Hof leiden. POLAKIEWICZ meent dat het niet juist is om uit de afwijzing van een art. 50-claim door het EHRM af te leiden dat de klager voor de nationale rechter geen aanspraak op grond van art. 5 lid 5 geldend kan maken. Bovendien is het zo dat de rechtspraak van het Hof op grond van art. 50 zeer sterk gebaseerd is op billijkheidsoverwegingen.[5]

Ik kan volledig instemmen met POLAKIEWICZ en meen dan ook dat de bovengenoemde uitspraak van de Oostenrijkse rechter wel recht doet aan het in art. 5 lid 5 EVRM opgenomen recht op schadevergoeding in geval van schending van de vereisten van art. 5. Het is duidelijk dat de artikelen 5 lid 5 en 50 EVRM zich op een ander niveau bevinden. Art. 5 lid 5 is een van de materiële bepalingen van het verdrag en

1 Arresten *De Wilde, Ooms en Versyp* tegen België van 18 juni 1971, A-12 en van 10 maart 1972 (art. 50), A-14.

2 Tribunal de Première Instance de Bruxelles 16 januari 1976, *Yearbook European Convention on Human Rights* Vol. 19 (1976), p. 1118-1119.

3 Oberster Gerichtshof Wien 17 februari 1982, *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1983, p. 130-133.

4 Arresten *Neumeister* tegen Oostenrijk van 27 juni 1968, A-8 en van 7 mei 1974 (art. 50), A-15.

5 J. Polakiewicz, *Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, dissertatie Heidelberg, 1991, p. 231.

geeft een recht op schadevergoeding volgens het nationale recht in geval van een vrijheidsberoving in strijd met dit artikel. Art. 50 geeft de bevoegdheid aan het Hof om – op internationaal niveau – na vaststelling van een verdragsschending een billijke genoegdoening aan het slachtoffer toe te kennen. Deze nationale schadevergoedingsactie kan niet gelijk worden gesteld met de internationale schadevergoedingsclaim.[6]

Ten aanzien van de andere materiële bepalingen uit het verdrag, waarin niet net als in art. 5 een apart recht op schadevergoeding is opgenomen, geldt mijns inziens hetzelfde. Ook in deze gevallen is de nationale rechter, ondanks het ontbreken in deze artikelen van een aparte schadevergoedingsbepaling volgens nationaal recht, niet gebonden aan de beslissing op grond van art. 50 van het EHRM.

Zoals reeds betoogd in hoofdstuk 7 § 7.6.5 levert een schending van het EVRM een onrechtmatige daad op in de zin van art. 6:162 BW. Een en ander betekent mijns inziens dat in geval het Straatsburgse Hof een schending van het EVRM constateert maar de klager vervolgens met lege handen naar huis stuurt, deze klager in Nederland de mogelijkheid dient te hebben een onrechtmatige daadsactie (art. 6:162 BW) tegen de staat in te stellen teneinde alsnog schadevergoeding te verkrijgen.

In dit verband is het interessant om in te gaan op het nationale vervolg op de reeds genoemde zaak *Dombo*, waarin het EHRM een schending van art. 6 lid 1 heeft geconstateerd, nu een van de partijen in een civiele procedure in een ongelijkwaardige positie ten opzichte van zijn wederpartij werd geplaatst, aangezien hij niet als getuige mocht optreden. Het EHRM heeft de schadeclaim van Dombo op grond van art. 50 EVRM afgewezen, aangezien zij is gebaseerd op de veronderstelling dat Dombo de nationale procedure zou hebben gewonnen als de heer van Reijendam (de ex-directeur van Dombo bv) voor de rechter had kunnen getuigen. Het Hof kan een dergelijke veronderstelling echter niet aanvaarden zonder zelf het bewijs te beoordelen. Dit is echter geen taak voor het Hof maar voor de nationale rechter.[7]

Dombo was niet tevreden met deze gang van zaken: enerzijds gelijk krijgen met de vaststelling van een schending van art. 6, anderzijds met lege handen naar huis worden gestuurd door afwijzing van de schadeclaim. De ex-directeur heeft daarom namens de onderneming een actie uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) tegen de staat ingediend wegens schending van art. 6 EVRM. Dombo heeft de staat gedagvaard voor de rechtbank en een verklaring voor recht gevorderd dat de staat aansprakelijk is voor de gevolgen van de onrechtmatige beslissingen van de nationale rechter, alsmede een schadevergoeding van *f*147.994.583,61. In kort geding heeft Dombo,

6 G. Ress, The European Convention on Human Rights and State Parties: The Legal Effect of the Judgments of the European Court of Human Rights on the Internal Law and before Domestic Courts of the Contracting States, in: *Protection of Human Rights. Limits and Effects*, edited by Irene Maier, Heidelberg 1982, p. 224.

7 Arrest *Dombo Beheer B.V.* tegen Nederland van 27 oktober 1993, A-274, § 40.

vooruitlopend op de uitspraak in de bodemprocedure, een voorschot van *f*150.000 op deze schadevergoeding gevorderd.

Volgens Dombo heeft de staat onrechtmatig gehandeld door de schending van art. 6 EVRM en is aan alle criteria terzake van onrechtmatige rechtspraak voldaan. Bovendien handelt de staat onrechtmatig aangezien het Nederlandse recht niet de mogelijkheid kent van rekest-civiel voor het geval het EHRM een klager in het gelijk stelt. Dombo stelt dat de kans om in het gelijk te zijn gesteld, indien de heer van Reijendam had mogen getuigen meer dan 50% bedraagt.

De staat verweert zich met het argument dat het enkele feit dat het EHRM van oordeel is dat de weigering om Van Reijendam als getuige toe te laten in strijd is met art. 6 EVRM, niet zonder meer leidt tot aansprakelijkheid van de staat. Uit art. 6 EVRM, noch uit enige andere verdragsbepaling vloeit voort dat de staat schadeplichtig is bij schending van art. 6 EVRM. Afgezien van de bevoegdheid van de verdragsorganen om schadevergoeding toe te kennen, zoals de bevoegdheid van het Hof op grond van art. 50 EVRM, bevat het verdrag slecht één bepaling waarin een schadevergoedingsverplichting voor een lidstaat uitdrukkelijk wordt voorgeschreven. Dat betreft art. 5 lid 5, dat bij schending van de vereisten van art. 5 een recht op schadeloosstelling biedt. Voor een schadevergoedingsverplichting van een lidstaat buiten de gevallen van schendingen van art. 5, is het nationale recht van de lidstaat beslissend. De landsadvocaat wijst in dit verband op de jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin een beperkte aansprakelijkheid van de staat uit onrechtmatige rechtspraak wordt aangenomen. Uit de rechtspraak volgt volgens de staat dat de constatering van een schending van art. 6 EVRM niet zonder meer tot aansprakelijkheid van de overheid op grond van art. 6:162 BW leidt. Dit is slechts het geval 'indien bij de voorbereiding van een rechterlijke beslissing zo fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken.'[8] Overigens meent de landsadvocaat, voor het geval men wel aansprakelijkheid van de staat zou willen aannemen, dat de vordering dient te worden afgewezen wegens het ontbreken van een causaal verband tussen de schending van art. 6 EVRM en de door Dombo gestelde schade. Het staat immers allerminst vast dat Dombo de nationale procedure zou hebben gewonnen, indien de heer van Reijendam in overeenstemming met art. 6 EVRM wel had mogen getuigen.

De president van de rechtbank meent, dat de enkele constatering dat art. 6 EVRM is geschonden niet automatisch leidt tot een onbeperkte plicht tot schadevergoeding voor de staat. De president is dan ook met de landsadvocaat van oordeel dat in dit verband moet worden voldaan aan de vereisten van art. 6:162 BW, dat wil zeggen een onrechtmatig handelen van de staat en het bestaan van voldoende causaal verband tussen de gestelde onrechtmatige gedraging en de beweerde schade. De president meent dat de claims van Dombo reeds op grond van de causaliteitseis dienen te

8 Zie Hoge Raad 3 december 1971, *NJ* 1972, 137.

worden afgewezen. Het staat immers allerminst vast dat Dombo de nationale procedure zou hebben gewonnen, indien de heer Van Reijendam wel als partij-getuige had mogen optreden. Meer zekerheid hierover kan slechts worden verkregen via nadere bewijslevering in de bodemprocedure. De procedure in kort geding biedt daarvoor onvoldoende gelegenheid. De stelling van Dombo, dat een schadevergoedingsplicht voor de staat bestaat in evenredigheid met het kanspercentage dat Dombo de nationale procedure zou hebben gewonnen, dient te worden afgewezen aangezien deze causaliteitstheorie geen steun vindt in het Nederlandse recht.[9] De president van de rechtbank verwerpt met andere woorden de leer van het verlies van een kans en hanteert de 'alles of niets'-methode, waarbij door nadere bewijsvoering in de bodemprocedure moet blijken of het alles of niets wordt.[10] De stelling van Dombo, dat het ontbreken van de mogelijkheid van rekest-civiel in gevallen waarin het EHRM de klager in het gelijk stelt een onrechtmatige daad van de staat oplevert, dient volgens de president eveneens te worden verworpen.

In de lijn van mijn voorgaande betoog kunnen wel enige kanttekeningen bij deze uitspraak van de rechtbankpresident worden gemaakt. Een schending van het EVRM levert een onrechtmatige daad op in de zin van art. 6:162 BW. Onder het criterium 'strijd met een wettelijke plicht' vallen immers ook 'een ieder verbindende' verdragsbepalingen in de zin van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. Als is vastgesteld, door de nationale rechter of door het EHRM, dat de staat een onrechtmatige gedraging heeft begaan bestaande in de schending van het EVRM, dient voor de aansprakelijkheid uit art. 6:162 BW wel nog aan de overige vereisten te worden voldaan, dat wil zeggen het bestaan van schade alsmede van een causaal verband tussen onrechtmatige gedraging en deze schade.

Gelukkiger is dan ook een tussenvonnis in de bodemprocedure, waarin de rechtbank aansprakelijkheid van de staat aanneemt voor schade die een aantoonbaar gevolg is van de schending van art. 6 EVRM. Met de vaststelling door het EHRM dat in casu het beginsel van 'equality of arms' is geschonden, acht de rechtbank gegeven dat schending van een fundamenteel rechtsbeginsel heeft plaatsgevonden, met het gevolg dat de staat aansprakelijk is voor de mogelijk door Dombo geleden schade. De rechtbank verwerpt hiermee uitdrukkelijk het betoog van de landsadvocaat dat schending van art. 6 EVRM niet zonder meer leidt tot aansprakelijkheid van de staat op grond van art. 6:162 BW.[11]

In de onderhavige zaak levert de causaliteitseis problemen op, zoals ook blijkt uit de uitspraak van de president. Het is in het algemeen moeilijk aan te tonen, getuige ook de in hoofdstuk 6 genoemde Straatsburgse jurisprudentie, dat de klager de nationale

9 President Rechtbank 's-Gravenhage 2 november 1995, (nog) ongepubliceerd.

10 Zie over het verlies van een kans als schadefactor hoofdstuk 2 § 2.5.3.

11 Rechtbank 's-Gravenhage 18 september 1996, *Jurisprudentie Onderneming & Recht* 1996, 106 met noot S.C.J.J. Kortmann en *Jurisprudentie Bestuursrecht* 1996, 251 met noot A.W. Heringa.

procedure in kwestie heeft verloren door de schending van een van de vereisten uit art. 6 EVRM. De bewijslast van de klager heeft het EHRM in een aantal zaken enigszins versoepeld door gebruik te maken van de zogenaamde figuur van de 'loss of opportunities': door de schending van art. 6 zijn de klager bepaalde kansen ontnomen om de nationale procedure winnend af te sluiten. Voor 'loss of opportunities' heeft het Europese Hof een aantal keer financiële vergoedingen toegekend.[12] Een dergelijke vergoeding, die vooral betrekking heeft op materiële schade, is ook denkbaar in de zaak Dombo. In casu heeft het EHRM nagelaten een dergelijke vergoeding toe te kennen, maar dit hoeft naar mijn mening de nationale rechter er niet van te weerhouden het 'verlies van kansen' te compenseren. Een ruimhartige nationale schadevergoedingspraktijk in geval van schending van het EVRM doet volledig recht aan de voorrangsregel van art. 60 EVRM: de voor de mensenrechtenbescherming van de burger gunstigste bepaling, of deze nu van nationale of internationale origine is, geniet de voorrang.

8.2.2 EHRM heeft declaratoire uitspraak gedaan op grond van art. 50

Zoals blijkt uit hoofdstuk 6 oordeelt het Hof geregeld dat de constatering van een verdragsschending voldoende billijke genoegdoening is in de zin van art. 50 EVRM, terwijl de klager in kwestie wel vaak behoorlijke schadeclaims heeft ingediend. Ook hier doet de belangrijke kwestie zich voor of de klager na de Straatsburgse procedure alsnog schadevergoeding kan krijgen volgens het nationale recht. Als betoogd in § 8.2.1 lijkt mij dat de mogelijkheid moet bestaan om via een actie uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) van de overheid schadevergoeding te verkrijgen wegens schending van het EVRM. Naar mijn mening is deze mogelijkheid van nationaal herstel van groot belang vooral gezien het feit dat het Hof zijn declaratoire uitspraken op grond van art. 50 EVRM – vooralsnog – niet of nauwelijks motiveert. In hoofdstuk 6 is gebleken dat in vergelijkbare zaken de ene keer wel en de andere keer geen schadevergoeding wordt toegekend. Deze praktijk draagt niet bij tot de voorspelbaarheid van de beslissingen op grond van art. 50 en door het gebrek aan motivering handelt het Hof in strijd met art. 51 lid 1 EVRM en de motiveringsvereisten die het zelf in art. 6 EVRM heeft gelezen.[13]

12 Zie hoofdstuk 5 § 5.2.3.

13 Zie de arresten *Van de Hurk* tegen Nederland van 19 april 1994, A-288, § 61 en *Hiro Balani* tegen Spanje van 9 december 1994, A-303-B, § 27; zie ook hoofdstuk 6 § 6.7.

8.2.3 EHRM heeft schadevergoeding op grond van art. 50 toegekend

Indien het EHRM op grond van art. 50 EVRM een billijke genoegdoening toekent, geeft het daarbij sinds een aantal jaren in het dictum aan dat de veroordeelde staat dit bedrag binnen drie maanden aan het slachtoffer moet betalen. De Nederlandse staat komt deze verplichting in het algemeen tijdig na. Stel dat de overheid weigert (tijdig) te betalen, dan dient het arrest van het EHRM met de beslissing over art. 50 EVRM een executoriale titel op te leveren. Hiervoor is een wettelijke regeling vereist.[14] Bij blijvende weigering om te betalen kan het slachtoffer de staat vooralsnog aanspreken uit onrechtmatige overheidsdaad (art. 6:162 BW).

Een vraag van geheel andere orde is het geval dat de overheid weliswaar het op grond van art. 50 toegekende bedrag heeft betaald, maar dat het slachtoffer dit bedrag niet als voldoende vergoeding van de schade beschouwt. Naar mijn mening dient het niet te worden uitgesloten dat het slachtoffer zich met zijn aanvullende schadeclaim tot de nationale rechter wendt. Vooralsnog zie ik geen aanleiding in de huidige stand van de rechtspraak van het Hof op grond van art. 50 EVRM om na 'Straatsburg' de weg naar de Nederlandse rechter te blokkeren. De uitspraken van het Hof over de toekenning van schadevergoeding zijn sterk gebaseerd op billijkheidsoverwegingen, terwijl de motivering voor de hoogte van het toegekende bedrag vaak ontbreekt. Het Hof zou mijns inziens zijn beslissingen nader dienen te motiveren en enige standaarden moeten ontwikkelen, zodat in vergelijkbare zaken vergelijkbare bedragen worden toegekend. Pas als de rechtspraak van het Hof zich in deze richting heeft ontwikkeld, valt er naar mijn mening over te denken om de mogelijkheid van het indienen van een schadeclaim (ex art. 6:162 BW) voor de nationale rechter na de uitspraak van het EHRM uit te sluiten. In dat geval is immers in Straatsburg met inachtneming van alle garanties van art. 6 EVRM, waaronder het motiveringsvereiste, een uitspraak over de schadeclaim gedaan.

Bij vergoeding door het Hof van de in Nederland en Straatsburg gemaakte kosten, ligt het naar mijn mening meer voor de hand aan te nemen dat met de uitspraak van het Hof de kwestie van de kostenvergoeding definitief is beslist. Ten aanzien van de kostenvergoeding is de jurisprudentie van het Hof in het algemeen zeer verfijnd. De daadwerkelijk en noodzakelijk gemaakte kosten worden vergoed. Het Hof gaat vrij gedetailleerd in op de verschillende door de klager geclaimde kostenposten en motiveert waarom bepaalde kosten al dan niet geheel of gedeeltelijk voor vergoeding in aanmerking komen. De rechtspraak inzake de toekenning van kosten is, met andere

14 Zie Alkema 1985-2, p. 32.

woorden, in het algemeen minder gebaseerd op billijkheidsoverwegingen dan de uitspraken over de vergoeding van schade.[15]

8.2.4 Personen in vergelijkbare positie als de in Straatsburg in het gelijk gestelde klager

Een belangrijke kwestie betreft ook de vraag of personen, die in een vergelijkbare positie verkeren als de klager die van het EHRM gelijk heeft gekregen, een actie uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) bij de burgerlijke rechter kunnen instellen. Het is omslachtig deze personen de lange weg naar Straatsburg te laten afleggen. Zo is een groot aantal klachten bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens aanhangig gemaakt door personen die in een vergelijkbare positie verkeren als de in Straatsburg succesvolle *Van de Hurk*.[16] Onder bemiddeling van de Commissie zijn deze klachten inmiddels in der minne geschikt.[17]

Mijns inziens is het slachtoffer van een schending van het EVRM, bijvoorbeeld van (een van) de vereisten van art. 6, erbij gebaat dat de vergoeding van de hierdoor veroorzaakte schade zoveel mogelijk op nationaal niveau kan worden afgehandeld. Deze gedachte doet ook recht aan het door art. 13 EVRM vereiste effectieve rechtsmiddel op nationaal niveau bij – vermeende – schending van de in het EVRM opgenomen rechten.[18] Op deze wijze wordt een effectieve en efficiënte mensenrechtenbescherming geboden.

Als de procedure op nationaal niveau nog loopt, zal de betrokkene eerst in deze procedure door het aanwenden van rechtsmiddelen de schade moeten trachten te herstellen. Indien hij deze middelen zonder resultaat heeft aangewend of indien zij geen soelaas (kunnen) bieden, bijvoorbeeld als het een civiel geding betreft waarin de overheid geen partij is, dient een actie vanwege onrechtmatige rechtspraak op grond

15 Zie voor een uitzondering bijv. het arrest *Editions Périscope* tegen Frankrijk van 26 maart 1992, A-234-B. De klager claimt 100.000 FF ter vergoeding van gemaakte kosten. Het Hof overweegt dat de klager geen onderscheid maakt tussen de voor de nationale rechter gemaakte kosten en die in Straatsburg en ook niet heeft aangegeven of de nationale kosten gemaakt zijn om de procedures in Frankrijk te versnellen of voor andere doeleinden. Het Hof kent de klager op billijke basis 50.000 FF toe (in casu betreft het een schending van de redelijke termijn uit art. 6 lid 1 in een procedure tot schadevergoeding tegen de staat).

16 Arrest *Van de Hurk* tegen Nederland van 19 april 1994, A-288: schending art. 6 EVRM, aangezien het College van Beroep voor het Bedrijfsleven in casu geen onafhankelijke rechterlijke instantie was.

17 Zie het in januari 1996 vastgestelde rapport van de Commissie.

18 Zie over de betekenis van art. 13 EVRM onder meer H. von Hebel, Artikel 13 EVRM: het recht op een effectief rechtsmiddel, *NJCM-Bulletin* 14-8 (1989), p. 898-915; J. Flauss, Le droit à un recours effectif - L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, *Revue Universelle des Droits de l'Homme* 1991, p. 324-336; T. Barkhuysen en M.L.M. Hertogh, Effectieve bescherming van mensenrechten. Rechter, ombudsman en artikel 13 EVRM, *NJCM-Bulletin* 20-6 (1995), p. 751-766 en A.Z. Drzemczewski en C. Giakoumopoulos, Article 13, in: *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article.* Sous la direction de L.E. Pettiti, E. Decaux et P.H. Imbert, Paris, 1995, p. 455-474

van art. 6:162 BW mogelijk te zijn. Deze weg dient mijns inziens ook open te staan, indien de procedure op nationaal niveau reeds is afgesloten. Bij een inbreuk op de vereisten van art. 6 EVRM kan immers worden gezegd dat deze procedure niet met voldoende waarborgen is omkleed. De jurisprudentie van de Hoge Raad leert reeds sinds lange tijd dat in een dergelijk geval een actie uit onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter mogelijk is.[19]

Het EHRM kan bij het herstel op nationaal niveau een belangrijke rol vervullen door duidelijke richtlijnen te formuleren voor gevallen waarin sprake is van een schending van het EVRM, bijvoorbeeld wanneer de redelijke termijn van art. 6 is overschreden. De vroegere Nederlandse rechter in het Hof, MARTENS, heeft in diverse 'dissenting opinions' gesteld dat het Hof niet slechts naar de individuele omstandigheden van het voorliggende geval dient te kijken, maar tevens enig richtsnoer moet proberen te geven aan de nationale rechters en autoriteiten voor vergelijkbare zaken.[20] Hiermee zou voor de nationale autoriteiten – zowel wetgever, bestuur als rechter – duidelijker worden wat er van hen wordt verwacht teneinde de garanties van het EVRM in acht te nemen en zodoende een toekomstige Straatsburgse veroordeling te voorkomen. Als het gezien de Straatsburgse jurisprudentie duidelijk is dat een schending van het EVRM heeft plaatsgevonden, lijkt het mij een goede zaak dat de rechter de hierdoor geleden schade op nationaal niveau reeds herstelt. Op deze wijze wordt het slachtoffer een lange weg naar Straatsburg bespaard.

Ook als evident is dat een tegen een andere verdragsstaat gewezen arrest voor Nederland dezelfde consequenties zal hebben, dient de weg naar de burgerlijke rechter open te staan. Een goed voorbeeld is het tegen Luxemburg gewezen arrest *Procola*, waarin het Hof een schending heeft geconstateerd van het onpartijdigheidsvereiste uit art. 6 lid 1, aangezien leden van de Luxemburgse Raad van State zowel zijn betrokken bij advisering over wetgeving als bij rechtspraak.[21] In Nederland functioneert de Raad van State op dezelfde wijze en het is evident dat een Nederlandse klager à la *Procola* ook succes in Straatsburg zal hebben. Met de uitspraak *Procola* in de hand zal deze klager zich eerst in Nederland tot de burgerlijke rechter kunnen wenden, aangezien in een dergelijk geval de rechtsgang naar de Raad van State niet met voldoende waarborgen is omkleed. Een latere instantie kan immers met inachtneming van de vereisten van art. 6 EVRM de inbreuk op de rechterlijke onpartijdigheid herstellen.[22]

19 Hoge Raad 22 februari 1957, *NJ* 1957, 310 ('Schellen en deuropeners').

20 Zie bijv. § 1 van zijn 'concurring opinion' bij het arrest *Fey* tegen Oostenrijk van 24 februari 1993, A-255-A, p. 16; zie verder over zijn opvattingen Klerk 1995, p. 228-230. Ook Alkema toont zich een voorstander van een abstractere toetsing door het Hof, zie Alkema 1990-1, p. 346.

21 Arrest *Procola* tegen Luxemburg van 28 september 1995, A-326; *NJ* 1995, 667 met noot E.A. Alkema, *AB*, 1995, 588 met noot I.C. van der Vlies.

22 Aldus E.A. Alkema in § 11 van zijn noot onder het arrest *Procola*, *NJ* 1995, 667; zie in dit verband ook het arrest *Oerlemans* tegen Nederland van 27 november 1991, A-219; *NJ* 1992, 666 met noot E.J. Dommering.

In het belang van de rechtszekerheid lijkt mij wel enige beperking in de tijd op haar plaats. Het verdient aanbeveling de datum van de uitspraak, waarin het EHRM de verdragsschending heeft geconstateerd, tot startpunt te nemen.[23]

8.3 Herziening

8.3.1 Herzieningsmogelijkheden volgens Nederlands recht

8.3.1.1 Strafzaken

Art. 457 Sv bevat het buitengewone rechtsmiddel van herziening, ook wel revisie genoemd. Dit rechtsmiddel maakt herziening mogelijk van een onherroepelijke veroordelende uitspraak en kan op twee gronden worden aangevraagd. In de eerste plaats in geval van conflicterende rechtspraak in de zin van niet met elkaar overeen te brengen bewezenverklaringen (art. 457 lid 1 aanhef en sub 1 Sv). In de tweede plaats indien sprake is van een belangrijke nieuwe omstandigheid (art. 457 lid 1 aanhef en onder 2 Sv).[24]

De nieuwe omstandigheid, het 'novum', is de meest voorkomende herzieningsgrond. Het dient hier te gaan om nieuwe feiten, nieuwe juridische gegevens spelen derhalve geen rol. Rechtsdwaling en nieuwe jurisprudentie vormen geen grond voor herziening.[25] De grens tussen feitelijke en juridische gegevens is niet altijd scherp te trekken; zo hebben een enkele keer feiten met een juridische component tot herziening geleid.[26]

Het novum dient tot serieuze twijfel aanleiding te geven en er dient een ernstig vermoeden te bestaan dat de bekendheid van het novum zou hebben geleid tot vrijspraak, ontslag van alle rechtsvervolging, niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie of tot een minder zware kwalificatie.

23 Zie bijv. het arrest *Marckx* tegen België van 13 juni 1979, A-31. Vgl. in dit verband A.W. Heringa, Retrospective and prospective rulings, in: *Judicial control, Comparative essays on judicial review*, Antwerpen/Apeldoorn, 1995, p. 55-80, met name op p. 79.

24 Zie over herziening onder meer G.A.M. Strijards, *Revisie. Inbreuken en executiegeschillen betreffende het strafgewijsde*, Arnhem, 1989; J. de Hullu, *Over rechtsmiddelen in strafzaken*, dissertatie Groningen 1989, p. 265-294; C.P.M. Cleiren en J.F. Nijboer (red.), *Strafvordering. Tekst & Commentaar*, Deventer, 1995, p. 755-779 en G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Arnhem, 1995, p. 730-740.

25 Zie Hoge Raad 26 april 1983, *NJ* 1983, 650 met noot Th.W. van Veen, waarin de Hoge Raad onder meer overweegt dat niet kan dienen als een novum 'een beslissing van een Nederlandse rechter doch slechts een omstandigheid van feitelijke aard.'

26 Tekst & Commentaar Sv, p. 757.

DE HULLU pleit ervoor herziening ook mogelijk te maken in geval van rechtsdwaling. Een dwaling omtrent het recht kan immers net zulke kwalijke gevolgen hebben als een dwaling inzake de feiten. Bovendien is de grens tussen beide vaak moeilijk te maken. Het klassieke argument tegen de mogelijkheid van herziening in geval van rechtsdwaling, namelijk dat op deze manier een verkapt cassatieberoep wordt opengesteld[27], komt DE HULLU dan ook niet overtuigend voor. Een ander argument tegen de bedoelde uitbreiding van de herzieningsmogelijkheid, namelijk het belang van de rechtszekerheid (procedures moeten eens tot een einde komen, *lites finiri oportet*), snijdt volgens hem meer hout. Toch meent DE HULLU dat de mogelijkheid van herziening op grond van rechtsdwaling dient te worden ingevoerd. De mogelijkheid van gratie zou in dergelijke gevallen wel enig soelaas kunnen bieden, maar zou nooit alle gevolgen van een onterechte veroordeling kunnen wegnemen.[28]

Een belangrijke vraag is of een veroordelend arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens een novum kan opleveren in de zin van art. 457 Sv. De Hoge Raad heeft zich hier vooralsnog niet expliciet over uitgelaten. Het ligt echter niet in de lijn van de jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin hij uitdrukkelijk heeft uitgemaakt dat rechtspraak geen novum vormt in de zin van art. 457 Sv, dat een ander standpunt zal worden ingenomen ten aanzien van uitspraken van het EHRM.[29]

Deze opvatting is ook in de doctrine terug te vinden. DE HULLU is van oordeel dat in geval het EHRM een verdragsschending heeft geconstateerd door Nederland in een strafzaak, hiervoor een nieuwe herzieningsgrond in het Wetboek van Strafvordering dient te worden opgenomen.[30] CORSTENS meent dat in een dergelijk geval herstel kan plaatsvinden via gratie of eventueel via een actie bij de burgerlijke rechter.[31]

Op de wenselijkheid van de uitbreiding van de herzieningsmogelijkheden volgens Nederlands recht na een veroordelend arrest van het EHRM ga ik in § 8.3.3 nader in.

8.3.1.2 Civiele zaken

In art. 382 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is de mogelijkheid opgenomen om op bepaalde gronden herroeping te vragen van vonnissen op tegen-

27 Zie bijv. Corstens 1995, p. 732.

28 De Hullu 1989, p. 281.

29 Zie bijv. Hoge Raad 13 januari 1976, *NJ* 1976, 339: de aanvrager tot herziening is veroordeeld wegens overtreding van een bepaling uit de Hyacinthenteeltverordening 1971. Gezien een arrest uit 1974 van het Hof van Justitie van de EG dient deze bepaling uit de verordening echter als onverbindend te worden aangemerkt. Een en ander is echter geen grond voor herziening in de zin van art. 457 Sv. Het betreft immers (achteraf bezien) een dwaling van de rechter ten aanzien van het recht en niet ten aanzien van een hem onbekend gebleven feitelijk gegeven (zie conclusie advocaat-generaal Remmelink).

30 Zie zijn noot onder Hoge Raad 1 februari 1991, *NJCM-Bulletin* 16-4 (1991), p. 331-334.

31 Corstens 1995, p. 732-733.

spraak in laatste ressort gewezen en van vonnissen die op verstek zijn gewezen en niet meer vatbaar zijn voor verzet. De gronden voor dit buitengewone rechtsmiddel van rekest-civiel kunnen in twee groepen worden onderscheiden: (1) bedrieglijk handelen of nalaten door de ene partij tijdens de procedure gepleegd, maar door de wederpartij pas na de procedure ontdekt (art. 382 onder 1, 7 en 8 Rv); (2) rechterlijke fouten of verzuimen (art. 382 onder 2 tot en met 6 Rv).[32] Indien het gaat om arresten van de Hoge Raad in eerste instantie in burgerlijke zaken gewezen, geldt art. 90 RO, dat spreekt van revisie en de bepalingen uit Rv inzake rekest-civiel van overeenkomstige toepassing verklaart.

In de literatuur zijn stemmen opgegaan de tweede groep van gronden, de rechterlijke fouten, af te schaffen, aangezien het rechtsmiddel van cassatie in dergelijke gevallen beter voldoet en bovendien vaak onduidelijkheid bestaat over de vraag welke van beide rechtsmiddelen dient te worden aangewend.[33]

De in art. 382 Rv genoemde gronden zien slechts op een beperkt aantal rechterlijke fouten, zoals het verzuim om op een gedeelte van de eis uitspraak te doen. Schendingen van bijvoorbeeld het vereiste van openbaarheid en van behandeling binnen een redelijke termijn (art. 6 EVRM) vallen er gezien de tekst van de wet niet onder. Een uitspraak van het EHRM, waarbij Nederland wordt veroordeeld wegens schending van art. 6 EVRM in een civiele procedure, vormt naar de huidige stand van rechtspraak en doctrine geen grond voor het aanwenden van het rechtsmiddel van rekest-civiel.[34]

In wetsvoorstel 24 651 tot wijziging van onder meer boek 1 Rv is rekest-civiel onder de benaming 'herroeping' opgenomen. Het wetsvoorstel houdt echter materieel gezien geen andere gronden voor herroeping in dan thans gelden voor rekest-civiel.

8.3.1.3 Bestuursrechtelijke zaken

Ook het bestuursrecht kent een herzieningsmogelijkheid. Op grond van art. 8:88 Algemene wet bestuursrecht kan de rechter op verzoek van een partij een onherroepelijk geworden uitspraak herzien op grond van feiten of omstandigheden die:

- hebben plaatsgevonden vóór de uitspraak;
- bij de indiener van het verzoekschrift vóór de uitspraak niet bekend waren en redelijkerwijs niet bekend konden zijn; en

32 Zie onder meer P.A. Stein, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, 1995, p. 185-187 en Hugenholtz/Heemskerk, 1996, p. 236-239.

33 Zie Stein 1995, p. 186 en Hugenholtz/Heemskerk 1996, p. 237.

34 Maar zie rechtbank 's-Gravenhage 18 september 1996, *JOR* 1996, 106 en *JB* 1996, 251: de rechtbank acht rekest-civiel in beginsel ook mogelijk naar aanleiding van een uitspraak van het EHRM waarin een schending van het EVRM is vastgesteld; zie nader over deze uitspraak § 8.3.3.2.

– waren zij bij de rechtbank eerder bekend geweest, tot een andere uitspraak zouden kunnen hebben leiden.

Dit artikel geldt eveneens voor einduitspraken in hoger beroep (zie de artikelen 39 Wet op de Raad van State en 21 Beroepswet).

Vóór de inwerkingtreding van de Awb waren de herzieningsmogelijkheden op diverse plaatsen geregeld.[35] Voor de uitleg van de herzieningsgronden uit art. 8:88 Awb kan gebruik worden gemaakt van de criteria die tot ontwikkeling zijn gekomen in de jurisprudentie van de Kroon en de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State op grond van de wet Administratieve Rechtspraak Overheidsbeschikkingen. Uit de Memorie van Toelichting bij de Awb blijkt niet dat de wetgever een breuk met het verleden heeft willen bewerkstelligen. Integendeel, de wetgever lijkt aansluiting te zoeken bij de bestaande restrictieve herzieningsrechtspraak.[36]

Een belangrijke vraag is of een verandering in juridische opvattingen, zich uitend in de jurisprudentie, kan worden aangemerkt als een feit of omstandigheid in de zin van art. 8:88 Awb. De oude rechtspraak wijst erop dat het 'omgaan' in de jurisprudentie geen grond is voor herziening.[37] In een recente uitspraak heeft de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State zich uitgelaten over een herzieningsverzoek naar aanleiding van het arrest *Procola* tegen Luxemburg van het EHRM.[38] De verzoeker om herziening stelt dat de Afdeling gezien dit arrest geen onafhankelijke en onpartijdige rechter in de zin van art. 6 EVRM is, nu zij heeft geadviseerd over het wetsontwerp van de Deltawet Grote Rivieren en nu als (enige) beroepsinstantie moet oordelen in procedures op grond van deze wet. De Afdeling is van mening dat in casu geen feiten of omstandigheden zijn aangevoerd die voldoen aan de vereisten van art. 8:88 Awb, zodat het herzieningsverzoek wordt afgewezen.[39] De reden voor deze afwijzing is dat de *Procola*-uitspraak bekend was op het moment dat de Afdeling Bestuursrechtspraak zijn, nu door de verzoeker aangevochten uitspraak, deed (namelijk op 19 december 1995). Naar mijn mening mag daarom niet uit deze uitspraak de conclusie worden getrokken dat een uitspraak van het EHRM nooit als 'novum' in de zin van art. 8:88 Awb zou kunnen gelden.

Commentator BAKKER heeft mijns inziens volledig gelijk, waar hij stelt dat enige voorzichtigheid op haar plaats is in geval de omslag in de jurisprudentie het gevolg is van de doorwerking van direct werkende bepalingen van internationaal en Europees recht. Het ontbreken van een herzieningsmogelijkheid kan volgens hem in dergelijke gevallen op gespannen voet komen te staan met het recht op toegang tot de rechter

35 Zie onder meer art. 120 Wet op de Raad van State (oud) en de artikelen 153-159 Beroepswet (oud).

36 Zie J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, 's-Gravenhage, 1995, E 8.4.1.-1 tot en met E 8.4.1.-10 (R.E. Bakker).

37 Voorzitter Afdeling Rechtspraak Raad van State, 26 oktober 1984, ten Berge/Stroink XIII, nr. 16.

38 Arrest *Procola* tegen Luxemburg van 28 september 1995, A-326; *NJ* 1995, 667.

39 Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State 26 maart 1996, *AB* 1996, 253 met noot A. van Hall.

uit art. 6 EVRM. Hij verwijst in dit verband naar Hoge Raad 1 februari 1991 (*post-Kostovski*, zie nader § 8.3.4). Dit vervolg op het arrest *Kostovski* van het EHRM is volgens BAKKER van belang bij de beoordeling van verzoeken tot herziening van bestuurlijke sancties met een punitief karakter.[40]

8.3.2 Herzieningsmogelijkheden in andere lidstaten van de Raad van Europa

Een aantal verdragsstaten kent reeds een herzieningsmogelijkheid naar aanleiding van een veroordelend vonnis uit Straatsburg. De regeling van deze revisiemogelijkheid is allesbehalve uniform. In Oostenrijk en Luxemburg is zij beperkt tot strafprocedures, terwijl in Zwitserland en Noorwegen zowel strafzaken als civiele procedures kunnen worden heropend. Ook bestaan verschillen ten aanzien van de persoon die een verzoek tot herziening kan indienen. In Oostenrijk kan dit slechts door de openbare aanklager, op eigen initiatief of op verzoek van de minister van Justitie. In Luxemburg kan het verzoek worden ingediend door de minister van Justitie of door de veroordeelde persoon. Onder de sinds 1992 geldende Zwitserse regeling, die ook voor administratieve procedures geldt, kan de herziening door de betrokken persoon worden gevraagd op voorwaarde dat herstel slechts via herziening kan worden verkregen.[41]

Het Noorse Wetboek van Strafrecht geeft de mogelijkheid een zaak te heropenen in geval de uitspraak van de nationale rechter 'is deemed to be directly or indirectly based on an interpretation of international law or a treaty which differs from the interpretation that an international court in the same circumstances of the case has laid down as binding on Norway, and it must be assumed that such an interpretation should lead to another decision.' Een vergelijkbare bepaling geldt in het burgerlijke recht. Daarnaast gelden in civiele procedures bepaalde tijdslimieten. Het verzoek om heropening moet binnen drie maanden nadat de betrokken persoon op de hoogte werd gesteld van de grond voor heropening (bijvoorbeeld het arrest van het EHRM) en in ieder geval niet later dan vijf jaar na de uitspraak in de nationale procedure worden gedaan.[42]

In een aantal verdragsstaten kan herziening naar aanleiding van een veroordelend vonnis uit Straatsburg eventueel worden gebracht onder de algemene revisiemogelijkheid. Zo kan in België de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, op instructie van de minister van Justitie, een zaak voor dit Hof aanhangig maken in geval een uitspraak van een nationale rechter in strijd is met het recht (waaronder ook strijd met

40 Zie J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, 's-Gravenhage, 1995, E 8.4.1.-6 en 7 (R.E. Bakker).

41 Zie studie voorbereid door 'the Committee of Experts for the improvement of procedures for the protection of Human Rights (DH-PR) under the authority of the Steering Committee of Human Rights (CDDH)', Raad van Europa, Straatsburg, januari 1992, gepubliceerd in: *HRLJ* 1992, p. 71-78 [verder: studie Raad van Europa 1992] en Drzemczewski 1988, p. 155-158.

42 Zie studie Raad van Europa 1992, p. 74 en 76.

de het EVRM). Het Hof van Cassatie kan op grond van art. 441 van het Wetboek van Strafvordering de uitspraak in kwestie vernietigen en een nieuwe behandeling van de zaak opleggen. Van deze procedure is met succes gebruik gemaakt in de zaak *Piersack*, terwijl een herzieningsverzoek in de vergelijkbare zaak *De Cubber* werd afgewezen.[43] Ook in de zaak *Vidal* is van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt.[44]

8.3.3 Uitbreiding herzieningsmogelijkheden volgens Nederlands recht naar aanleiding van arrest EHRM?

In hoofdstuk 7 is een aantal keren de vraag gesteld of het Nederlandse recht de mogelijkheid van herziening van een nationale uitspraak in het leven moet roepen naar aanleiding van een uitspraak van het EHRM, waarin is bepaald dat in de procedure die tot de nationale uitspraak leidde niet alle vereisten uit het EVRM zijn nageleefd. Ik beperk mij in deze paragraaf tot de personen die de betreffende klacht in Straatsburg hebben ingediend, dat wil zeggen de 'begunstigden' van het arrest van het Hof. Bovendien wil ik in dit verband een onderscheid maken tussen strafzaken en civiele procedures. Hierbij dienen civiele procedures in ruime, 'Straatsburgse' zin opgevat te worden, zodat er ook bestuursrechtelijke procedures onder vallen.

8.3.3.1 Strafzaken

De minister van Justitie heeft geantwoord op kamervragen van het lid HENDRIKS over de mogelijkheid van herziening naar aanleiding van een arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.[45] Hij vraagt onder meer of de minister iets ziet in de door MARTENS bepleite regeling van het rechtsmiddel van herziening waarbij in alle gevallen waarin een uitspraak van de Nederlandse rechter onverenigbaar is met die van de internationale rechter, de Nederlandse uitspraak kan worden herzien.[46] Minister SORGDRAGER antwoordt dat zij een dergelijke regeling te ver vindt gaan, aangezien hiermee het onherroepelijk gezag van het strafrechtelijk eindgewijsde vrijwel illusoir zou worden gemaakt. Veroordeelden zouden immers op deze manier revisie kunnen vragen in alle gevallen waarin een internationale rechter een uitspraak doet

43 Arresten *Piersack* tegen België van 1 oktober 1982, A-53 en 26 oktober 1984 (art. 50), A-85 en *De Cubber* tegen België van 26 oktober 1984, A-86 en 14 september 1987 (art. 50), A-124; zie studie Raad van Europa 1992, p. 74.

44 Arresten *Vidal* tegen België van 22 april 1992, A-235-B en van 28 oktober 1992 (art. 50), A-235-E, § 4.

45 Zie de vragen van het lid Hendriks over *de herzieningsprocedure van het Europees verdrag van de rechten van de mens* (ingezonden 18 maart 1996), Tweede Kamer, vergaderjaar 1995-1996, Aanhangsel, nr. 878, p. 1779-1780 (verder: kamervraag 878).

46 Zie C.M.Th. Lindo, Onze Straatsburgse rechter over het EVRM. Interview met Mr S.K. Martens, *NJB* 1991, p. 476.

die enig raakvlak heeft met een eerder tegen hen gewezen veroordelend vonnis. Het verzoek om herziening zou steeds moeten worden toegewezen indien de internationale jurisprudentie afwijkt van de rechtsgronden die aan de veroordeling ten grondslag lagen, zelfs als de ontwikkeling van die internationale rechtspraak op het moment van de nationale uitspraak niet voorzienbaar was. De minister wil de herzieningsprocedure beperken tot de gevallen waarin een veroordeling is te wijten aan een rechterlijke misslag of dwaling. Bij een onvoorziene jurisprudentiewijziging door de internationale rechter is daarvan echter geen sprake. Zij staat echter niet afwijzend tegenover een mogelijkheid tot herziening van een veroordeling als het conflict van de rechtspraak te maken heeft met een verkeerde rechtsopvatting van de Nederlandse rechter over een verdragsbepaling waarover de internationale rechter nadien in die concrete of identieke zaak, een bindende uitspraak deed. De minister wil dan ook de mogelijkheid onderzoeken om art. 457 Wetboek van Strafvordering in dat opzicht aan te passen.[47]

In grote lijnen deel ik de opvatting van de minister. Ik begrijp haar standpunt echter zo dat de mogelijkheid van herziening slechts openstaat in geval de Nederlandse rechter een verkeerde rechtsopvatting over een verdragsbepaling heeft ingenomen, terwijl te voorzien was dat de internationale rechter hier anders over zou denken. Het middel van revisie dient mijns inziens echter ook open te staan, indien de opvatting van de internationale rechter niet voorzienbaar was.

In strafzaken dient een herzieningsmogelijkheid naar aanleiding van een veroordeling in Straatsburg naar mijn mening derhalve in het leven te worden geroepen. Een dergelijke mogelijkheid had in de zaak *Kostovski* kunnen leiden tot heropening van de strafzaak waarbij de anonieme getuige alsnog zijn identiteit bekend had kunnen maken, terwijl in de zaken *Lala* en *Pelladoah* de advocaten van de klagers in de heropende nationale procedure alsnog hun cliënten hadden kunnen verdedigen. Op deze manier kan een resultaat worden bereikt dat zoveel mogelijk een *restitutio in integrum* benadert, net als in de in hoofdstuk 6 genoemde zaak *Windisch* tegen Oostenrijk.[48] Het introduceren van een dergelijke herzieningsmogelijkheid lijkt me in strafzaken geen enkel probleem, aangezien het in eerste instantie de relatie tussen de klager (slachtoffer in Straatsburg, verdachte in de nationale procedure) en de overheid betreft. De rechtspositie van derden wordt niet – althans niet direct – door een dergelijke herziening aangetast, hoe pijnlijk een dergelijke heropening ook kan zijn voor het slachtoffer van het gepleegde misdrijf. Voorzover het slachtoffer van het misdrijf zich als beledigde partij heeft gevoegd in de nationale strafprocedure en zijn vordering is toegewezen, dient deze persoon mijns inziens geen nadeel te ondervinden van de heropende strafprocedure. Mocht de verdachte (klager in Straatsburg)

47 Kamervraag 878, p. 1779.

48 Arresten *Windisch* tegen Oostenrijk van 27 september 1990, A-186 en van 28 juni 1993 (art. 50), A-255-D.

alsnog worden vrijgesproken in de heropende procedure, dan zal de staat – die immers verantwoordelijk is voor de eerste rechterlijke uitspraak welke achteraf onjuist is gebleken – de claim van de beledigde partij voor zijn rekening dienen te nemen.

Zoals hierboven is gebleken, vormt nieuwe jurisprudentie geen grond voor herziening van een strafrechtelijk vonnis. In een uitspraak spreekt de Hoge Raad weliswaar expliciet van de *Nederlandse* rechter, maar daar zal zeer waarschijnlijk niet mee zijn bedoeld om uitspraken van een Europese rechter wel als novum te beschouwen.[49] Een andere uitspraak van de Hoge Raad komt er op neer dat een uitspraak van het Hof van Justitie van de EG niet als novum wordt beschouwd.[50] Het ligt in de lijn van deze jurisprudentie dat uitspraken van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens niet als novum zullen worden beschouwd. Wel moet worden bedacht dat het hier om relatief oude rechtspraak gaat en dat het niet is uitgesloten, dat de Hoge Raad het begrip novum ruimer zal gaan opvatten in die zin dat daar ook uitspraken van het EHRM onder kunnen vallen. Om duidelijkheid te scheppen lijkt het me echter wenselijk dat de wetgever optreedt en vastlegt dat ook een uitspraak van het EHRM een grond voor herziening kan opleveren.

Het in het leven roepen van een revisiemogelijkheid is enerzijds geen verdragsverplichting, aangezien iedere veroordeelde staat volgens het EHRM de vrijheid heeft in de keuze van middelen teneinde te voldoen aan de uitspraak van het Hof (art. 53 EVRM).[51] Het EHRM acht zich niet bevoegd opdrachten of aanbevelingen in die richting te geven.[52] Anderzijds staat het iedere verdragspartij natuurlijk vrij om op grond van art. 60 EVRM meer bescherming te bieden dan waar het verdrag strikt toe noopt. Via het openstellen van een herzieningsmogelijkheid kan een resultaat worden bereikt dat zoveel mogelijk komt in de buurt van een *restitutio in integrum*.[53]

Overigens levert het openstellen van een herzieningsmogelijkheid de betrokkene niet altijd voordeel op. Zo is denkbaar dat *Kostovski*, *Lala* en *Pelladoah* in de heropende procedure waarin wel wordt voldaan aan de vereisten van art. 6 EVRM uiteindelijk tot precies dezelfde straf zouden zijn veroordeeld als in de 'foute' procedure. De vraag blijft dan nog bestaan of deze personen door de schending van art. 6 EVRM op zichzelf enige immateriële schade kunnen hebben geleden die voor

49 Hoge Raad 26 april 1983, *NJ* 1983, 650; annotator Van Veen begrijpt niet waarom de Hoge Raad spreekt van *Nederlandse* rechter.

50 Hoge Raad 13 januari 1976, *NJ* 1976, 339.

51 Zie bijv. het arrest *Campbell en Cosans* tegen het Verenigd Koninkrijk van 22 maart 1983 (art. 50), A-60, § 16.

52 Zie bijv. het arrest *Pelladoah* tegen Nederland van 22 september 1994, A-297-B, § 44: het Hof overweegt dat het niet de bevoegdheid heeft om de regering op te dragen de nationale strafprocedure te heropenen.

53 Vgl. E.A. Alkema in § 3 van zijn noot onder het arrest *Pham Hoang* tegen Frankrijk van 25 september 1992, A-207, *NJ* 1995, 593.

vergoeding in aanmerking komt, nu zij te brengen is onder de 'aantasting van de persoon op andere wijze' uit art. 6:106 BW.

8.3.3.2 Civiele en bestuursrechtelijke zaken

Naar aanleiding van het arrest *Dombo* heeft de minister van Justitie de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht om advies gevraagd over de wenselijkheid van de mogelijkheid van rekest-civiel na een arrest van het EHRM. De Adviescommissie heeft aangeraden een dergelijke mogelijkheid niet in het leven te roepen. De minister neemt dit advies over. Zeker in civiele zaken is het volgens de minister van Justitie namelijk van groot belang dat de procedure eens tot een eind komt. In een civiel geding staan doorgaans twee gelijkwaardige partijen tegenover elkaar en zij moeten erop kunnen vertrouwen dat de zaak na het aanwenden van de rechtsmiddelen hoger beroep en cassatie wordt afgesloten. In geval een van de partijen door bedrog een gunstige uitspraak heeft verkregen, staat voor de wederpartij het rekest-civiel open. Nu de procedure in Straatsburg doorgaans tussen twee andere partijen loopt, namelijk de staat en een individuele klager, vindt de minister het niet gepast naar aanleiding van een Straatsburgse veroordeling de nationale civiele procedure te heropenen. Op deze manier zou de wederpartij in de nationale procedure na lange tijd weer worden betrokken in deze procedure met alle – financiële – consequenties vandien. De oplossing van de problematiek, zoals naar aanleiding van het arrest *Dombo*, dient volgens de minister te worden gezocht in een procedure wegens onrechtmatige wetgeving dan wel rechtspraak (6:162 BW) tegen de staat, waarin de staat tot schadevergoeding kan worden aangesproken.[54]

In civiele procedures dient mijns inziens echter onderscheid te worden gemaakt tussen procedures met derden en zaken waarin de overheid partij is.

Voor zover er derden bij zijn betrokken, ben ik het met de minister van Justitie eens dat de herzieningsmogelijkheid naar aanleiding van een veroordelend arrest uit Straatsburg niet open dient te staan. In de nationale procedure naar aanleiding van het arrest *Dombo* heeft de Rechtbank te Den Haag de onrechtmatige-daadsactie tegen de staat aangehouden met het oog op de mogelijkheid dat het Hof Arnhem de procedure, waarvan het EHRM heeft bepaald dat deze gevoerd is in strijd met het beginsel van 'equality of arms' uit art. 6 EVRM, heropent. Volgens de rechtbank is het geen probleem dat via heropening de wederpartij na vele jaren opnieuw in de zaak wordt betrokken. Deze had er immers maar rekening mee moeten houden dat het EHRM over deze kwestie anders zou denken dan de Nederlandse Hoge Raad, zeker nu voor

54 Zie de brief van de minister van Justitie van 17 augustus 1995 aan de Voorzitter van de vaste commissie voor Justitie van de Tweede Kamer der Staten-Generaal; zie ook kamervraag 878, p. 1780.

de nationale rechter uitvoerig over mogelijke schending van art. 6 EVRM is gedebatteerd.[55]

Ter bescherming van de wederpartij lijkt het mij onredelijk vele jaren later de nationale procedure alsnog te heropenen. De wederpartij was immers geen partij in de Straatsburgse procedure en heeft haar zaak daar niet kunnen bepleiten. Bovendien kon zij er naar de huidige stand van wetgeving en jurisprudentie op vertrouwen dat een Straatsburgse uitspraak geen grond vormt voor heropening van een afgesloten nationale procedure. In procedures waarin de overheid geen partij is rest mijns inziens slechts de mogelijkheid de overheid aan te spreken uit onrechtmatige overheidsdaad (art. 6:162 BW) wegens schending van art. 6 EVRM.[56]

Voor zover de overheid de enige wederpartij is in de civiele procedure, dient de mogelijkheid van herziening in beginsel open te staan. In dit verband valt bijvoorbeeld te denken aan geschillen op het terrein van de sociale zekerheid. Zo was het denkbaar geweest dat naar aanleiding van de arresten *Feldbrugge* en *Schouten en Meldrum* de nationale procedure zou zijn heropend met inachtneming van de garanties van art. 6 EVRM. Een en ander zou kunnen plaatsvinden analoog aan het arrest *Schuler-Zgraggen* tegen Zwitserland.[57]

Ongemerkt zijn we hier op het terrein van het bestuursrecht beland. Een herzieningsmogelijkheid naar aanleiding van een arrest van het EHRM is ook denkbaar in bestuursrechtelijke geschillen, alhoewel de belangen van derden sneller om de hoek komen kijken. Het is onwaarschijnlijk dat de heer *Benthem* na heropening van de nationale procedure, nu voor een rechterlijke instantie die wel aan de vereisten van onafhankelijkheid uit art. 6 EVRM voldeed, alsnog een vergunning zou hebben gekregen een LPG-installatie te exploiteren. Ter bescherming van andere belanghebbenden (bijvoorbeeld omwonenden) is het niet gepast zoveel jaren later alsnog een dergelijke vergunning te verstrekken. In dergelijke gevallen waarin een *restitutio in integrum* eigenlijk niet meer mogelijk is, is wel een schadevergoeding op haar plaats. Bovendien is het allerminst zeker of een instantie die wel aan alle vereisten van art. 6 EVRM voldeed, *Benthem* daadwerkelijk gelijk zou hebben gegeven. Hij kwam mijns inziens slechts in aanmerking kwam voor vergoeding van 'loss of opportunities' en eventueel van immateriële schade veroorzaakt door de schending van art. 6 EVRM.

55 Rechtbank 's-Gravenhage 18 september 1996, *JOR* 1996, 106 met noot S.C.J.J. Kortmann en *JB* 1996, 251 met noot A.W. Heringa.

56 Zie nader T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik. Tenuitvoerlegging van Straatsburgse uitspraken in de Nederlandse rechtsorde na Dombo, *NJB* 1996, p. 1861-1862.

57 Arresten *Schuler-Zgraggen* tegen Zwitserland van 24 juni 1993, A-263 en van 31 januari 1995 (art. 50), A-305-A; in casu betreft het de heropening van een procedure inzake de toekenning van een arbeidsongeschiktheidsuitkering.

8.3.4 Positie van derden, dat wil zeggen de 'niet-begunstigden' van het arrest van het EHRM

Van belang is de vraag of personen in een vergelijkbare positie als de in Straatsburg succesvolle klager om herziening van de ten aanzien van hen gewezen nationale uitspraak kunnen verzoeken, die gezien het arrest van het EHRM in strijd is met de vereisten van art. 6 EVRM. De betrokkenheid van deze personen bij de in Straatsburg beslechte kwestie kan in meerdere of mindere mate direct zijn.

Zo zijn er de personen die medebelanghebbenden zijn in de door het EHRM besliste zaak. Het kan bijvoorbeeld gaan om mede-veroordeelden van de klager die in Straatsburg in het gelijk is gesteld. De reeds genoemde zaak *post-Kostovski* illustreert deze kwestie. In het arrest *Kostovski* heeft het EHRM een schending geconstateerd van art. 6 lid 1 EVRM, nu de veroordeling van de klager grotendeels was gebaseerd op anonieme getuigenverklaringen. Nog vóór deze uitspraak van het EHRM heeft een mede-veroordeelde (H.) van *Kostovski*, die zelf geen klacht heeft ingediend in Straatsburg, zich gewend tot de burgerlijke rechter met het verzoek hem in vrijheid te stellen, aangezien de Europese Commissie inmiddels had beslist dat de veroordeling van Kostovski niet voldeed aan alle vereisten van art. 6 EVRM. De president van de rechtbank heeft deze vordering toegewezen, terwijl het gerechtshof deze uitspraak heeft vernietigd en de vorderingen van H. heeft afgewezen. De Hoge Raad bevestigt de uitspraak van het hof en overweegt dat het in strijd is met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in het strafrecht als een veroordeelde via een actie uit onrechtmatige daad bij de civiele rechter de mogelijkheid zou hebben het oordeel van de strafrechter inzet van een nieuw geding te maken. Deze regel leidt volgens de Hoge Raad slechts uitzondering indien 'een uitspraak van het Europese Hof, waarmee de strafrechter bij zijn beslissing geen rekening heeft kunnen houden, noopt tot de slotsom dat die beslissing is tot stand gekomen op zodanige wijze dat niet meer kan worden gesproken van een eerlijke behandeling van de zaak in de zin van art. 6 lid 1 eerste zin EVRM.' Een en ander doet zich in casu echter niet voor, aangezien het EHRM ten tijde van het wijzen van het arrest van het gerechtshof nog geen uitspraak had gedaan.[58]

DE HULLU gaat in zijn noot onder dit arrest in op de wenselijkheid van het verruimen van de herzieningsmogelijkheid in het strafrecht naar aanleiding van een arrest van het EHRM. Voorzover het gaat om de persoon die in Straatsburg een klacht heeft ingediend staat hij een dergelijke verruiming voor. DE HULLU wil de mogelijkheid van herziening niet openstellen voor iedere veroordeelde die een uitspraak van het Europese Hof van belang acht voor zijn zaak, zonder dat hij zelf naar Straatsburg is gegaan. Naar zijn mening past het niet in het gesloten stelsel van rechtsmiddelen, dat

58 Hoge Raad 1 februari 1991, *NJ* 1991, 413, met noot Th. W. van Veen.

een veroordeelde een eerdere berusting ongedaan kan maken; procedures moeten immers eens tot een einde komen. DE HULLU stelt de vraag of het onredelijk is om de veroordeelde in zoverre aan zijn berusting te houden, dat hij zich tevreden moet stellen met gratie.[59]

DE HULLU geeft zelf al aan dat over bovenstaande kwesties sterk van mening kan worden verschild. Zo zijn er ook goede argumenten om de herzieningsmogelijkheid juist algemeen open te stellen: is het niet onredelijk om de mede-verdachte van Kostovski, wiens strafrechtelijke veroordeling hetzelfde mankement vertoonde als die van Kostovski, anders te behandelen? Toch meen ik met DE HULLU dat een zekere beperking hier op haar plaats is door als voorwaarde te stellen dat de medeveroordeelde zelf reeds een klacht in Straatsburg heeft ingediend. Als hij dit niet gedaan heeft en dit ook niet meer kan (nu de termijn van zes maanden uit art. 26 EVRM is verstreken), rest de mogelijkheid van gratie. Ook is denkbaar dat de medeveroordeelde via een actie uit onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter om zijn onmiddellijke invrijheidstelling vraagt of eventueel een claim tot schadevergoeding indient.[60]

In het voorbeeld van de medeveroordeelde van Kostovski is evident dat het om een identieke zaak gaat als in het *Kostovski*-arrest; deze persoon is immers direct bij de in Straatsburg besliste zaak betrokken als medebelanghebbende. De minister van Justitie lijkt in haar antwoord op de kamervraag van HENDRIKS te suggereren dat in een dergelijke zaak ook een mogelijkheid van herziening moet worden opengesteld, waar zij spreekt over 'een verkeerde rechtsopvatting van de Nederlandse rechter over een verdragsbepaling waarover de internationale rechter nadien in die concrete of *identieke* zaak, een bindende uitspraak deed.'[61]

De vraag resteert of de herzieningsmogelijkheid tevens dient te worden uitgebreid naar overige derden, die niet direct met de in Straatsburg besliste zaak zijn verbonden als medebelanghebbenden. Een restrictieve benadering is hier mijns inziens gepast, aangezien anders het gevaar bestaat dat een enorme hoeveelheid zaken dient te worden heropend, hetgeen de rechtszekerheid niet ten goede komt. Voor deze gevallen kan de genoemde uitspraak van de Hoge Raad inzake *post-Kostovski* uitkomst bieden. Via een actie uit onrechtmatige daad zou een betrokkene bijvoorbeeld kunnen bewerkstelligen dat zijn vrijheidsstraf niet ten uitvoer wordt gelegd, indien uit een uitspraak van het EHRM onomstotelijk blijkt dat zijn veroordeling in strijd is met de vereisten van art. 6 EVRM.[62] Daarnaast is denkbaar dat alsnog een klacht in Straatsburg kan worden

59 Zie J. de Hullu in zijn noot onder dit arrest, *NJCM-Bulletin* 16-4 (1991), op p. 333; zie ook Th.W. van Veen in § 3 van zijn noot onder dit arrest, *NJ* 1991, 413.

60 Zie de opening die de Hoge Raad formuleert in zijn uitspraak van 1 februari 1991, *NJ* 1991, 413.

61 Kamervraag 878, p. 1779 (cursivering, *MLvE*).

62 Hoge Raad 1 februari 1991, *NJ* 1991, 413; zie voor het citaat van de overweging van de Hoge Raad, hierboven aan het begin van § 8.3.4.

ingediend, als de zes maanden-termijn (art. 26 EVRM) nog niet verstreken is en voorts als het een klacht over een 'voortdurende' schending betreft.

Denkbaar is dat voor zeer schrijnende gevallen de mogelijkheid zou kunnen bestaan dat de wetgever ingrijpt naar aanleiding van een Straatsburgse veroordeling. Uit humanitaire overwegingen zou de wetgever voor personen die anders achter het net zouden vissen de mogelijkheid van een hernieuwde rechterlijke beoordeling kunnen scheppen. In een dergelijk geval zetten overwegingen van billijkheid derhalve het beginsel van rechtszekerheid opzij.

8.3.5 Voorstel

Art. 13 EVRM noch enige andere bepaling van het verdrag verplicht de verdragsstaten in het nationale recht een revisiemogelijkheid te introduceren naar aanleiding van een veroordelend vonnis van het EHRM. Het staat hen natuurlijk wel vrij een dergelijk rechtsmiddel open te stellen.[63] Op deze wijze krijgt de individuele klager in de geest van het in art. 60 EVRM neergelegde voorrangsbeginsel meer bescherming dan waar het verdrag strikt toe noopt.

Over herziening van nationale vonnissen naar aanleiding van bindende veroordelingen uit Straatsburg valt veel te zeggen. Vele stelsels zijn denkbaar, onder meer ten aanzien van de vraag welke personen om herziening kunnen vragen, wat voor soort procedures kunnen worden heropend en welke termijnen hierbij gelden. Het gaat het bestek van dit onderzoek te buiten in dit verband gedetailleerde voorstellen te doen. Toch kunnen wel enige aanzetten worden gegeven.[64]

Mijns inziens verdient het aanbeveling in het Nederlandse recht een herzieningsmogelijkheid open te stellen naar aanleiding van een uitspraak van het EHRM of het Comité van Ministers van de Raad van Europa, waarin is vastgesteld dat de nationale procedure in kwestie in strijd is gevoerd met de vereisten die het EVRM hieraan stelt (met name art. 6 EVRM).

Deze mogelijkheid van revisie dient in ieder geval open te staan voor de in Straatsburg in het gelijk gestelde klager. Daarnaast heb ik bepleit om herziening open

63 Zie studie Raad van Europa, p. 71. Zie ook het antwoord van minister van Justitie Sorgdrager op de kamervraag van Hendriks of art. 13 EVRM een aanknopingspunt biedt voor de invoering van een herzieningsprocedure: 'Artikel 13 betreft dus de nationale procedure vóórdat een burger wegens een vermeende schending in Straatsburg terecht kan en niet de situatie nádat in Straatsburg een uitspraak in de betreffende zaak is gedaan,' zie kamervraag 878, p. 1780. Vgl. echter Dannemann 1994, p. 219: het ontbreken van de mogelijkheid om na een arrest van het EHRM vernietiging of opheffing te bewerkstelligen van de in strijd met het EVRM bevonden nationale uitspraak of maatregel, kan in strijd komen met art. 13 EVRM.

64 Zie uitgebreid T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, Betere tenuitvoerlegging van Straatsburgse uitspraken in de Nederlandse rechtsorde: heropening afgesloten zaak of schadeclaim tegen de staat, *NJCM-Bulletin* 21-8 (december 1996), p. 987-1005.

te stellen voor personen in een identieke zaak als de in Straatsburg succesvolle klager, onder voorwaarde dat deze personen zelf een klacht bij de Europese Commissie hebben ingediend of nog tijdig kunnen indienen. Het gaat hier om personen die direct zijn betrokken bij de zaak van de in Straatsburg in het gelijk gestelde klager. Een verdere uitbreiding naar personen in een vergelijkbare positie acht ik niet op haar plaats, aangezien dan het gevaar dreigt van een stortvloed aan heropende zaken en de rechtszekerheid hiermee in het geding komt. Toegegeven moet worden dat iedere grens willekeurig is maar ergens dient een muur te worden opgetrokken anders zouden procedures nooit tot een einde komen. Bovendien kan een actie uit onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter een pleister op de wonde bieden. Ook is denkbaar dat (nog) een klacht in Straatsburg kan worden ingediend.
De mogelijkheid om een nationale procedure naar aanleiding van een Straatsburgse veroordeling te heropenen dient open te staan in strafzaken, bestuursrechtelijke gedingen en in civiele procedures voorzover alleen de staat daarin wederpartij is. Het lijkt me geen goede zaak om een civiele wederpartij vele jaren nadat de nationale procedure is beëindigd weer in het geding te betrekken. In dergelijke gevallen kan het herstel plaatsvinden via een actie uit onrechtmatige daad tegen de staat.

Een verzoek om herziening dient te worden afgewezen, indien hierdoor in belangrijke mate belangen van derden zouden worden geschonden. Een en ander zal zich snel voordoen op het terrein van het bestuursrecht. In een dergelijk geval, waarin *restitutio in integrum* derhalve niet mogelijk is, rest eventueel de toekenning van schadevergoeding. Hierbij kan de rechter in aanmerking nemen de 'loss of opportunities' door het ontbreken van een aantal procedurele garanties en de geleden immateriele schade.

De herzieningsmogelijkheid dient aan bepaalde termijnen te worden gebonden, aan iedere procedure moet immers eens een einde komen. Zo zou als voorwaarde kunnen worden gesteld dat het verzoek binnen zes maanden na het arrest van het EHRM wordt ingediend.[65] Deze termijn sluit aan bij de beroepstermijn die geldt voor het indienen van klachten bij de Commissie in Straatsburg (art. 26 EVRM).[66]

65 Vgl. J. de Hullu, *NJCM-Bulletin* 16-4 (1991), p. 333, die een periode van een jaar noemt.

66 Bovendien sluit deze termijn aan bij het tijdvak waarbinnen door een partij of de Commissie kan worden gevraagd om herziening van een arrest van het Hof in geval van ontdekking van een nieuw feit dat van beslissende invloed kan zijn. Deze termijn begint te lopen vanaf het moment dat de partij of de Commissie kennis kreeg van een dergelijk feit. Zie art. 58 Procesreglement A van het Hof, zoals dat geldt vanaf 1 februari 1994. Onder de partijen die om herziening kunnen verzoeken worden verstaan de klagende en verwerende verdragspartijen (art. 1). Voor de verdragsstaten die het Negende Protocol hebben geratificeerd (in werking getreden op 2 oktober 1994) geldt Procesreglement B. Op grond van art. 60 lid 1 van dit reglement kunnen partijen (waaronder ingevolge art. 1 ook de individuele klager valt) of de Commissie om herziening vragen. Als het om een verzoek van een individuele klager gaat, beslist eerst een panel van drie rechters uit het Hof over de ontvankelijkheid van het verzoek (art. 60 lid 3).

8.4 Conclusie

Na een uitspraak van het EHRM waarin een schending van het EVRM wordt geconstateerd, doet zich de vraag voor naar de nationale herstelmogelijkheden. Deze kwestie speelt met name indien het Hof de schadeclaim van de klager heeft afgewezen of heeft volstaan met de uitspraak dat de constatering van een schending van een verdragsrecht voldoende genoegdoening is in de zin van art. 50 EVRM.

Bepleit is om klagers, die door het Hof in het gelijk zijn gesteld maar geen schadevergoeding hebben gekregen, de mogelijkheid te geven om een actie uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) tegen de staat voor de Nederlandse rechter in te stellen, teneinde de door de schending van het EVRM veroorzaakte schade vergoed te krijgen. Zolang de praktijk van het Hof blijft bestaan dat afwijzingen van schadeclaims niet of nauwelijks worden gemotiveerd, dient de deur naar de Nederlandse burgerlijke rechter open te staan. De schadevergoedingsprocedure in Straatsburg is immers vooralsnog niet met voldoende waarborgen omkleed.

Ook voor personen in een vergelijkbare positie als de door het EHRM in het gelijk gestelde klager, zou naar mijn mening een actie uit onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter open moeten staan. Het moet dan wel evident zijn dat het een identiek geval betreft en dat er geen twijfel over mogelijk is dat het EHRM in casu tot een zelfde oordeel zal komen.

Voor de in Straatsburg succesvolle klagers dient onder bepaalde voorwaarden de mogelijkheid te bestaan om heropening te vragen van de nationale procedure waarin de vereisten van het EVRM niet in acht zijn genomen. De mogelijkheid van herziening dient verder slechts open te staan voor personen in een identieke zaak als de in Straatsburg succesvolle klager, onder voorwaarde dat deze personen zelf een klacht bij de Europese Commissie hebben ingediend of nog tijdig kunnen indienen.

HOOFDSTUK 9

Samenvatting en aanbevelingen

Zowel op nationaal als op internationaal niveau heeft de staatssoevereiniteit in de loop van deze eeuw terrein moeten prijsgeven aan individuele burgers. In Nederland is het algemeen geaccepteerd dat de overheid door de burger kan worden aangesproken met een actie uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Op internationaal niveau heeft de staat niet langer meer het rijk alleen. Individuele burgers hebben zich met name door de totstandkoming van diverse mensenrechtenverdragen langzamerhand een positie in het internationale recht verworven. Binnen het kader van het EVRM hebben individuele burgers de mogelijkheid verdragsstaten aan te klagen voor de Europese Commissie en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Als zij uiteindelijk door dit Hof in het gelijk worden gesteld, heeft dit hoogste Europese mensenrechtencollege de bevoegdheid om op grond van art. 50 EVRM het slachtoffer een 'billijke genoegdoening' ten laste van de veroordeelde staat op te leggen. Enige belangrijke vragen die in dit boek worden beantwoord, zijn: wat kan deze genoegdoening inhouden en wanneer kent het Hof een genoegdoening toe? Voor het antwoord op deze vragen wordt de omvangrijke jurisprudentie van het Hof op grond van art. 50 EVRM systematisch in kaart gebracht en geanalyseerd.

Met de uit dit onderzoek verkregen resultaten is een vergelijking gemaakt tussen het 'Straatsburgse' en Nederlandse schadevergoedingsrecht. Vervolgens zijn enige conclusies getrokken voor de Nederlandse rechtspraktijk, waarbij een antwoord is gezocht op de vraag in hoeverre het EVRM en de rechtspraak van het EHRM op grond van art. 50 EVRM aanleiding geven tot aanpassing van de Nederlandse rechtspraktijk betreffende schadevergoeding in geval van schending van mensenrechten door de overheid. Bij dit onderzoek ligt de nadruk op de vergoeding van immateriële schade.

In het algemene deel (hoofdstukken 2 en 3) wordt ingegaan op schadevergoeding volgens Nederlands recht, in het volkenrecht, op grond van het EVRM en op grond van andere mensenrechtenverdragen.

Hoofdstuk 2 brengt in vogelvlucht de stand van zaken in kaart met betrekking tot schadevergoeding volgens Nederlands recht. Naar algemene opvatting is de centrale doelstelling van het schadevergoedingsrecht het goedmaken van de schade (de compensatie), terwijl bij vergoeding van immateriële schade ook de genoegdoening van het slachtoffer een rol speelt. Naar mijn mening dient *restitutio in integrum* op de voorgrond te worden gesteld. Op deze manier wordt het slachtoffer immers zoveel mogelijk in de positie gebracht waarin hij zou hebben verkeerd bij het uitblijven van

de onrechtmatige daad. Voor zover dit herstel niet – volledig – mogelijk is, dient de benadeelde op andere wijze te worden gecompenseerd, bijvoorbeeld in financiële zin.

Het Nederlandse recht kent diverse schadevergoedingsmogelijkheden. Opvallend is dat de Nederlandse rechtspraktijk terzake van vergoeding van immateriële schade, afgezien van de gevallen van letselschade, terughoudend is. Inbreuken op het privéleven hebben een enkele keer geleid tot de toekenning van smartengeld. Vergoeding van ideële schade bij schending van procedurele rechten is – vooralsnog – uitzondering. Voor de door het ontbreken van de bijstand van een advocaat in een procedure tot gedwongen opname geleden gevoelens van ongerustheid en hulpeloosheid, heeft de rechter psychiatrische patiënten een enkele keer een financiële vergoeding toegekend op grond van de BOPZ. In deze uitspraken acht de rechter zich niet gebonden aan de grenzen van art. 6:106 BW. Toekenningen van vergoeding van morele schade op grond van het 'reguliere' schadevergoedingsrecht (art. 6:162 j° art. 6:106 BW) heb ik nog niet kunnen aantreffen. Een belangrijke vraag is derhalve of de zinsnede 'of op andere wijze in zijn persoon is aangetast' in art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW ruimer dient te worden uitgelegd, in de zin dat er ook vergoeding van ideële schade onder kan vallen veroorzaakt door schending van procedurele rechten.

Ook andere elementen van het Nederlandse schadevergoedingsrecht springen in het oog. Zo komen nabestaanden van het slachtoffer van een onrechtmatige daad niet in aanmerking voor vergoeding van ideële schade geleden door het overlijden van hun naaste. Daarnaast heeft de Hoge Raad de mogelijkheden om de overheid aan te spreken uit onrechtmatige rechtspraak, met name in geval van schending van de vereisten van art. 6 EVRM, zeer beperkt met als voornaamste argument het gesloten stelsel van rechtsmiddelen.

Naast de actie uit onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW bij de burgerlijke rechter zijn enige bijzondere schadevergoedingsregelingen behandeld, met name ten aanzien van vrijheidsbenemingen van verdachten van een strafbaar feit (89 Sv), vreemdelingen (art. 34j Vreemdelingenwet) en psychiatrische patiënten (art. 28 en 35 BOPZ).

In hoofdstuk 3 wordt allereerst ingegaan op schadevergoeding in het volkenrecht. De volgende vier vormen van herstel kunnen worden onderscheiden in het internationale recht: financiële compensatie, restitutie, genoegdoening en declaratoire uitspraak. Uitgangspunt is dat de schending van een volkenrechtelijke verplichting de plicht met zich brengt om herstel in een adequate vorm te bieden. *Restitutio in integrum* staat voorop en als dit niet mogelijk is komt het betalen van een geldsom in beeld, die correspondeert met de waarde die de *restitutio in integrum* zou hebben. *Restitutio in integrum* kan om diverse redenen onmogelijk zijn. In de eerste plaats kan het gaan om een feitelijke onmogelijkheid, bijvoorbeeld als een ten onrechte in beslag genomen schip inmiddels is vernietigd. In de tweede plaats kan het een juridische onmogelijkheid betreffen, bijvoorbeeld door constitutionele obstakels in het nationale recht. Volgens de heersende leer in het volkenrecht mag een staat echter niet zijn nationale

recht inroepen teneinde zich aan zijn internationale verplichtingen te onttrekken. In een aantal arbitrage- en conciliatieverdragen, met name tot stand gekomen in de jaren twintig van deze eeuw, is rekening gehouden met de onmogelijkheid van *restitutio in integrum* veroorzaakt door constitutionele problemen van de aansprakelijke staat. In plaats van een herstel in de oude toestand kan deze staat dan worden veroordeeld tot het betalen van een 'billijke genoegdoening' aan de gelaedeerde staat. Art. 50 EVRM is gebaseerd op deze arbitrageverdragen.

Geconcludeerd kan worden dat *restitutio in integrum* uitzonderlijk is in de internationale praktijk en dat financiële compensatie de meest voorkomende remedie is. Een en ander laat echter onverlet dat *restitutio in integrum* het volkenrechtelijke primaat heeft.

De traditionele opvatting dat slechts staten subject van volkenrecht zijn, is met name na de Tweede Wereldoorlog door allerlei ontwikkelingen op het gebied van de rechten van de mens niet langer houdbaar gebleken. Zo heeft het individu dat beweert slachtoffer te zijn van een schending van het EVRM onder bepaalde voorwaarden *locus standi* verkregen voor de Europese Commissie en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg.

In het vervolg van hoofdstuk 3 worden de hoofdlijnen van de procedure voor de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens beschreven. Bijzondere aandacht wordt besteed aan de minnelijke schikkingen die na bemiddeling van de Commissie tot stand komen. Op deze manier kan de zaak in Straatsburg spoedig tot een einde komen en verplicht de staat in kwestie zich tot een bepaalde prestatie. In de regel zal de klager een financiële tegemoetkoming krijgen, maar ook compensatie in andere vorm is denkbaar. Deze laatstgenoemde vorm van herstel, bijvoorbeeld de verstrekking van een verblijfsvergunning, komt dicht in de buurt van een *restitutio in integrum*. Uit de schikkingen vallen geen algemene conclusies te trekken ten aanzien van de criteria die een rol spelen bij de toekenning van schadevergoeding na mensenrechtenschendingen. Wel blijkt uit enkele schikkingen het gezag van de uitspraken van het Hof, aangezien wordt aangeknoopt bij de criteria die het Hof in vergelijkbare zaken heeft gehanteerd bij toekenning van schadevergoeding op grond van art. 50 EVRM.

De Commissie doet een voorstel over de hoogte van de toe te kennen genoegdoening aan het orgaan dat de eindbeslissing neemt over de vraag of het verdrag is geschonden. Naar verluidt wordt in deze geheime voorstellen aangesloten bij toekenningen die het Hof in vergelijkbare zaken heeft gedaan.

Het Comité van Ministers van de Raad van Europa speelt een eigenaardige rol bij het toezicht op de naleving van het EVRM. In geval de door de Commissie ontvankelijk verklaarde klacht niet wordt voorgelegd aan het Hof, neemt het Comité van Ministers de eindbeslissing. Het is merkwaardig dat een politiek orgaan wordt belast met rechterlijke taken, namelijk het oordeel of het EVRM al dan niet is geschonden. Bij bevestigende beantwoording van deze vraag kan het Comité een 'billijke genoegdoening' ten laste van de veroordeelde staat opleggen. Met de inwerkingtreding

van Protocol No. 11 zal deze rechterlijke taak van het Comité verdwijnen en daarmee ook de bevoegdheid om na constatering van een verdragsschending een billijke genoegdoening toe te kennen. Het Comité zal wel zijn taak behouden bij het toezicht op de naleving van arresten van het Hof. Vervolgens worden enige hoofdlijnen van de procedure voor het EHRM beschreven.

Art. 5 lid 5 EVRM geeft het slachtoffer van een schending van de overige vereisten van dit artikel recht op een schadeloosstelling. Onduidelijk blijft waarom de opstellers van het verdrag een aparte schadevergoedingsregeling in geval van onrechtmatige detentie op haar plaats achtten. De vergelijkbare bepaling in het IVBPR, art. 9 lid 5, geeft recht op schadeloosstelling voor 'unlawful' detentie, dat wil zeggen in geval van een vrijheidsberoving in strijd met een bepaling van nationaal recht en/of met een van de garanties uit art. 9.

Art. 50 EVRM vindt zijn grondslag in vergelijkbare bepalingen uit internationale arbitrageverdragen, met name tot stand gekomen in de jaren twintig van deze eeuw. In tegenstelling tot deze arbitrageverdragen vindt de toekenning van de 'billijke genoegdoening' op grond van art. 50 EVRM – meestal – plaats aan een individu en niet aan een staat.

Uit de tekst van art. 50 volgt de subsidiariteit van de eventueel toe te kennen schadevergoeding. Het Hof kan na constatering van een verdragsschending een billijke genoegdoening toekennen, op voorwaarde dat de gevolgen van die schending ingevolge het nationale recht van de verdragsstaat in kwestie niet volledig kunnen worden goedgemaakt. Uit de eerste arresten van het Hof blijkt echter dat het zijn bevoegdheid op grond van art. 50 EVRM ruim opvat. Het Hof onderzoekt in deze arresten in de regel of er geen nationale herstelmogelijkheden voorhanden waren, die de klager had dienen te beproeven alvorens in Straatsburg compensatie te vragen. Het Hof stelt echter geen zware eisen aan deze voorwaarden en acht zich bevoegd een schadevergoeding op grond van art. 50 toe te kennen, indien de klager een claim indient.

Volgens het Hof is art. 5 lid 5 een van de materiële rechten uit het verdrag, terwijl art. 50 een bevoegdheid van het Hof regelt. Bij het uitoefenen van zijn bevoegdheid op grond van art. 50, zal het Hof rekening moeten houden met art. 5 lid 5 net als met de andere materiële bepalingen uit het verdrag.

Bij de totstandkoming van het EVRM waren de meningen verdeeld over de vraag welke bevoegdheden het Hof diende te hebben. Een voorstel om het Hof de bevoegdheid te geven met het EVRM strijdige nationale besluiten te vernietigen haalde het niet. Vervolgens is art. 50 EVRM in zijn huidige redactie ingevoerd, aangezien dit in overeenstemming zou zijn met het internationale recht inzake de schending door een staat van een internationale verplichting. In Protocol No. 11 zal de tekst van art. 50 (vanaf dan art. 41) eenvoudiger worden geformuleerd, maar hiermee zijn geen inhoudelijke wijzigingen beoogd.

Art. 3 van het Zevende Protocol geeft een persoon die ten gevolge van een gerechtelijke dwaling straf heeft ondergaan, onder bepaalde voorwaarden een recht

op schadevergoeding. Een verschil met de schadevergoedingsbepaling van art. 5 lid 5 EVRM is, dat voor het recht op schadevergoeding ingevolge art. 3 van het Zevende Protocol niet is vereist dat een verdragsrecht is geschonden.

Ten slotte wordt ingegaan op schadevergoeding bij schending van andere mensenrechtenverdragen. Het Mensenrechtencomité, dat toezicht uitoefent op de naleving van het IVBPR, kan geen bindende uitspraken doen ten aanzien van de vraag of een staat de verplichtingen uit het verdrag niet is nagekomen, noch over de te nemen herstelmaatregelen. Het Mensenrechtencomité doet wel aanbevelingen over de door de betrokken verdragsstaat te nemen herstelmaatregelen. Deze aanbevelingen hebben betrekking op financiële compensatie, compensatie in andere vorm (bijvoorbeeld onmiddellijke invrijheidstelling) of andere stappen die de staat zou moeten nemen, zoals wijziging van de wetgeving. Evenmin als het Mensenrechtencomité heeft het Rassendiscriminatiecomité, dat toeziet op naleving van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van elke vorm van rassendiscriminatie (IVRD), de bevoegdheid om schadevergoeding toe te kennen. Wel kan het 'adequate compensation' aanbevelen. Anders dan het IVBPR en het IVRD geeft de Amerikaanse Conventie voor de Rechten van de Mens het Inter-Amerikaanse Hof voor de Rechten van de Mens uitdrukkelijk de bevoegdheid om schadevergoeding toe te kennen na constatering van een verdragsschending. Op deze bevoegdheid wordt in hoofdstuk 5 nader ingegaan.

In het bijzondere deel staan centraal de inventarisatie en analyse van de Straatsburgse jurisprudentie op grond van art. 50 EVRM.

Hoofdstuk 4 gaat in op procedurele kwesties in verband met art. 50.

De positie van de individuele klager in de procedure voor het Hof heeft een belangrijke ontwikkeling doorgemaakt. Oorspronkelijk hadden alleen de Commissie en de bij de zaak betrokken verdragsstaten het recht om een ontvankelijk verklaarde klacht voor te leggen aan het Hof. In zijn eerste arrest heeft het Hof reeds duidelijk gemaakt dat het ontbreken van *locus standi* van het individu niet betekent dat de individuele klager in het geheel geen rol kan spelen in de procedure voor het Hof. De Commissie heeft echter een belangrijke taak om als hoedster van het algemeen belang het standpunt van de klager aan het Hof kenbaar te maken. Sinds 1982 bepaalt het Procesreglement van het Hof dat de klager voor het Hof door een advocaat kan worden vertegenwoordigd. De President van het Hof kan de klager ook toestaan zijn zaak zelf voor te dragen. In zijn eerste uitspraak heeft het Hof beslist ten gunste van de procedurele positie van de individuele klager. Hierbij heeft het Hof de nadruk gelegd op het doel van het verdrag, namelijk een effectieve bescherming van de rechten van de mens, en zich minder gelegen laten liggen aan de traditionele opvatting van de verdragspartijen dat internationale procedures slechts tussen staten kunnen worden gevoerd.

Met de inwerkingtreding van het Negende Protocol heeft de individuele klager *locus standi* voor het Hof gekregen. Individuele klagers kunnen hun ontvankelijk verklaarde klacht aan het Hof voorleggen. In geval de zaak slechts door de individuele klager aan het Hof wordt voorgelegd, geldt wel de beperking dat een 'screening panel' van drie rechters uit het Hof zich over de vraag zal buigen of de zaak voor het voltallige Hof zal komen. Ondanks deze beperking verschaft het Negende Protocol de individuele klager *locus standi* voor het Hof, een ontwikkeling die de staten bij de totstandkoming van het verdrag in 1950 nog niet voor ogen hadden.

Ook voor het Hof kan nog een schikking over de schadevergoeding tot stand komen, al noemt het verdrag deze mogelijkheid niet. Enerzijds betreft het schikkingen die vóór het wijzen van het arrest in de hoofdzaak tot stand zijn gekomen, anderzijds gaat het om overeenkomsten die zijn gesloten nadat het Hof een schending van het verdrag heeft geconstateerd. Het Hof neemt kennis van deze schikkingen en beslist dat de zaak van de rol wordt geschrapt, tenzij het algemene belang van de naleving van de mensenrechten zich hiertegen verzet. Naast de toekenning van geldbedragen kan het ook gaan om maatregelen van de overheid die een *restitutio in integrum* benaderen.

In art. 50 EVRM zijn de voorwaarden geformuleerd waaronder het Hof een 'billijke genoegdoening' kan toekennen aan het slachtoffer van een verdragsschending.

In de eerste plaats dient het Hof een schending van het verdrag te hebben geconstateerd. De inbreuk op een of meer verdragsrechten kan worden veroorzaakt door een handelen of een nalaten van een verdragspartij.

De tweede voorwaarde is die dat het nationale recht van de aansprakelijke staat slechts gedeeltelijk rechtsherstel van de gevolgen van de inbreuk op het EVRM toestaat. In hoofdstuk 3 bleek reeds dat het Hof in zijn vroege jurisprudentie geen al te zware eisen aan deze voorwaarde stelt. Het Hof acht zich in beginsel bevoegd een billijke genoegdoening op grond van art. 50 toe te kennen, indien de aansprakelijke staat de klager een schadevergoeding weigert waarop hij recht meent te hebben. Het Hof hecht terecht aan het doel en object van het verdrag, namelijk de effectieve bescherming van de rechten van de mens. De individuele klager is erbij gebaat zonder verder oponthoud een schadevergoeding te krijgen en van hem kan niet worden verlangd eerst via het nationale recht schadevergoeding te verkrijgen. Een en ander laat onverlet de mogelijkheid van nationale maatregelen die een *restitutio in integrum* benaderen, zoals de vernietiging van een strafrechtelijk vonnis.

In de derde plaats geniet het Hof een grote mate van vrijheid op grond van art. 50 EVRM, aangezien het 'zo nodig' een 'billijke' genoegdoening kan toekennen.

Uit de jurisprudentie van het Hof volgt, dat het Hof ambtshalve geen schadevergoeding toekent. De klager moet een claim tot vergoeding van schade en/of kosten in dienen. In principe dient het bestaan van de schade en het causaal verband tussen schade en schending door de klager te worden gesteld en bewezen. Het Hof erkent echter dat de klager problemen kan hebben ten aanzien van zijn stel- en bewijsplicht.

Het beginsel van billijkheid uit art. 50 vereist dat het Hof rekening met deze problemen houdt.

De op grond van art. 50 EVRM toegekende schadevergoeding komt toe aan het slachtoffer. Handelingsonbekwaamheid naar nationaal recht staat niet in de weg aan het indienen van een klacht in Straatsburg, noch aan de indiening van een schadevergoedingsclaim onder art. 50. De advocaat van de klager kan niet voor zichzelf schadevergoeding claimen op grond van art. 50.

De positie van nabestaanden van een slachtoffer van een schending van het EVRM kan op twee manieren in Straatsburg aan de orde komen.

In de eerste plaats kan het gaan om het geval dat het slachtoffer is overleden door de schending van het EVRM en de nabestaanden vervolgens een klacht en schadeclaim in Straatsburg indienen vanwege het overlijden van hun naaste. In een zaak heeft het Hof een schending van art. 2 EVRM, het recht op leven, geconstateerd maar de nabestaanden geen schadevergoeding toegekend.

In de tweede plaats is het mogelijk dat het overlijden van het slachtoffer niet is veroorzaakt door de schending van het EVRM. In dit geval kunnen weer twee situaties worden onderscheiden: het slachtoffer overlijdt na het indienen van zijn klacht en de nabestaanden wensen de zaak voort te zetten, of de nabestaanden dienen een klacht in na het overlijden van het slachtoffer in verband met een jegens hem gepleegde schending van het EVRM. Het Hof accepteert dat de schadevergoedingsclaim van een overleden persoon in beginsel overgaat op zijn erfgenamen. Na enige aarzeling heeft het Hof geaccepteerd dat deze claim ook overgaat voorzover het de door het slachtoffer geleden immateriële schade betreft.

Bij de toepassing van art. 50 kan zich de vraag voordoen in hoeverre schuldeisers van de klager aanspraak kunnen maken op het door het Hof toegekende bedrag. Het Hof heeft in een arrest uit 1973 duidelijk gemaakt dat de aan de klager toegekende vergoeding van immateriële schade aan hem persoonlijk en vrij van beslag moet worden uitbetaald. Uit latere jurisprudentie van het Hof en in het bijzonder uit enkele resoluties van het Comité van Ministers van de Raad van Europa betreffende het toezicht op de tenuitvoerlegging van de arresten van het Hof, blijkt deze kwestie echter toch niet altijd duidelijk te liggen. Het is dan ook te betreuren dat het Hof onlangs een kans heeft laten liggen om duidelijkheid over deze kwestie te verschaffen. In dit interpretatie-arrest komt het Hof in feite terug op zijn uitspraak uit 1973. Voor de effectieve tenuitvoerlegging van art. 50-beslissingen is het te hopen dat het Hof terugkomt op de genoemde recente uitspraak. Vergoeding van immateriële schade op grond van art. 50 dient immers onvatbaar voor beslag en immuun voor tegenclaims te zijn. Het is in strijd met het bijzondere karakter van art. 50 om de ten laste van de aansprakelijke staat opgelegde vergoeding van immateriële schade wegens schending van mensenrechten vatbaar te laten zijn voor claims van crediteuren, of het nu de overheid of andere schuldeisers betreft. Het zou een goede zaak zijn als het Hof zich alsnog expliciet uitspreekt over de status van de op grond van art. 50

toegekende bedragen. In deze uitspraak zou het Hof nog eens uitdrukkelijk kunnen aangeven dat de vergoeding van morele schade aan het slachtoffer persoonlijk ten goede komt, geheel vrij van elke mogelijkheid van beslag of tegenvorderingen. Vergoedingen van materiële schade en kosten dienen ook aan de klager persoonlijk te worden uitbetaald. Bij de bepaling van de hoogte van dit bedrag kan het Hof rekening houden met eventuele tegenvorderingen van de aansprakelijke staat.

Indien de staat de schadevergoeding op grond van art. 50 heeft betaald, ontstaat een andere situatie. Na uitbetaling maken de toegekende bedragen immers deel uit van het vermogen van het slachtoffer. Schuldeisers kunnen dan eventueel ingevolge het nationale recht claims doen gelden op deze bedragen. Uit de overwegingen van het Hof in het arrest *Ringeisen* blijkt echter niet dat de onmogelijkheid van beslaglegging slechts zou gelden voor de periode waarin de klager een vorderingsrecht heeft op de staat. Een en ander zal echter vele praktische bezwaren met zich brengen, aangezien het door het Hof toegekende en door de staat betaalde geldbedrag deel is gaan uitmaken van het vermogen van de klager.

Geconcludeerd kan worden dat het Hof aan de ene kant niet lijkt uit te sluiten dat een klager-rechtspersoon in aanmerking kan komen voor vergoeding van morele schade, aan de andere kant heeft het Hof zich tot nu toe niet duidelijk over deze kwestie uitgelaten en vooralsnog geen bedrag toegekend als vergoeding voor de door een rechtspersoon geleden immateriële schade veroorzaakt door een schending van het verdrag. Mijns inziens zou het Hof in de toekomst helderheid over deze kwestie moeten verschaffen. Het Hof heeft terecht duidelijk gemaakt dat rechtspersonen, of zij nu uit zijn op het maken van winst of een ideëel doel nastreven, in aanmerking kunnen komen voor de vergoeding van materiële schade.

Naar mijn mening kan een organisatie met ideële doelstellingen in haar reputatie worden aangetast zonder dat sprake is van materiële schade. De immateriële schade kan bestaan in het feit dat de aantasting van de reputatie de verwezenlijking van de ideële doelstellingen van de organisatie, bijvoorbeeld op het terrein van de mensenrechten, bemoeilijkt. Vergoeding van deze immateriële schade is op haar plaats. Anders ligt dit met een commerciële onderneming. Ingeval de reputatie van een onderneming wordt aangetast zal de hieruit voortvloeiende schade materieel van aard zijn. Het lijkt me niet mogelijk dat een organisatie met winstoogmerk zuiver immateriële schade lijdt.

Hoofdstuk 5 gaat in op de materiële kwesties in verband met art. 50.

De meest voorkomende billijke genoegdoening die het Hof op grond van art. 50 toekent, is een financiële vergoeding. Dit geldbedrag kan betrekking hebben op materiële en immateriële schade alsmede op gemaakte kosten.

Daarnaast heeft het Hof in een groot aantal arresten volstaan met de vaststelling dat de constatering van een verdragsschending het slachtoffer voldoende billijke genoegdoening biedt in de zin van art. 50. Dergelijke declaratoire uitspraken hanteert

het Hof met name in geval van immateriële schade. Het Hof heeft erkend dat een declaratoire uitspraak de door de klager gemaakte kosten niet kan compenseren en het ligt voor de hand deze redenering ook door te trekken naar materiële schade. In het algemeen wordt niet of nauwelijks gemotiveerd waarom het Hof volstaat met de constatering van een verdragsschending. Mijns inziens dient het Hof zijn declaratoire uitspraken grondig te motiveren teneinde al te grote verschillen bij de kwestie van schadevergoeding op grond van art. 50 te voorkomen.

Voor het Hof staat voorop dat het slachtoffer van een verdragsschending zoveel mogelijk in de positie moet worden geplaatst waarin hij zou hebben verkeerd, indien de vereisten van het EVRM wel in acht zouden zijn genomen. Uit de jurisprudentie blijkt echter dat *restitutio in integrum* meestal onmogelijk is vanwege de aard van de schending of vanwege het feit dat het Hof bepaalde bevoegdheden mist. De schade kan dan enigszins worden goedgemaakt door de toekenning van een financiële genoegdoening.

In enkele arresten van het Hof heeft de zogenaamde symbolische schadevergoeding een rol gespeeld. Bij deze vorm van schadevergoeding gaat het meestal om een klein geldbedrag dat bij wijze van genoegdoening wordt betaald, zonder dat de werkelijk geleden schade wordt vergoed. In deze jurisprudentie is niet echt een lijn te ontdekken. Het Hof zou zich duidelijker moeten uitspreken over deze kwestie en een symbolische schadeclaim die verband houdende met de geconstateerde verdragsschending dienen toe te kennen.

Het staat vast dat het Hof geen 'cassatierechter' is: het heeft niet de bevoegdheid om met het verdrag strijdige wetgeving of maatregelen te vernietigen, noch de bevoegdheid om onherroepelijke uitspraken van nationale rechters te herzien. Evenmin is het Hof bevoegd de verdragsstaat in kwestie op te dragen bepaalde handelingen te verrichten. De verdragspartij heeft volgens constante jurisprudentie van het Hof de vrijheid op welke wijze zij aan haar verplichtingen ex art. 53 EVRM wil voldoen. Deze vrijheid is echter niet onbegrensd. Zo kan de nationale rechter zich niet verschuilen achter de inactiviteit van de wetgever bij de implementatie van een arrest van het EHRM. Opmerkelijk is een uitspraak tegen Griekenland waarin het Hof de overheid oplegt een zeer fors bedrag te betalen. Deze geldsom is gelijk aan het bedrag dat bij een nationaal arbitragevonnis is toegekend maar dat nooit aan de klager is betaald, aangezien het arbitragevonnis door latere wetgeving terzijde is geschoven. Het Hof draagt Griekenland derhalve op zich alsnog aan dit vonnis te houden en zet hiermee in feite nationale wetgeving opzij.

Het Hof kent geen 'punitive damages' toe. In Straatsburg hebben klagers dergelijke bedragen wel eens geclaimd, maar het Hof is er – vooralsnog – niet op ingegaan.

In de doctrine gaan veel stemmen op om het Hof ruimere bevoegdheden op grond van art. 50 toe te kennen. Een vergelijking met de praktijk onder de Amerikaanse Conventie voor de Rechten van de Mens leert, dat het Inter-Amerikaanse Hof voor

de Rechten van de Mens naast het toekennen van schadevergoeding ook nauwkeurig aangeeft welke stappen moeten worden ondernomen om de gevolgen van de verdragsschending – zoveel mogelijk – goed te maken. Het EHRM geeft niet aan hoe de aansprakelijke staat een einde aan de verdragsschending moet maken, het acht zich zelfs niet bevoegd aanbevelingen in die richting te doen.

Vanuit de positie van de individuele klager ligt het voor de hand om te pleiten voor een uitbreiding van de bevoegdheden van het Hof. Voor een in strijd met art. 6 EVRM veroordeelde klager komt een vernietiging van zijn strafrechtelijke veroordeling het dichtst in de buurt van een *restitutio in integrum*. Een klager wiens bezit is onteigend in strijd met art. 1 Protocol No. 1 heeft het meeste baat bij het terugkrijgen van zijn eigendom. Opmerkelijk is een recente uitspraak waarin het Hof heeft bepaald dat de Griekse overheid binnen zes maanden na het arrest van het Hof het ten onrechte onteigende land aan de klagers dient terug te geven.

Naar mijn mening zou het ten goede komen aan een effectieve bescherming van de in het verdrag neergelegde rechten, als het Hof na constatering van een verdragsschending zou aangeven welke stappen de verdragsstaat in kwestie zou moeten nemen om de gevolgen van deze inbreuk ongedaan te maken. Een en ander analoog aan de bevoegdheid van het Inter-Amerikaanse Hof voor de Rechten van de Mens op grond van art. 63 lid 1 ACRM en in overeenstemming met de geluiden uit de doctrine. Op deze manier kunnen toekomstige verdragsschendingen worden voorkomen. Een dergelijke ontwikkeling zou volledig in overeenstemming zijn met het doel van het verdrag, namelijk een effectieve bescherming van de rechten van de mens.

Het is denkbaar dat het Hof vooralsnog niet zo ver zou willen gaan, aangezien het politieke klimaat binnen de zich nog steeds uitbreidende Raad van Europa daar (nog) niet rijp voor is en het Hof te veel oppositie verwacht van de verdragsstaten tegen ruimere bevoegdheden van het Hof op grond van art. 50 EVRM. Mijns inziens is er echter op dit moment niets op tegen dat het Hof aanbevelingen doet aan de verdragsstaat in kwestie ten aanzien van door deze staat te nemen herstelmaatregelen. Op deze wijze wordt de aansprakelijke staat een leidraad verschaft waarmee veroordelingen in de toekomst kunnen worden voorkomen. Deze aanbevelingen hoeven de vrijheid van verdragsstaten ten aanzien van de keuze van middelen om aan het arrest van het Hof te voldoen niet te bijten.

Het slachtoffer van een verdragsschending kan materiële schade lijden. Zowel geleden verlies als gederfde winst komt in Straatsburg voor vergoeding in aanmerking. Een inbreuk op het verdrag kan het slachtoffer ook immateriële schade toebrengen. Dit nadeel kan zich in diverse vormen voordoen, bijvoorbeeld de onzekerheid waarin de klager gedurende lange tijd verkeert, aangezien zijn strafzaak in strijd met art. 6 EVRM niet binnen redelijke termijn wordt behandeld.

Een bijzondere schadepost die geregeld verschijnt in de jurisprudentie van het Hof is die van de 'loss of (real) opportunities'. Deze figuur speelt met name een rol

bij de inbreuk op procedurele garanties – in het bijzonder die van art. 6 lid 1 –, zowel in civiele procedures als in strafzaken. Een enkele keer is sprake van een 'loss of real opportunities' bij schending van een materieel recht, zoals het recht op eigendom van art. 1 Protocol No. 1 en de vrijheid van meningsuiting van art. 10.

De 'loss of (real) opportunities' heeft meestal betrekking op de mogelijkheid dat de procedure in kwestie anders had kunnen aflopen, indien de procedurele garanties van met name art. 6 wel waren in acht genomen. Het Hof houdt op deze manier rekening met een verlies van kansen, alhoewel het de vraag is of deze kansen volledig zouden zijn benut, indien de verdragsbepalingen in kwestie niet waren geschonden. Het mogelijke verlies is meestal materieel van aard. Een enkele keer heeft de 'loss of opportunities' betrekking op immateriële schade.

Volgens vaste jurisprudentie van het Hof dient de klager om voor vergoeding van kosten in aanmerking te komen, deze kosten te hebben gemaakt teneinde in de nationale rechtsorde de schending van het verdrag te voorkomen dan wel te herstellen en teneinde een schending van het verdrag door de Commissie en daarna het Hof te doen vaststellen of om schadevergoeding te verkrijgen. Bovendien moeten deze kosten daadwerkelijk en noodzakelijk zijn gemaakt en moet de hoogte ervan redelijk zijn.

Uit de jurisprudentie ten aanzien van art. 50 blijkt dat het Hof het bestaan van een causaal verband eist tussen de gestelde schade en de geconstateerde verdragsschending. De causaliteitsvraag speelt met name een rol bij materiële schade. In een aantal zaken heeft het Hof de materiële schadeclaim van de klager afgewezen, aangezien het niet kan speculeren over de vraag of de nationale procedure anders zou zijn afgelopen bij het wel in acht nemen van de vereisten van het EVRM. Via de figuur van de 'loss of opportunities' kan het Hof rekening houden met de problemen van de klager om aan te tonen dat hij beter uit zou zijn geweest, indien de garanties van het EVRM wel in acht waren genomen. Bij claims voor vergoeding van immateriële schade treedt de vraag naar het bestaan van causaal verband minder op de voorgrond. Enerzijds overweegt het Hof regelmatig dat de klager ongetwijfeld immateriële schade heeft geleden en kent schadevergoeding toe of volstaat met een declaratoire uitspraak. Anderzijds laat het Hof vaak in het midden of de klager immateriële schade heeft geleden en overweegt het dat de constatering van een verdragsschending hem voldoende billijke genoegdoening oplevert in de zin van art. 50.

De kwestie van eigen schuld speelt geen grote rol in de jurisprudentie van het Hof ten aanzien van art. 50. Het Hof heeft in een uitspraak bij de toekenning van schadevergoeding rekening gehouden met het feit dat de klager ook een bijdrage heeft geleverd aan de lengte van de procedure, die leidde tot de overschrijding van de redelijke termijn uit art. 6 EVRM. Opmerkelijk is een arrest tegen het Verenigd Koninkrijk, waarin het Hof de schadeclaim van de nabestaanden van IRA-verdachten afwijst met de motivering dat de slachtoffers van plan waren een bom op Gibraltar te plaatsen.

Het Hof zal de schade in principe op precieze wijze berekenen, zodat het slachtoffer zoveel mogelijk in de positie wordt geplaatst waarin hij zou verkeren als de verdragsinbreuk niet had plaatsgevonden. De materiële schade laat zich in het algemeen op precieze wijze berekenen, bijvoorbeeld de schade veroorzaakt door een boete die de klager in strijd met het verdrag heeft moeten betalen. In de praktijk van het Hof gaat het echter vaak om immateriële schade die zich naar haar aard niet precies laat berekenen. De billijkheid van art. 50 speelt niet alleen een rol bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding voor immateriële schade maar evenzeer bij materiële schade. De houding van het Hof ten aanzien van de wijze van schadeberekening blijft onduidelijk, aangezien het Hof vaak één globale som toekent voor zowel materiële als immateriële schade. Het zou in overeenstemming zijn met het doel van art. 50, namelijk het slachtoffer zoveel mogelijk in de positie te brengen waarin hij zou hebben verkeerd als de vereisten van het EVRM wel in acht waren genomen, als het Hof de schade op concrete, subjectieve wijze zou berekenen.

De kwestie van toekenning van rente komt aan de orde bij de claim tot vergoeding van materiële schade en bij het door het Hof toegekende schadebedrag.

Het Hof heeft tot nu toe wisselend gereageerd op claims voor de toekenning van rente op door het slachtoffer geleden materiële schade. Het zou een goede zaak zijn als het Hof vergoeding van rente toekent op de door de inbreuk op het EVRM veroorzaakte materiële schade. Op deze wijze ontvangt het slachtoffer immers een compensatie die zoveel mogelijk in de buurt komt van een *restitutio in integrum*.

De claim van toekenning van rente op het door het Hof toegekende bedrag heeft het Hof duidelijker beantwoord. Sinds 1 januari 1996 bepaalt het Hof in zijn uitspraak dat over het op grond van art. 50 toegekende bedrag rente is verschuldigd, indien dit bedrag niet binnen drie maanden na de uitspraak van het Hof is betaald. De rente wordt berekend naar de op de datum van de uitspraak in de veroordeelde staat geldende wettelijke rentetarieven. Een en ander is een prima stok achter de deur voor de veroordeelde staat om zo snel mogelijk aan zijn schadevergoedingsverplichting te voldoen.

In Hoofdstuk 6 is enerzijds gebleken dat een schending van het EVRM niet automatisch leidt tot schadevergoeding en anderzijds, dat in beginsel iedere schending van de in het verdrag of zijn Protocollen opgenomen rechten en vrijheden kan leiden tot de toekenning van schadevergoeding door het Hof op grond van art. 50 EVRM.

Bij een vrijheidsberoving in strijd met de vereisten van art. 5 lid 1 maakt de aard van de schending het volgens het Hof onmogelijk dat *restitutio in integrum* plaatsvindt. In een aantal arresten heeft het Hof een schending van art. 5 lid 1 geconstateerd en schadevergoeding toegekend, waar het in enkele andere uitspraken heeft volstaan met de vaststelling dat de constatering van deze verdragsschending voldoende billijke genoegdoening is in de zin van art. 50. De door de schending van art. 5 lid 3 veroorzaakte materiële schade is volgens het Hof vaak goedgemaakt door de aftrek

van de in voorlopige hechtenis doorgebrachte tijd van de uiteindelijk opgelegde straf. Bij inbreuk op de garantie van art. 5 lid 4 heeft het Hof een keer gebruik gemaakt van de figuur van de 'loss of opportunities' en een geldbedrag toegekend. Een enkele keer heeft het Hof een vergoeding van immateriële schade toegekend bij inbreuken op de leden 3 en 4 van art. 5 en vele malen heeft het Hof volstaan met een declaratoire uitspraak in dit verband. Een inbreuk op art. 5 lid 5 heeft vooralsnog niet geleid tot een toekenning van schadevergoeding, maar slechts tot declaratoire uitspraken van het Hof.

In de lijn van geluiden in de doctrine en een 'dissenting opinion' van rechter PINHEIRO FARINHA meen ik dat een slachtoffer van een inbreuk op een van de vereisten van art. 5 in beginsel op grond van lid 5 van dit artikel voor schadevergoeding in aanmerking komt. Deze schending veroorzaakt op zichzelf enige morele schade bij het slachtoffer. Op de aansprakelijke regering rust de bewijslast om aan te tonen, dat het in casu om zeer geringe schade gaat, waarvoor geen financiële compensatie op haar plaats is. Bovendien zou het Hof bij het ontbreken van de garanties van art. 5 lid 4 consequenter gebruik dienen te maken van de figuur van de 'loss of opportunities'.

Het overgrote deel van de declaratoire uitspraken van het Hof betreft de vaststelling van een schending van procedurele verdragsrechten, met name van art. 6 lid 1. Bij overschrijding van de redelijke termijn in strafzaken of civiele procedures is het Hof meestal scheutig met het toekennen van financiële compensaties. Bij andere inbreuken op de vereisten van art. 6 lid 1, zoals de openbare behandeling door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie, bedient het Hof zich regelmatig van declaratoire uitspraken. Dit is ook het geval bij andere onderdelen van art. 6, zoals het recht op bijstand van een advocaat en het recht op een adequate voorbereiding van de verdediging.

Bij de schending van het recht op een adequate toegang tot de rechter heeft het Hof geregeld bedragen toegekend voor de door de klager geleden immateriële schade. De materiële schadeclaim wijst het Hof in de meeste gevallen af vanwege het ontbreken van een causaal verband met de schending van art. 6 lid 1.

De schending van de vereisten van een 'fair hearing' in een strafprocedure heeft geregeld geleid tot financiële vergoedingen door het Hof, zowel voor 'loss of opportunities' als voor immateriële schade. In enkele zaken heeft het Hof volstaan met de vaststelling van de inbreuk op deze vereisten als voldoende genoegdoening. De immateriële schade veroorzaakt door het niet in acht nemen van de vereisten van een eerlijke behandeling in een civiele procedure acht het Hof meestal goedgemaakt door de constatering van een schending van art. 6, terwijl het ook een keer een financiële vergoeding heeft toegekend. De materiële schadeclaim heeft het Hof meestal afgewezen wegens het ontbreken van een voldoende causaal verband.

Op de schending van de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 heeft het Hof bij de toepassing van art. 50 in drie zaken verschillend gereageerd: declaratoire uitspraak,

afwijzing schadeclaim wegens ontbreken causaal verband en toekenning van één geldbedrag voor de geleden materiële en immateriële schade.

De schending van het recht op bijstand van een advocaat in een strafprocedure heeft het Hof meestal beantwoord met een declaratoire uitspraak, maar het heeft ook een aantal keren de hierdoor geleden immateriële schade financieel gehonoreerd. De inbreuk op het recht van een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld om de getuigen à charge te (doen) ondervragen, zoals vastgelegd in art. 6 lid 3(d), heeft het Hof wat betreft art. 50 op verschillende manieren afgedaan: vergoedingen voor materiële en/of immateriële schade, vergoeding van 'loss of real opportunities', declaratoire uitspraken en afwijzingen van schadeclaims. Opmerkelijk is dat het Hof in twee zaken een vergoeding van 'loss of real opportunities' heeft toegekend, terwijl het in een vergelijkbare zaak heeft volstaan met de constatering van een verdragsschending als voldoende genoegdoening.

Bij schending van een procedurele garantie, zowel in civiele als in strafzaken, heeft het Hof enkele keren de kwestie van art. 50 aangehouden met het oog op nationale herstelmogelijkheden. In twee gevallen heeft dat geleid tot heropening van de nationale procedure en het slachtoffer een resultaat gebracht dat in de buurt komt van een *restitutio in integrum*. Een en ander lijkt me een goede gang van zaken voor zover het de materiële schadeclaim betreft en mits deze nationale herstelmogelijkheid niet te lang op zich laat wachten. In een zaak liet het nationale herstel te lang op zich wachten en heeft het Hof na ruim vijf jaar de kwestie van art. 50 afgedaan. Het Hof dient in een dergelijk geval de zaak zelf weer ter hand te nemen, aangezien anders moeilijk kan worden gesproken van een effectieve mensenrechtenbescherming. De mogelijkheid van nationaal herstel biedt mijns inziens geen soelaas voor de door de klager geleden immateriële schade. Het is in overeenstemming met het doel van het verdrag, namelijk een effectieve mensenrechtenbescherming, dat het Hof deze kwestie zelf afdoet en niet te gemakkelijk volstaat met de constatering van een verdragsschending als voldoende billijke genoegdoening in de zin van art. 50 EVRM.

Bij inbreuk op het recht op privéleven uit art. 8 heeft het Hof een aantal keren een vergoeding voor de geleden immateriële schade toegekend en een aantal keren volstaan met een declaratoire uitspraken. Schendingen van het recht op gezinsleven in de zin van art. 8 hebben op het terrein van kinderbeschermingsmaatregelen en omgang in het algemeen geleid tot vergoeding van morele schade. Op het terrein van adoptie en erkenning alsmede op het gebied van het vreemdelingenbeleid heeft het Hof afwisselend vergoeding van immateriële schade toegekend en volstaan met de constatering van een schending van art. 8 als voldoende genoegdoening. Bij het onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen heeft het Hof twee keer volstaan met een declaratoire uitspraak en een keer vergoeding van materiële schade toegekend.

Bij schending van de vrijheid van meningsuiting ex art. 10 leidt de inbreuk in het algemeen niet tot vergoeding van immateriële schade. In een groot deel van zijn uitspraken betreffende art. 10 heeft het Hof volstaan met de constatering van een

verdragsschending en een enkele keer heeft het de materiële schadeclaim van de klager toegekend, met name in verband met een ten onrechte betaalde boete.

Ook bij inbreuken op andere rechten uit het EVRM of de Protocollen heeft het Hof vergoeding van immateriële en/of materiële schade toegekend en ook wel volstaan met declaratoire uitspraken.

Uit de inventarisatie van de jurisprudentie zijn in het algemeen geen vaste regels of standaarden met betrekking tot de (hoogte van de) toekenning van schadevergoeding af te leiden. Een uitzondering vormen de tegen Frankrijk aangespannen zaken door met het HIV-virus besmette hemofiliepatiënten. De door de overschrijding van de redelijke termijn van art. 6 EVRM veroorzaakte immateriële schade begroot het Hof op 150.000 of 200.000 FF.

In de rechtspraak van het Hof op grond van art. 50 EVRM zijn veeleer bepaalde tendensen te signaleren. Zo valt op dat het Hof geregeld financiële vergoedingen toekent voor geleden immateriële schade, met name bij schending van procedurele rechten, zoals de overschrijding van de redelijke termijn uit art. 6 EVRM.

Uit de jurisprudentie blijkt eveneens dat het Hof vaak volstaat met de constatering van een verdragsschending als voldoende billijke genoegdoening in de zin van art. 50 voor de geleden immateriële schade. Het is de vraag of er in alle declaratoire uitspraken eigenlijk wel sprake was van een zo lichte verdragsinbreuk en geringe schade, dat een financiële compensatie niet op haar plaats was. Daarnaast heeft het Hof in enige zaken van onrechtmatige vrijheidsberoving de constatering van een schending van art. 5 voldoende genoegdoening geacht. In enkele zaken betreffende beperkingen op de correspondentie van gevangenen kent het Hof geen financiële compensatie toe en volstaat het met de vaststelling van een inbreuk op art. 8. De inbreuk op de vrijheid van meningsuiting heeft ook enige keren tot declaratoire uitspraken van het Hof geleid.

Bij bepaalde inbreuken op procedurele garanties is voorstelbaar dat het Hof de zaak zelf afdoet en op deze wijze een *restitutio in integrum* verschaft. In een dergelijk geval ligt het voor de hand dat het Hof volstaat met de constatering dat zijn uitspraak voldoende genoegdoening biedt in de zin van art. 50 EVRM.

Indien het gaat om een gering procedureel verzuim, waardoor het slachtoffer slechts weinig schade heeft geleden, kan mijns inziens het arrest van het Hof voldoende genoegdoening geven. Het Hof zal echter wel grondig moeten onderzoeken wat voor schade – materieel en/of immaterieel – het slachtoffer heeft geleden en niet te snel moeten concluderen dat de schade slechts gering is. Het Hof dient naar mijn mening geen declaratoire uitspraken doen, terwijl het in het midden laat of het slachtoffer immateriële schade heeft geleden. Het zou beter zijn als het Hof zich ervan vergewist of dergelijke schade is geleden en als dit het geval is of deze schade zo groot is dat zij een financiële vergoeding rechtvaardigt.

De huidige praktijk van het Hof om geregeld zonder motivering te overwegen dat de constatering van de verdragsschending, in de omstandigheden van het geval, het slachtoffer voldoende billijke genoegdoening biedt in de zin van art. 50 EVRM komt mijns inziens in strijd met art. 51 lid 1 EVRM, dat eist dat de uitspraak van het Hof met redenen wordt omkleed. Bovendien handelt het Hof niet in de geest van de motiveringsvereisten, zoals het die zelf in art. 6 EVRM heeft gelezen.

In het slotdeel wordt een vergelijking gemaakt tussen schadevergoeding op grond van het EVRM en volgens Nederlands recht en worden de herstelmogelijkheden naar Nederlands recht onderzocht, nadat het EHRM een verdragsschending heeft geconstateerd.

Hoofdstuk 7 begint met een korte beschrijving van het systeem van doorwerking van internationaal recht in de Nederlandse rechtsorde. Bij deze beschrijving ligt de nadruk op het EVRM en in het bijzonder de resoluties van het Comité van Ministers van de Raad van Europa en de arresten van het EHRM. De rest van het hoofdstuk staat in het teken van de vergelijking van het Straatsburgse en het Nederlandse schadevergoedingsrecht terzake van schending van mensenrechten.

In hoofdstuk 6 is gebleken dat het EHRM zich in het algemeen bevoegd acht om op grond van art. 50 EVRM schadevergoeding toe te kennen na constatering van een schending van (een van) de rechten of vrijheden uit het verdrag of van zijn Protocollen. Hoofdstuk 6 toont aan dat het Hof echter een zeer wisselend gebruik van deze bevoegdheid maakt door naast het toekennen van schadevergoeding ook regelmatig te volstaan met de constatering van een verdragsschending als voldoende genoegdoening of door de schadeclaim af te wijzen.

Opvallend is dat het EHRM op grond van art. 50 EVRM in het algemeen vrijgeviger is met het toekennen van vergoedingen voor immateriële schade bij schending van mensenrechten dan de Nederlandse rechter. In het bijzonder bij de vergoeding van morele schade bij de inbreuk op procedurele rechten, zoals vastgelegd in art. 6 EVRM, blijft 'Nederland' vooralsnog achter bij 'Straatsburg'. Naar Nederlands recht dient de vergoeding van immateriële schade onder art. 6:106 BW gebracht te worden.

Mijn voorstel is om de Nederlandse rechtspraktijk terzake van vergoeding van immateriële schade bij schending van procedurele mensenrechten te verruimen. Deze uitbreiding doet recht aan de Straatsburgse praktijk en op deze wijze wordt het slachtoffer van een schending van het EVRM een effectieve mensenrechtenbescherming geboden, de belangrijkste doelstelling van het EVRM. Voor deze verruiming is geen wetswijziging vereist, maar een en ander kan plaatsvinden door de zinsnede 'of op andere wijze in zijn persoon is aangetast' uit art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW ruimer uit te leggen. Dit betekent onder meer dat de Hoge Raad zijn restrictieve jurisprudentie inzake aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak dient te verruimen.

Het Nederlandse recht biedt minder mogelijkheden voor vergoeding van immateriële schade aan nabestaanden van een slachtoffer van een schending van art. 2 EVRM dan Straatsburg. Het verdient mijns inziens aanbeveling dat de wetgever art. 6:108 BW in die zin aanpast, dat de nabestaanden van een persoon die tengevolge van een onrechtmatige daad is overleden tevens in aanmerking kunnen komen voor vergoeding van immateriële schade.

Bij schending van een van de vereisten van art. 5 EVRM heeft het slachtoffer op grond van lid 5 van dit artikel recht op schadevergoeding. Een vrijheidsberoving in strijd met art. 5 EVRM bezorgt hem op zichzelf enige immateriële schade. In beginsel moet het slachtoffer zijn schade stellen en bewijzen. In het bijzonder bij immateriële schade kan dit moeilijkheden opleveren. De billijkheid brengt dan met zich dat de overheid moet aantonen dat in casu zeer geringe immateriële schade is geleden, zodat een vergoeding niet op haar plaats is.

Met deze bewijsproblemen in verband met het bestaan van immateriële schade, zal de rechter ook rekening moeten houden bij schending van andere rechten uit het EVRM. De billijkheid brengt met zich dat de overheid moet aantonen, of beter gezegd moet 'beargumenteren', dat deze schade niet bestaat of zo gering is dat zij niet voor vergoeding in aanmerking komt.

Uit de Straatsburgse jurisprudentie volgt dat art. 6 lid 2 EVRM, de onschuldpresumptie, de gewezen verdachte geen recht op schadevergoeding geeft voor een in overeenstemming met art. 5 EVRM ondergane hechtenis. In het algemeen zal de Nederlandse regeling van de artikelen 89 e.v. Sv, waarin de toekenning van schadevergoeding wordt overgelaten aan het billijkheidsoordeel van de rechter, voor dergelijke gevallen voldoen. Wel zal de rechter bij de afwijzing van de schadevergoedingsclaim zeer behoedzaam en grondig dienen te motiveren teneinde niet in strijd te komen met het vermoeden van onschuld uit art. 6 lid 2. Mijns inziens dient de regeling van de artikelen 89 e.v. Sv te worden uitgebreid naar andere dwangmiddelen, zoals huiszoekingen en telefoontaps. Het betreft hier immers eveneens ernstige inbreuken op de persoonlijke levenssfeer. In dit verband kan aansluiting worden gezocht bij een aanbeveling van een werkgroep van de *Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak* om één eenvoudige rechtsgang in het leven te roepen voor een ieder die schade lijdt door een dwangmiddel of anderszins bij opsporing en vervolging van strafbare feiten en aan wie terzake geen straf of maatregel wordt opgelegd. De werkgroep pleit ervoor het billijkheidscriterium van art. 90 lid 2 Sv te vervangen door een recht op volledige vergoeding, tenzij de schade redelijkerwijs geheel of gedeeltelijk voor rekening van verzoeker dient te blijven.

Bij schending van het recht op privéleven uit art. 8 is de eis die de Hoge Raad stelt voor de vergoeding van immateriële schade, namelijk dat het dient te gaan om een ernstige aantasting van de persoonlijke levenssfeer, te streng. De Straatsburgse jurisprudentie leert dat iedere schending van art. 8 kan leiden tot schadevergoeding.

Dit betekent dat de 'aantasting van de persoon op andere wijze' uit art. 6:106 lid 1 onder b ook op dit terrein ruim uitgelegd moet worden.

Bij schending van procedurele rechten heeft het Hof gebruik gemaakt van de figuur van de 'loss of opportunities'. Op deze manier kan het Hof rekening houden met de problemen van het slachtoffer om aan te tonen dat de nationale procedure gunstiger voor hem zou zijn afgelopen, indien de vereisten van art. 6 EVRM wel in acht waren genomen. De Nederlandse rechtspraak inzake 'het verlies van een kans' om een procedure winnend af te sluiten is vooralsnog schaars en wisselend. De Straatsburgse zaken waarin het Hof financiële vergoedingen heeft toegekend voor het door inbreuk op de vereisten van art. 6 EVRM geleden 'loss of opportunities' vormen een goede leidraad voor de Nederlandse rechtspraak ten aanzien van het verlies van een kans. Een ruimhartige toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans in geval in een procedure de garanties van het EVRM niet in acht zijn genomen, bevordert een effectieve mensenrechtenbescherming. Op deze manier kan tegemoet worden gekomen aan de problemen van het slachtoffer om aan te tonen dat de nationale procedure gunstig voor hem zou zijn verlopen, indien het EVRM niet was geschonden. Met deze problemen houdt de 'alles of niets'-methode geen rekening.

Bij toekenningen op grond van art. 50 EVRM speelt de billijkheid een belangrijke rol. Ook de Nederlandse schadevergoedingsbepalingen bevatten verwijzingen naar de billijkheid, zoals art. 89 Sv en art. 6:106 BW. Vooral bij immateriële schade laat de hoogte van het geleden nadeel zich moeilijk vaststellen. De billijkheid geeft de rechter in het algemeen een grote mate van vrijheid bij de bepaling van de hoogte van de toe te kennen vergoeding. Deze vrijheid is echter naar mijn mening niet onbeperkt, aangezien zij niet tot willekeur mag leiden. Enige standaardisering is op haar plaats teneinde al te grote verschillen en daarmee rechtsongelijkheid te voorkomen. Zo lijkt het me een goede zaak om in geval van een vrijheidsberoving in strijd met art. 5 EVRM een bepaald tarief per dag van onrechtmatige detentie te hanteren, waar in bijzondere gevallen van kan worden afgeweken. Het is mijns inziens een taak voor de wetgever een dergelijke tarifering tot stand te brengen.

De Nederlandse rechter doet er goed aan rekening te houden met de ruime bevoegdheid van het Hof om op grond van art. 50 EVRM schadevergoeding toe te kennen, teneinde te voorkomen dat hij in de toekomst door het EHRM terecht wordt gewezen. Bovendien dient te worden opgemerkt dat de Nederlandse rechter in de geest van de voorrangsregel van art. 60 EVRM verder mag gaan dan het EHRM. Een recente uitspraak van de Hoge Raad, waarin wordt aangesloten bij de praktijk van het EHRM om te volstaan met de constatering van een schending als voldoende genoegdoening, wijs ik dan ook af. Een ruimhartig schadevergoedingsbeleid van de Nederlandse rechter is in het belang van een effectieve mensenrechtenbescherming en voorkomt dat Neder-

land in Straatsburg tegen een veroordeling aanloopt, indien het EHRM in een bepaald geval van zijn ruime competentie op grond van art. 50 EVRM gebruik maakt waar het dat tot die tijd niet deed. Het slachtoffer krijgt op deze manier een effectief rechtsmiddel voor een nationale instantie in de zin van art. 13 EVRM. De lange weg naar Straatsburg wordt hem bespaard, hetgeen uit proceseconomische overwegingen gunstig is, zowel voor het slachtoffer als voor de staat.

Na een uitspraak van het EHRM waarin het een schending van het EVRM heeft geconstateerd, doet zich de vraag voor naar de nationale herstelmogelijkheden. Deze kwestie, die wordt behandeld in hoofdstuk 8, speelt met name indien het Hof de schadeclaim van de klager heeft afgewezen of heeft volstaan met de uitspraak dat de constatering van een inbreuk op een verdragsrecht voldoende genoegdoening is in de zin van art. 50 EVRM. In de eerste plaats kan worden gedacht aan een actie uit onrechtmatige daad op grond van art. 6:162 BW bij de burgerlijke rechter. In de tweede plaats aan de mogelijkheid om de nationale procedure te heropenen naar aanleiding van een veroordelend vonnis van het EHRM.

Naar mijn mening dienen klagers, die door het Hof in het gelijk zijn gesteld maar geen schadevergoeding hebben gekregen, de mogelijkheid te hebben om een actie uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) tegen de staat voor de Nederlandse rechter in te stellen, teneinde de door de schending van het EVRM veroorzaakte schade vergoed te krijgen. Zolang de praktijk van het Hof blijft bestaan dat afwijzingen van schadeclaims niet of nauwelijks worden gemotiveerd, dient de deur naar de Nederlandse burgerlijke rechter open te staan. De schadevergoedingsprocedure in Straatsburg is immers vooralsnog niet met voldoende waarborgen omkleed.

Ook voor personen in een vergelijkbare positie als de door het EHRM in het gelijk gestelde klager, zou naar mijn mening een actie uit onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter open moeten staan. Het moet dan wel evident zijn dat het een identiek geval betreft en dat er geen twijfel over mogelijk is dat het EHRM in casu tot een zelfde oordeel zal komen.

Geconcludeerd is dat naar de huidige stand van de wetgeving, de jurisprudentie en de doctrine een veroordelend vonnis uit Straatsburg geen grond is voor heropening van de nationale procedure, in civiele -, bestuursrechtelijke - en in strafzaken. Voor de in Straatsburg succesvolle klagers dient mijns inziens onder bepaalde voorwaarden de mogelijkheid te bestaan om heropening te vragen van de nationale procedure waarin de vereisten van het EVRM niet in acht zijn genomen. Het EVRM verplicht hier weliswaar niet toe, maar het zou ten goede komen aan een effectieve mensenrechtenbescherming als een dergelijke herzieningsmogelijkheid in het nationale recht openstaat. Het staat iedere verdragspartij vrij om in lijn met het in art. 60 EVRM neergelegde beginsel het individu meer bescherming te bieden dan waar het verdrag strikt toe noopt.

De mogelijkheid om een nationale procedure naar aanleiding van een Straatsburgse veroordeling te heropenen, dient open te staan in strafzaken, bestuursrechtelijke gedingen en in civiele procedures voorzover de staat daarin partij is. Een verzoek om herziening dient te worden afgewezen, indien hierdoor in belangrijke mate belangen van derden zouden worden geschonden.

Het rechtsmiddel van herziening dient verder slechts open te staan voor personen in een identieke zaak als de in Straatsburg succesvolle klager, onder voorwaarde dat deze personen zelf een klacht bij de Europese Commissie hebben ingediend of nog kunnen indienen. Het gaat hier om personen die direct zijn betrokken bij de zaak van de in Straatsburg in het gelijk gestelde klager. Een verdere uitbreiding naar personen in een vergelijkbare positie acht ik niet op haar plaats, aangezien dan het gevaar dreigt van een stortvloed aan heropende zaken en de rechtszekerheid hiermee in het geding komt. Voor deze personen kan een actie uit onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter enige pleister op de wonde bieden. Ook is denkbaar dat (nog) een klacht in Straatsburg kan worden ingediend. In zeer schrijnende gevallen zou de wetgever uit humanitaire overwegingen kunnen optreden en voor deze personen een mogelijkheid kunnen scheppen van een hernieuwde rechterlijke beoordeling van hun zaak.

In hoofdlijnen komen mijn aanbevelingen naar aanleiding van dit onderzoek op het volgende neer.

I STRAATSBURG

1. Het Hof dient meer lijn te brengen in zijn schadevergoedingsbeslissingen op grond van art. 50 EVRM. Het Hof zou in vergelijkbare zaken vergelijkbare beslissingen moeten nemen, bijvoorbeeld inzake de vergoeding van 'loss of opportunities'. In het bijzonder dient het Hof te motiveren waarom het een schadeclaim afwijst of waarom het volstaat met de constatering van een verdragsschending als voldoende billijke genoegdoening in de zin van art. 50. Op deze manier kan de procedure onder art. 50 uitgroeien tot een volwaardige schadevergoedingsprocedure, waarin de vereisten van art. 6 EVRM in acht worden genomen.

2. Het Hof zou tenminste aanbevelingen moeten doen over de door de aansprakelijke staat te nemen herstelmaatregelen. Op deze manier kan *restitutio in integrum* zoveel mogelijk worden benaderd en kunnen verdragsschendingen in de toekomst worden voorkomen. In dit verband kan de praktijk van het Mensenrechtencomité van de VN en het Inter-Amerikaanse Hof voor de Rechten van de Mens als voorbeeld dienen.

II **NEDERLAND**

1. In de lijn van de Straatsburgse jurisprudentie dient de Nederlandse rechtspraktijk terzake van vergoeding van immateriële schade te worden verruimd. Een en ander kan worden gerealiseerd via een ruime uitleg van de zinsnede 'of op andere wijze in de persoon is aangetast' uit art. 6:106 BW. Hierbij valt in het bijzonder te denken aan schending van procedurele mensenrechten, zoals vastgelegd in art. 6 EVRM.

2. In het Nederlandse recht dient een herzieningsmogelijkheid in het leven te worden geroepen naar aanleiding van een veroordelend vonnis van het EHRM. Indien dit Hof van oordeel is dat in een nationale procedure de vereisten van het EVRM niet in acht zijn genomen, dient de in Straatsburg in het gelijk gestelde klager om heropening van deze nationale procedure te kunnen vragen. Op deze wijze kan hij een resultaat bereiken dat dicht in de buurt komt van een *restitutio in integrum*, bijvoorbeeld vernietiging van zijn strafrechtelijke veroordeling. Deze herzieningsmogelijkheid dient open te staan in alle strafzaken. Voor civiele en bestuursrechtelijke procedures geldt de beperking dat er geen belangen van derden bij betrokken zijn.

3. Zolang de Straatsburgse schadevergoedingsprocedure niet met voldoende waarborgen is omkleed (zie I), dient voor het slachtoffer na een succesvolle procedure in Straatsburg de weg naar de burgerlijke rechter met een actie uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) open te staan.

SUMMARY AND RECOMMENDATIONS

In the course of this century the sovereignty of the state has lost importance in favour of individual citizens, both at the national and the international level. In the Netherlands it is generally accepted that the government can be sued by a citizen for having committed a tort according to the Civil Code. At the international level, individual persons have gradually obtained a position in international law, especially as a result of the conception of various human rights treaties after World War II. Within the framework of the European Convention on Human Rights (ECHR) individual persons have the possibility to sue state parties before the European Commission and the European Court of Human Rights. If the Court finally finds a violation of the Convention, it can afford 'just satisfaction' to the injured party according to Article 50 ECHR, which must be given by the responsible state. The present research provides a systematic inventory and analysis of the voluminous case-law of the Court on Article 50. Various questions are dealt with, such as: when does the Court afford just satisfaction and what kinds of satisfaction does it award?

With the results of this inventory a comparison is made between the law of damages in Strasbourg and in the Netherlands. Some conclusions are drawn for Dutch practice in this field. An answer is sought to the question: to what extent do the ECHR and the case-law of the European Court of Human Rights on Article 50 give rise to adaptation of Dutch legal practice in the field of compensation for violations of human rights committed by the government? In the present research emphasis is placed on compensation for non-pecuniary damage.

The general part of this book (Chapters 2 and 3) deals with compensation in Dutch law, in public international law, and compensation based on the ECHR and other human rights treaties.

Chapter 2 summarizes the law of damages in the Netherlands. The major objective is the compensation of damage. Dutch law provides for various possibilities of compensation. Apart from the general provision in the Civil Code, there are special provisions for persons whose freedom has unlawfully been taken away by the government.

It is striking that Dutch practice with regard to compensation for non-material damage is -apart from cases of physical injury- very conservative. Interferences with privacy have sometimes led to compensation for non-material damage. Compensation for non-pecuniary damage in case of violation of procedural rights has been rare until now. There have been some awards for psychiatric patients who did not have the assistance of a lawyer in the procedure which led to their forced confinement.

Chapter 3 deals with compensation in public international law. The main principle states that violation of an international duty entails the obligation to provide for

reparation in an adequate form. *Restitutio in integrum* (generally defined as the reparation of the situation which existed prior to the committing of the tort) prevails and, if this is not possible, a financial compensation must be paid. International practice shows that *restitutio in integrum* is exceptional and that financial compensation is the most common remedy.

The traditional conception that only states are subject of international law is no longer tenable after developments in the field of human rights after World War II. For example, the individual claiming to be a victim of a violation of the ECHR has obtained under certain conditions a standing before the European Commission and European Court of Human Rights in Strasbourg.

The main features of the procedure before the European Commission of Human Rights are described. Particular attention is paid to friendly settlements after mediation by the Commission, in which the state in question binds itself to a certain action. Generally this will be payment of a certain amount of money, but other measures are also possible. These non-pecuniary measures, such as the issue of a residence permit, come very close to a *restitutio in integrum*. No general conclusions can be drawn from the settlements regarding the relevant criteria which play a role in affording compensation for violations of human rights. Some settlements show the authority of the judgments of the Court as criteria from similar cases have been adopted in awarding compensation. The Commission proposes the amount of the satisfaction to be afforded to the organ which decides whether the Convention has been violated or not. Apparently, in these secret propositions the awards of the Court in similar cases are followed.

The Committee of Ministers of the Council of Europe plays an unusual role in the supervision of the ECHR. If an application declared admissible by the Commission is not referred to the Court, the Committee of Ministers takes the final decision on the question of violation of the Convention. It is remarkable that a political body is conferred with judicial tasks. If the Committee finds a violation, it can afford a just satisfaction. With the Eleventh Protocol taking effect, this judicial task of the Committee will vanish, including its competence of affording compensation. The Committee keeps its task in supervising the execution of the judgments of the Court. The main features of the procedure before the Court are also described in Chapter 3.

Article 5 paragraph 5 ECHR gives the victim of a violation of the remaining requirements of this article, an enforceable right to compensation. It is unclear why the drafters of the Convention thought that a separate provision for compensation in case of unlawful detention would be necessary.

Article 50 ECHR finds its origin in comparable provisions in international arbitration conventions, which originated predominantly in the 1920's. In contrast to these conventions, the 'just satisfaction' according to Article 50 ECHR is – usually – afforded to an individual and not to a state. From the text of Article 50 appears the subsidiarity of the compensation to be given. If the Court finds a violation of the

Convention and if the internal law of the state in question allows only partial reparation to be made for the consequences of this violation, only then it can afford just satisfaction. But from its early case-law it appears that the Court has a broad view of its competence under Article 50. The Court does not pose very strict requirements to the condition of the impossibility of national reparation and it feels free to afford compensation whenever an applicant presents a claim.

In the drafting of the Convention, opinions differed concerning the jurisdiction of the Court. A proposition to give the Court the power to quash national decisions did not obtain a majority. It was thought that Article 50 in its present form corresponded to the international law concerning the violation by a state of an international obligation. In Protocol No. 11 the text of Article 50 will be formulated in more simple terms (in Article 41), but no changes in content are meant by this.

Article 3 of the Seventh Protocol gives a person who suffered damage because of a miscarriage of justice, under certain circumstances, a right to compensation. In contrast to the right to compensation in Article 5 paragraph 5 ECHR, the right to compensation in Article 3 Protocol No. 7 does not require the violation of the Convention.

Finally, some attention in this chapter is paid to compensation for violation of other human rights treaties. The Human Rights Committee, which supervises the observation of the UN Covenant on Civil and Political Rights, cannot give a binding judgment on whether the Covenant has been violated, nor on the measures of reparation to be taken. The Human Rights Committee does make recommendations on the measures of reparation to be taken, such as financial compensation, compensation in other form (for example immediate release) or amendment of the law. Like the Human Rights Committee, the Committee which supervises the observation of the Convention on the Elimination of Racial Discrimination (CERD) does not have the power to award compensation but it can recommend 'adequate compensation'. Unlike the Human Rights Committee and the CERD, the American Convention on Human Rights explicitly gives the Inter-American Court of Human Rights the competence to give compensation after having found a violation of the Convention.

The more specific part contains the inventory and analysis of the Strasbourg case-law on Article 50.

Procedural matters regarding Article 50 are dealt with in Chapter 4. The position of the individual applicant in the procedure before the Court has gone through a remarkable development. With the Ninth Protocol taking effect the individual applicant has even obtained, under certain conditions, *locus standi* before the Court. Individual plaintiffs can refer their application to the Court when declared admissible by the Commission. If the application is referred to the Court only by the individual applicant, a 'screening panel' of three judges decides whether or not the case will be

dealt with by the Court. Despite this restriction, the individual applicant has obtained a standing before the Court, a development which the drafters did not foresee in 1950.

It is also possible that a settlement of compensation is concluded before the Court. The settlement can be reached before the Court has decided the merits of the case or after it has found a violation of the Convention. The Court takes note of these arrangements and decides to strike the case out of its list, unless the general interest of the observation of human rights forbids to do so. Apart from amounts of money, other measures can be reached that come close to a *restitutio in integrum.*

Article 50 ECHR formulates the conditions under which the Court can afford 'just satisfaction' to the victim of a violation of the Convention. Firstly, the Court must find a violation of the Convention. This breach can be caused by an act or by an omission of the state. Secondly, the national law of the responsible state allows only partial reparation of the consequences of the violation. The Court does not apply this requirement very strictly: it feels free to award satisfaction whenever a state refuses an applicant a compensation he thinks he is entitled to. The Court rightly believes in the object and purpose of the Convention, namely the effective protection of human rights. Thirdly, the Court affords just satisfaction 'if necessary', that means that it enjoys a large discretion in this field.

The case-law of the Court shows that it does not give compensation of its own motion. The applicant must file a claim for compensation of damage and/or costs. Applicants must prove and quantify their claims. The Court admits that this can be problematical for the applicant and the principle of equity in Article 50 obliges the Court to take these problems into consideration.

The compensation afforded under Article 50 is granted to the applicant. Incapacity according to national law is no obstacle for introducing an application in Strasbourg, nor to claim compensation according to Article 50. The applicant's lawyer cannot claim compensation based on Article 50 on his own behalf.

The position of relatives of a deceased person can appear in Strasbourg in two forms. Firstly, it is possible that the death of the victim is caused by the violation of the Convention. His relatives file an application and a claim for compensation in Strasbourg because of the death of their family member. In one judgment the Court found a violation of the right to life (Article 2), but it did not give compensation to the relatives. Secondly, it is possible that the death of the victim is not caused by the violation. Two situations can be distinguished: the victim dies after introducing his application and his relatives want to continue the petition, or the relatives file an application after the death of the applicant with regard to a violation of the Convention committed against him. The Court accepts that the claim of a deceased person in principle succeeds to his heirs. After some hesitation the Court has accepted that the claim also transfers as far as it concerns non-material damage suffered by the applicant. In the context of Article 50 the question can arise to what extent creditors of the applicant can claim the amount afforded by the Court. In an interpretative judgment

from 1973 the Court clearly stated that the compensation for non-pecuniary damage granted to the applicant must be paid to him personally and free from attachment. Nevertheless, the case-law of the Court after 1973 and some resolutions of the Committee of Ministers are less clear. In my view, compensation for non-pecuniary damage awarded under Article 50 must be free from attachment and immune to counter claims. It would violate the particular character of Article 50 to make the compensation afforded for non-material damage caused by a violation of human rights susceptible to claims of creditors, whether these are the government or other creditors. The Court should clarify this question by holding explicitly that awards for non-pecuniary damage made under Article 50 must be paid to the victim personally and free from attachment. It is therefore very disappointing that the Court in a recent interpretative judgment refused to answer this question because of its general character.

Awards for material damage or costs must also be paid to the victim personally. In assessing the amount of this award, the Court can consider possible counter claims of the responsible state. When the state has paid the compensation granted under Article 50, a different situation arises because these amounts have become a part of the property of the victim. Creditors can claim these amounts according to national law. The considerations of the Court in its Ringeisen-judgment (1973) do not show that the impossibility of attachment should only apply to the period in which the victim has a claim on the state. But this will be very problematical as the amount of money afforded by the Court and paid by the state, is part of the property of the applicant.

It can be concluded that the Court does not seem to exclude that an applicant corporation can receive compensation for non-pecuniary damage but so far the Court has not expressed itself clearly on this matter, nor has it afforded compensation to a corporation for non-pecuniary damage caused by a violation of the Convention. The Court should clarify this matter. The Court has justifiably made clear that corporations, whether for profit or not for profit, can get compensation for pecuniary damage. In my opinion an organisation aimed at idealistic goals can be damaged in its reputation without causing material damage. The non-material damage can consist of the fact that damage to reputation hinders the realisation of the idealistic goals of the organisation, for example in the field of human rights. Compensation for non-material damage is then appropriate. The situation is different in case of a for profit organisation. If the reputation of a commercial company is affected, the resulting damage will be of a pecuniary nature. An organisation aimed at making a profit cannot, in my view, suffer non-pecuniary damage.

Chapter 5 deals with substance matters concerning Article 50. The 'just satisfaction' afforded under Article 50, is mostly of a pecuniary nature. This amount of money can relate to material, to non-material damage and to costs. The Court has also confined itself in many judgments to the declaration that the finding of a violation of the Convention affords the victim with adequate just satisfaction in the sense of

Article 50. The Court uses these declaratory judgments especially for non-pecuniary damage. The Court has recognized that a declaratory judgment cannot compensate the costs made by the applicant and it is logical to extend this opinion to material damage. Generally, it is rarely motivated why the Court confines itself to a finding of a violation of the Convention. The Court should motivate its declaratory judgments thoroughly in order to prevent too large differences in the application of Article 50.

In the Court's view, the victim of a violation of the Convention must as much as possible be placed in the position in which he would have been if the requirements of the Convention had been obeyed. The case-law of the Court however demonstrates that *restitutio in integrum* is often impossible because of the nature of the violation or because the Court misses certain powers. The damage can then be compensated in some way by a financial satisfaction.

In some judgments of the Court the so-called 'token indemnity' played a role. This compensation usually takes the form of a small amount of money paid by way of satisfaction without the real damage being compensated. The Court's case-law is not clear on this matter. The Court should express itself clearly on this question and grant token indemnities related to the violation of the Convention found.

The Court does not have the power to annul national laws or measures which violate the Convention nor the power to review decisions of national judges. The Court is also not competent to order the state in question to take certain measures. According to the constant case-law of the Court, the state has the freedom of choice as to the means of fulfilling its obligation under Article 53. However, this freedom is not unrestricted. The national judge cannot use the inactivity of the legislator as an excuse in the implementation of a judgment of the European Court. It is worth mentioning a recent judgment versus Greece in which the Court obliges the government to pay an enormous amount of money. This amount corresponds to the award made by a national arbitral judgment which was never paid to the applicant, because this judgment was set aside by a posterior law. The Court orders Greece to obey the arbitral verdict and in fact annuls national law.

The Court does not award 'punitive damages'. Applicants have claimed these damages but the Court did not allow them.

It would promote the effective protection of human rights if the Court, after having found a violation of the Convention, would indicate which steps the state in question must take to repair the consequences of this breach. This would correspond to the power of the Inter-American Court of Human Rights and views expressed in doctrine. It seems that the Court does not want to go this far, as it expects too much opposition from the state parties against broader powers of the Court under Article 50. In my view, at present there is no obstacle for the Court to make recommendations to the state parties in question as regards the measures of reparation to be taken. In this way the responsible state is given a guiding principle to prevent future Strasbourg

condemnations. These recommendations do not affect the freedom to choose the means of abiding by the judgment of the Court.

A violation of the Convention can cause pecuniary and non-pecuniary damage to the victim. Material damage can take the form of a loss occurred or a loss of profit. The non-material damage can emerge in different ways, for example the uncertainty in which the applicant finds himself because the criminal case against him was not concluded within the reasonable time required by Article 6 ECHR.

A particular figure in the case-law of the Court is the so-called 'loss of (real) opportunities', which especially plays a role in case of a violation of procedural rights (mainly Article 6), both in civil and criminal procedures. Sometimes the loss of real opportunities is caused by a violation of a material right, such as the right to property (Art. 1 Protocol No. 1) or the freedom of expression (Art. 10 ECHR).

The loss of real opportunities usually relates to the possibility that the national procedure could have resulted in another outcome if the procedural guarantees of the ECHR had been respected. In this manner, the Court takes into account a loss of chances although it is questionable whether these opportunities would have been fully realized when the Convention had not been violated. This possible loss is normally of a material nature. Sometimes the loss of opportunities relates to non-pecuniary damage.

According to the settled case-law of the Court, to be entitled to an award of costs and expenses under article 50 the injured party must have incurred them in order to seek, through the domestic legal order, prevention or redress of a violation, to have the same established by the Commission and later by the Court or to obtain reparation therefore. Furthermore, the Court has to be satisfied that the costs and expenses were actually incurred, were necessarily incurred and were also reasonable as to quantum.

The Court requires the existence of a causal link between the damage allegedly suffered and the violation of the Convention found. This matter is especially important to material damage. The Court has sometimes rejected the claim because it could not speculate as to what the outcome of the procedure would have been if all the requirements of the Convention had been respected. By means of the figure of 'loss of opportunities' the Court can take into account the difficulties of the applicant in demonstrating that he would have been in a better position if the Convention had been obeyed. The question of the existence of a causal link is less important if it concerns claims for compensation of non-material damage. On the one hand, the Court regularly considers that the applicant undoubtedly suffered non-pecuniary damage and it affords compensation or confines itself to declaratory judgment. On the other hand, it leaves undecided whether the applicant has suffered non-pecuniary damage and the Court considers that the finding of a violation provides the applicant with adequate just satisfaction under Article 50.

Contributory negligence of the victim plays a marginal role in the case-law of the Court. In one judgment concerning the application of Article 50, the Court has

reckoned with the fact that the applicant also contributed to the violation of the reasonable time requirement of Article 6. Noteworthy is a judgment against the United Kingdom, in which the Court rejected the claim of the relatives of IRA suspects because the victims were planning to place a bomb in Gibraltar.

In principle, the Court will assess the damage in a precise manner, so that the applicant is placed in the position he would have been in if no breach of the Convention had occurred. Generally, the material damage can be evaluated in an exact manner, for example the damage caused by a penalty which the applicant had to pay in violation of the Convention. Non-material damage cannot be calculated in a precise manner. The principle of equity does not only play a role in determining the amount of the compensation for non-pecuniary damage but also in determining material damage. The position of the Court vis-a-vis the method of calculation of the damage rests unclear, because the Court often affords one global sum both for material and non-material damage. When the Court would assess the damage in a concrete, subjective manner, this would be in conformity with the objective of Article 50 to put the victim as closely as possible in the position he would have been in if the guarantees of the ECHR had been obeyed.

Awarding interest comes under discussion with the claim for compensation for material damage and with the amount of compensation awarded by the Court. Until now, the Court has reacted very differently to claims for awarding interest on the material damage suffered by the victim. The Court should award this interest because the victim in this way receives a compensation which comes as close to *restitutio in integrum* as possible. The claim for interest on the compensation awarded under Article 50 has been answered more clearly by the Court. As of 1 January 1996 the Court holds in its judgment that interest is payable if the compensation afforded by the Court is not paid within three months after the judgment. The interest is calculated at the rate applicable in the responsible state at the date of the judgment. This is a good incentive for the state to fulfill its obligation to pay as soon as possible.

Chapter 6 contains the inventory of the Strasbourg case-law under Article 50 ECHR regarding the different rights provided in the Convention and its Protocols. On the one hand, this inventory shows that a violation of the Convention or its Protocols does not automatically lead to compensation and, on the other hand, that in principle any violation of these rights can give rise to the award of compensation by the Court according to Article 50.

In case of a deprivation of liberty contrary to the requirements of Article 5 paragraph 1, the nature of the violation makes *restitutio in integrum* impossible. In some judgments the Court has found a violation of Article 5 § 1 and afforded just satisfaction, where in other cases it confines itself to the declaration that the finding of a violation of this provision gives the victim adequate just satisfaction in the sense of Article 50. The material damage caused by the violation of Article 5 § 3 can, in

the Court's view, be compensated by reckoning the detention on remand as part of the sentence. In one judgment concerning the breach of Article 5 § 4 the Court has afforded an amount of money by using the figure of 'loss of opportunities'. In some cases the Court awards a compensation for non-pecuniary damage caused by violations of paragraphs 3 and 4 of Article 5, while in many other cases it restricts itself to a declaratory judgment. So far, a violation of Article 5 § 5 has not resulted in an award of compensation, but only in declaratory judgments.

In conformity with doctrine and a 'dissenting opinion' of judge PINHEIRO FARINHA, I am of the opinion that a victim of one of the requirements of Article 5 in principle has a right to compensation on the basis of paragraph 5 of this Article. This violation causes in itself some non-material damage. On the liable state rests the onus to prove that the damage was so slight that no financial compensation is appropriate. Furthermore, the Court should make more consequent use of the figure of 'loss of opportunities' in case of a breach of Article 5 § 4.

The majority of the Court's declaratory judgments concerns the finding of a violation of procedural rights, as provided in Article 6 § 1. In case of exceeding of the reasonable time in criminal or civil procedures, the Court is usually very generous in awarding financial compensations. As to other infractions of the guarantees from Article 6 § 1, like a public hearing by an independent and impartial tribunal, the Court regularly uses declaratory judgments. This is also true for other parts of Article 6, such as the right to be assisted by a lawyer and the right to an adequate preparation for the defence.

The violation of the right to a court has regularly led to awards by the Court for the non-pecuniary damage suffered by the applicant. In most of these cases the Court has rejected the claim for material damage because of the non-existence of a causal link with the violation of Article 6 § 1.

Infringements on the requirements of a fair hearing have frequently led to financial compensations by the Court, both for loss of opportunities and for non-material damage. In some cases the Court limits itself to the declaration that the finding of a violation of these requirements amounts to sufficient just satisfaction. Generally, the Court is of the opinion that the non-material damage caused by the violation of the requirements of a fair hearing in a civil procedure is adequately compensated by the finding of a breach of Article 6, while it has granted financial compensation in one case. The claim for compensation of material damage has usually been dismissed by reason of the absence of any causal link.

Nonobservance of the presumption of innocence of Article 6 § 2 has led to different reactions of the Court in three cases in applying Article 50: declaratory judgment, rejection of the claim because of the absence of any causal link and the award of one global sum to compensate for the pecuniary and non-pecuniary damage suffered.

Generally, the Court reacts to the violation of the right of assistance of a lawyer in a criminal procedure by a declaratory judgment, but sometimes it compensates financially for the non-pecuniary damage suffered. The infringement on the right of everyone charged with a criminal offence to examine or have examined witnesses against him, as contained in Article 6 § 3(d), has led to various decisions based on Article 50: compensation for material and/or non-material damage, compensation for 'loss of real opportunities', declaratory judgments and rejections of the claim for damages. It is noteworthy that the Court in two cases allows a compensation for real loss of opportunities, while it rejects this claim in a similar case and confines itself to a declaratory judgment.

In some cases with violation of procedural safeguards, both in civil and criminal procedures, the Court has reserved the question of Article 50 taking into account the national possibilities of reparation. In two cases this has led to a reopening of the national procedure and it brought the applicant a result which comes close to a *restitutio in integrum*. This reservation of the matter of Article 50 is a good course of events with a view to the claim for material damage, unless the national reparation takes too long. In one case the national reparation failed to occur and the Court decided on the matter of Article 50 five years after it reserved this question. In such a case the Court should conclude the matter, because otherwise there is no effective protection of human rights. In my opinion the possibility of national reparation is no solution for the non-pecuniary damage suffered by the applicant. It is in conformity with the objective of the Convention, namely the effective protection of human rights, that the Court determines this question itself and does not confine itself too easily to a finding of a violation as adequate just satisfaction in the sense of Article 50.

Infringement on the right to private life of Article 8 has given rise to both compensation for non-pecuniary damage and declaratory judgments. Violations of the right to family life according to Article 8 have generally resulted in compensation for non-pecuniary damage in the area of child protection and access. Within the domain of adoption and recognition of children and in the field of immigration control, compensation for non-pecuniary damage and declaratory judgments have been used alternatively. The discrimination between legitimate and illegitimate children has resulted in two declaratory judgments by the Court and one compensation for non-material damage.

The infringement on the freedom of expression of Article 10 does not lead to a compensation for non-pecuniary damage. In the majority of its decisions on Article 10, the Court confines itself to a finding of a violation and sometimes it allows the claim for material damage, especially with regard to a penalty imposed in violation of the Convention and paid by the victim.

In infringements on other rights in the Convention or its Protocols, the Court awards compensation for material and/or non-material damage and it also confines itself to declaratory judgments.

No general rules or standards can be distracted from the inventory of the Court's case-law under Article 50 with respect to the awards of compensation. Exceptions are cases against France started by haemophilic patients infected by the HIV-virus. The non-pecuniary damage caused by exceeding the reasonable time of Article 6 ECHR is assessed by the Court at 150.000 or 200.000 French Francs.

However, the case-law of the Court demonstrates some general tendencies. For example, the Court regularly awards financial compensation for non-material damage, especially in the event of violation of procedural rights, such as the exceeding of the reasonable time required by Article 6.

The Court often restricts itself to the declaration that the non-pecuniary damage suffered is adequately compensated for by the finding of a violation of the Convention. It is questionable whether in all these cases this damage was so slight that a financial compensation was not appropriate. Furthermore, in some cases concerning the unlawful deprivation of liberty the Court concludes that the finding of a violation of Article 5 is adequate just satisfaction. Some cases involving the restrictions on the correspondence of prisoners (Article 8) and the infringement on the freedom of expression (Article 10) have led to declaratory judgments of the Court. The majority of the declaratory judgments relates to the violation of procedural rights, especially as contained in Article 6.

In certain infringements on procedural safeguards, it can be imagined that the Court settles the case itself and in this way offers the victim a *restitutio in integrum*. The Court can then confine itself to declare that the finding of violation affords sufficient just satisfaction in the sense of Article 50.

When it concerns a slight procedural omission which caused the victim only little harm, the Court's judgment can, in my opinion, offer adequate satisfaction. However, the Court must examine thoroughly what kind of damage – material and/or non-material – the victim suffered and it should not conclude too easily that the damage is very slight. The Court should not give declaratory judgments while leaving undecided the question whether the victim suffered non-material damage. It would be better if the Court examines that damage has been suffered and is large enough to justify a financial award.

The current practice of the Court to consider regularly, without motivation, that the finding of a violation of the Convention, under the particular circumstances, provides the victim with adequate just satisfaction on the basis of Article 50, contradicts Article 51 § 1 ECHR which requires the Court to motivate its judgments. Furthermore, the Court does not act in the spirit of the requirements of motivation, which it has read itself in Article 6.

In the final part of this book compensation based on the ECHR and compensation according to Dutch law are compared. Furthermore, the measures of reparation

according to Dutch law are examined after the European Court of Human Rights has found a violation of the Convention.

Chapter 7 starts with a brief survey of the system of internal effect of international law within the Dutch legal order. Emphasis is laid on the ECHR and in particular the resolutions of the Committee of Ministers of the Council of Europe and the judgments of the European Court of Human Rights. The remaining part of this chapter deals with the comparison of 'Strasbourg' and Dutch law in the field of damages for violations of human rights.

It is striking that the European Court of Human Rights in applying Article 50 ECHR is generally more generous in affording compensation for non-pecuniary damage in case of violation of human rights than the Dutch judge. Particularly in the field of the compensation for non-pecuniary damage in the event of a breach of procedural rights, as contained in Article 6, 'the Netherlands' runs behind 'Strasbourg'. My proposal is to broaden Dutch practice in this field. This expansion administers justice to Strasbourg practice and favours the effective protection of human rights of the victim, one of the main goals of the Convention. In line with Strasbourg case-law, the Dutch Civil Code should be amended so that relatives of a victim who died as a consequence of a tort can claim compensation for non-material damage.

The victim must prove the damage caused by the violation of human rights but this can be very difficult with respect to non-pecuniary damage. The principle of equity in Article 50 obliges the Court to take these problems into consideration. It is for the state to show that the non-pecuniary damage is non-existent or so slight that there is no reason for financial compensation.

Strasbourg case-law reveals that Article 6 § 2 ECHR, the presumption of innocence, does not give the former suspect a right to compensation for a detention in conformity with Article 5. Generally, the Articles 89 and further of the Dutch Code of Criminal Procedure (CCP), in which the award of compensation is subject to the opinion of the judge based on reasons of equity, will suffice for these cases. However, in rejecting the claim for compensation the judge must motivate this very carefully and thoroughly in order to avoid a violation of the presumption of innocence from Article 6 § 2. In my view the provision of Article 89 CCP must be extended to other means of coercion, like house searches and telephone taps, because there are severe interferences with the privacy in these cases as well.

Equity plays an important role in the awards based on Article 50. There are also Dutch provisions referring to compensation based on equity, for example Article 89 CCP. The amount of non-material damage suffered is particularly difficult to determine. Equity gives the judge a wide discretion in the assessment of the quantity of the compensation to be afforded. However, this freedom cannot be unrestricted because it must not lead to arbitrariness. Some standardization is appropriate in order to avoid too large differences and inequality before the law. In the event of a deprivation of liberty in violation of Article 5, for example, a certain tariff per day of unlawful

detention must be used. It is a task of the legislator to introduce such a standardization.

In the awarding of compensation based on Article 50, it would be wise for the Dutch judge to take into account the wide powers of the European Court of Human Rights in order to avoid a future condemnation by the Court. It must be mentioned that the Dutch judge, in the spirit of the rule of priority of Article 60, may go further than the European Court. Therefore I reject a recent judgment in which the Supreme Court adopts the practice of the European Court of confining itself to declare that the finding of violation gives sufficient compensation. A liberal policy of awarding compensation by the Dutch judge promotes an effective protection of human rights and prevents a Dutch condemnation in Strasbourg, when the European Court will use its wide competence based on Article 50 where it did not do so before. The victim thus receives an effective remedy before a national authority according to Article 13 ECHR and does not have to go the long way to Strasbourg. Economically this is favourable for both the victim and the state.

Chapter 8 deals with the possible measures of reparation according to Dutch law after the European Court of Human Rights has found a violation of the Convention. This question is especially relevant when the Court has rejected the claim for damages or has confined itself to the declaration that the finding of a violation of the Convention is sufficient just satisfaction for the purposes of Article 50 ECHR. Firstly, one can claim damages in the event of a tort according to Article 6:162 of the Civil Code. Secondly, there is the possibility of reopening the national procedure in question with reference to a condemnatory judgment of the European Court of Human Rights.

In my view, applicants who have won their case in Strasbourg but did not receive compensation under Article 50 ECHR, should have the possibility to start an action for damages based on Article 6:162 of the Civil Code in order to be compensated by the Dutch state for the damage caused by the violation of the Convention. As long as the Court rarely motivates its rejections of claims for compensation, the victim must have the possibility of going to the Dutch judge with an action based on Article 6:162 of the Civil Code.

Persons in a comparable position such as the applicant who won his case in Strasbourg should also have the possibility of bringing their case before the judge in civil matters. However, it must be evident that it is an identical case and that no doubt exists as to whether the European Court would judge the same in this case.

According to the current position of the law, the case-law and the doctrine, a condemnatory judgment from Strasbourg is no reason for reopening the national procedure in civil, administrative or criminal cases. Applicants who have been successful in Strasbourg must, under certain conditions, have the possibility to request the reopening of the national procedure in which not all the requirements of the Convention have been obeyed. The Convention does not oblige such a remedy, but

this possibility of national review promotes the effective protection of human rights. Every contracting party is free to provide the individual more protection than which the Convention strictly requires.

The possibility of reopening the national procedure after a Strasbourg condemnation must exist in criminal, administrative and in civil procedures, provided that the government is one of the parties. A request for revision must be rejected, if the interests of third-parties would largely be affected.

Furthermore, the remedy of revision must only exist for persons in an identical case as the applicant who won his case in Strasbourg, under the condition that these persons have applied themselves to the European Commission of Human Rights. These are persons directly involved with the case of the successful applicant. A further broadening to persons in a comparable position is not appropriate, in my opinion, because of the danger of a flood of cases being reopened which would lead to much legal uncertainty. The action for damages based on the Civil Code can give these persons some relief. It is also possible that they can (still) introduce an application in Strasbourg. In exceptionally harsh cases the legislator can create a possibility of judicial review out of humanitarian considerations.

The recommendations of this research are as follows.

I STRASBOURG

1. The Court should bring more direction in its decisions concerning compensation based on Article 50. In comparable cases the Court must take similar decisions, for example in the compensation for 'loss of opportunities'. The Court should motivate why it rejects a claim for compensation or why it confines itself to declare that the finding of a violation of the Convention is sufficient just satisfaction for the purposes of Article 50. This way, the procedure based on Article 50 can become a full-fledged procedure, in which the requirements of Article 6 ECHR are respected.

2. In applying Article 50, the Court should at least make recommendations for the measures of reparation to be taken by the responsible state. It is then possible to come close to a *restitutio in integrum* and future violations of the Convention can be prevented. The practice of the UN Human Rights Committee and the Inter-American Court of Human Rights may serve here as an example.

II NETHERLANDS

1. Dutch legal practice relating to the compensation for non-material damage must be broadened in conformity with the Strasbourg case-law. One example is compensation for non-pecuniary damage caused by the violation of procedural human rights, as contained in Article 6 ECHR.

2. A possibility of review must be created in Dutch law in connection with a condemnatory judgment of the European Court of Human Rights. When this Court is of the opinion that in a national procedure the requirements of the Convention have not been respected, the applicant must have the possibility to request the reopening of this procedure. He can then obtain a result which comes close to a *restitutio in integrum*, for example the annulation of a criminal conviction. The possibility of review must exist in all criminal, administrative and in civil procedures provided that the government is one of the parties. A request for review must be rejected, if the interests of third-parties would be involved.

3. As long as the Strasbourg procedure based on Article 50 ECHR is not provided with enough safeguards (see I), the applicant who won his case in Strasbourg should have the possibility of bringing an action for damages (Article 6:162 Civil Code) against the government.

LITERATUUR

ABAS, P., *Rechterlijke matiging van schulden*, Monografieën NBW, A-Serie nr. 16, Deventer, 1984.

ALKEMA, E.A., *Studies over Europese grondrechten*, dissertatie Leiden, Deventer, 1978 [Alkema 1978].

ALKEMA, E.A., *Een meerkeuzetoets*, oratie, Leiden, Zwolle, 1985 [Alkema 1985-1].

ALKEMA, E.A., *Toepassing van de Europese Conventie voor de Rechten van de Mens in Nederland*, preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende Studie van het recht van Nederland en België, Zwolle, 1985 [Alkema 1985-2].

ALKEMA, E.A., De Europese Conventie: begin van een Europese constitutie?, in: *40 jaar EVRM*, NJCM-special, Leiden, 1990, p. 339-354 [Alkema 1990-1].

ALKEMA, E.A., De betekenis van het EVRM voor de Nederlandse constitutie, in: *40 jaar Europese Conventie voor de Rechten van de Mens en de Nederlandse rechtsorde*, Staatsrechtconferentie 1990, Leiden, 1991, p. 2-35 [Alkema 1990-2].

ALKEMA, E.A., De reikwijdte van fundamentele rechten - de nationale en internationale dimensies, in: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 1995-I, Zwolle, 1995, p. 5-129 [Alkema 1995].

ALMELO, L. van, Winnen in Straatsburg, verliezen in Nederland. Zaak heropenen of claim tegen de staat?, *Account* september 1995, p. 44-48.

ANZILOTTI, D., *Cours de droit international* Vol. I, traduction française d'après la troisième édition italienne, revue et mise au courant par l'auteur, par Gilbert Gidel, Paris, 1929.

ASSER-HARTKAMP, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Verbintenissenrecht, *Deel I De verbintenis in het algemeen*, tiende druk bewerkt door Mr. A.S. Hartkamp, Zwolle, 1996 [Asser-Hartkamp I 1996].

ASSER-HARTKAMP, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Verbintenissenrecht, *Deel III De verbintenis uit de wet*, achtste druk bewerkt door Mr. A.S. Hartkamp, Zwolle, 1994 [Asser-Hartkamp III 1994].

ARANGIO-RUIZ, G., *International Responsibility*: Preliminary Report by G. Arangio-Ruiz, Special Rapporteur, Yearbook of the International Law Commission 1988, Volume II Part One [Arangio-Ruiz 1988].

BAKELS, F.B., Iets over de art. 89 en 90 Sv, *NJB* 1991, p. 287-294.

BAKKER, R.E., art. 8:88 Awb, in: *Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), 's-Gravenhage, 1995, E 8.4.1.-6 en 7.

BARENDRECHT, J.M., STORM, H.M. en anderen, *Berekening van schadevergoeding*, Schoordijk Instituut, Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht, Zwolle 1995 [Barendrecht e.a. 1995]

BARKHUYSEN, T., Artikel 8 *juncto* 13 EVRM: De sleutel die past op het slot van de BVD-dossierkast? De uitspraken van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 16 juni 1994 in de zaken Van Baggum en Valkenier tegen de Minister van Binnenlandse Zaken, *NJCM-Bulletin* 19-8 (1994), p. 966-980.

BARKHUYSEN, T. en HERTOGH, M.L.M., Effectieve bescherming van mensenrechten. Rechter, ombudsman en artikel 13 EVRM, *NJCM-Bulletin* 20-6 (1995), p. 751-766.

BARKHUYSEN, T. en EMMERIK, M.L. van, Tenuitvoerlegging van Straatsburgse uitspraken in de Nederlandse rechtsorde na Dombo, *NJB* 1996, p. 1861-1862.

BARKHUYSEN, T. en EMMERIK, M.L. van, Betere tenuitvoerlegging van Straatsburgse uitspraken in de Nederlandse rechtsorde: heropening afgesloten zaak of schadeclaim tegen de staat, *NJCM-Bulletin* 21-8 (1996), p. 987-1005.

BAUDOIN, P., Vrijheidsbeneming en vrijheidsbeperking van vreemdelingen, *Migrantenrecht* 1994, nr. 3/4, p. 56-61.

BERG, H.A. van den, en ROZEMOND, K., Civilisering van het strafrecht: schadevergoeding wegens toepassing van dwangmiddelen, *RM Themis* 1992, p. 51-62.

BERG, H.A. van den, en ROZEMOND, K., Dwangmiddelen en schadevergoeding: de rol van de onschuldpresumptie en van het civiele recht, *NJCM-Bulletin* 18-1 (1993), p. 25-35.

BERGER, V., Le règlement amiable devant la Cour européenne des Droits de l'Homme, in: *Protecting Human Rights: The European Dimension*. Studies in honour of G.J. Wiarda, Köln, Berlin, Bonn, München, 1988, p. 55-63.

BERGER, V., *Case Law of the European Court of Human Rights*, Volume I: 1960-1987, Volume II: 1988-1990, Volume III: 1991-1993, Dublin, 1989, 1992, 1995.

BERGER, V., Le règlement amiable devant la Cour, in: *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article.* Sous la direction de L.E. Pettiti, E. Decaux et P.H. Imbert, Paris, 1995, p. 783-792.

BERK, J.M. van den, *Schadevergoeding voor rechtmatig toegebrachte schade door de overheid*, dissertatie Utrecht, Zwolle, 1991.

BESSELINK, L.F.M., *Staatsrecht en buitenlands beleid*, AAe Cahiers Staats- en Bestuursrecht deel 2, tweede, herziene druk, Nijmegen, 1995 [Besselink 1995].

BISSONNETE, P. A., *La Satisfaction comme mode de réparation en droit international*, Genève, 1952 [Bissonette 1952].

BLOEMBERGEN, A.R., *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, dissertatie Utrecht, Deventer, 1965 [Bloembergen 1965].

BLOEMBERGEN, A.R., Naar een nieuw verkeersongevallenrecht (I), *NJB* 1973, p. 963.

BLOEMBERGEN, A.R. en anderen, Zelf dragen van geleden schade: regel of uitzondering?, artikelenreeks van acht schrijvers, *NJB* 1980, vanaf p. 173.

BLOEMBERGEN, A.R., *Schadevergoeding: algemeen, deel 1*, Monografieën NBW, B-Serie nr. 34, Deventer, 1982 [Bloembergen 1982].

BLOEMBERGEN, A.R., Centauren in 6.3? Iets over rechtmatige en onrechtmatige daden, in: *Als een goed huisvader.* Opstellen aangeboden aan J.H. Nieuwenhuis, Deventer, 1992, p. 121-132.

BLOMKWIST, J.H.W., Over onrechtmatige rechtspraak, *AAe* 1972, p. 281-288.

BOEKHORST, M.G., Commentaar op de artikelen 90 t/m 95 Grondwet, in: P.W.C. Akkermans en A.K. Koekkoek (red.), *de* Grondwet, *een artikelsgewijs commentaar*, Zwolle, 1992 [Boekhorst 1992].

BOER, J. de, Art. 5 EVRM en de beperking van hogere voorziening, *NJB* 1991, p. 317-318.

BOER, J. de, De Hoge Raad en de Krankzinnigenwet IV, *NJB* 1993, p. 433-443.

BOER, J. de, Familierechtelijke betrekking met biologische vader gaat boven behoud wettige status, *NJB* 1994, p. 90-95.

BOER, J. de, De broedende kip in EVRM-zaken, *NJB* 1995, p. 1027-1034 [De Boer 1995].

BOLT, A.T., *Voordeelstoerekening bij de begroting van schadevergoeding in geval van onrechtmatige daad en wanprestatie*, dissertatie Groningen, Deventer, 1989.

BORSBOOM, J.P.M., *Schadevergoeding voor voorlopige hechtenis*, Kluwer Post Scriptum Reeks, Deventer, 1983.

BOVEN, Th., *The right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms*, studie in opdracht van de Sub-Commissie ter voorkoming van discriminatie en de bescherming van minderheden (van de Commissie voor de Rechten van de Mens van de Verenigde Naties, gepubliceerd in UN doc. E/CN.4/Sub.2/1996/17, 24 May 1996).

BREGSTEIN, M.H., De arresten van de Hoge Raad van 19 maart 1943 en 18 februari 1944 en het leerstuk van de onrechtmatige daad, *RM Themis* 1951, p. 273 e.v.

BRENNINKMEIJER, A.F.M., De redelijke termijn in het burgerlijk proces en in het bestuursproces, *NJCM-Bulletin* 16-7 (1991), p. 629-647.

BROUNS, P.J.H.M., Dwangmiddelen en schadevergoeding, *NJB* 1991, p. 1372-1377.

BROWNLIE, I., *State Responsibility Part I*, Chapter XIII, The Forms and Function of Reparation, Oxford, 1983 [Brownlie 1983].

BROWNLIE, I., *System of the Law of Nations, Part I*, Principles of Public International Law, Fourth edition, Oxford, 1990.

BROUWER, J.G., *Verdragsrecht in Nederland*, dissertatie Groningen, Zwolle, 1992.

BRUNNER, C.J.H., Causaliteit en toerekening van schade, *Verkeersrecht* 1981, p. 210-236.

BUERGENTHAL, Th., The Inter-American Court of Human Rights, *American Journal of International Law* Volume 76, 1982, p. 231-245.

BUERGENTHAL, Th., NORRIS, R., SHELTON, D., *Protecting human rights in the Americas: selected problems*, Third revised edition, Kehl, Strassburg, Arlington, 1990.

CASTRO-RIAL GARRONE, F., *La protección individual y el derecho de reparación en el convenio europeo de derechos humanos*, Madrid, 1985, ongepubliceerd proefschrift in twee banden (beschikbaar in Human Rights Library, Raad van Europa, Straatsburg) [Castro-Rial Garrone 1985].

CLEIREN, C.P.M. en NIJBOER, J.F. (red.), *Strafvordering. Tekst & Commentaar*, Deventer, 1995 [Tekst & Commentaar Sv].

COHEN-JONATHAN, G., *La Convention Européenne des Droits de l' Homme*, Aix-en-Provence, Paris, 1989.

CORSTENS, G.J.M., Onrechtmatige strafrechtspraak, in: *Met hoofd en hart.* Opstellen aangeboden aan prof. mr J.C.M. Leijten, Zwolle, 1991, p. 205-212.

CORSTENS, G.J.M., *Het Nederlandse strafprocesrecht*, tweede druk, Arnhem, 1995 [Corstens 1995]

CREMERS, J.H.F.J., Schadevergoeding na voorlopige herchtenis, *NJB* 1989, p. 705-708 [Cremers 1989].

DAALDER, E.J., Vergoeding van schade ten gevolge van justitieel optreden, *Trema* 1993, p. 167-172.

DAES, E-I.A., *Status of the Individual and Contemporary International Law: Promotion, Protection and Restoration of Human Rights at National, Regional and International Levels*, Study of Special Rapporteur Erica-Irene A. Daes, Centre for Human Rights, Geneva, United Nations New York, 1992 [Daes 1992].

DANNEMANN, G., *Schadensersatz bei Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention*, dissertatie Freiburg, Köln, 1994 [Dannemann 1994].

DAVIDSON, S., Remedies for violations of the American Convention on Human Rights, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 44, Part 2 (April 1995), p. 405-414.

DEKKER, J., De overheidsaansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door achteraf bezien ten onrechte toegepaste strafvorderlijke dwangmiddelen, *AAe* 1995, p. 748-754.

DIJCK, H.L.E. van, *De aansprakelijkheid van de overheid voor vernietigde beschikkingen*, dissertatie Tilburg, Deventer, 1990.

DIJK, Ch.H. van en SMIT, R.J.M., Aansprakelijkheid voor door de rechter gemaakte fouten, in: *Met recht naar 2000*, H. de Doelder e.a. (red.), Raio-congresboek, Lelystad, 1990, p. 91-99 [Van Dijk/Smit 1990].

DIJK, P. van, en HOOF, G.J.H. van, *De Europese Conventie in theorie en praktijk*, 2e druk, Nijmegen, 1990 [Van Dijk/Van Hoof 1990].

DIJK, P. van, De houding van de Hoge Raad jegens de verdragen inzake de Rechten van de Mens, in: *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle, 1988 [Van Dijk 1988].

DIJKERS, W., Handleiding Schadevergoedingsprocedure BOPZ, *Trema*, Tijdschrift voor de rechterlijke macht, 1994, no. 7, p. 281-286.

DIPLA, H., *La responsabilité de l'état pour violation des droits de l'homme,* -problèmes d'imputation-, Publications de la Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme, Série no 1, Paris, 1994.

DOMMERING, E.J., Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het Nederlandse civiele recht, preadvies in: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 1983 deel 1, tweede stuk (Tot welke wijzigingen in het Nederlandse recht dienen de beginselen van behoorlijke rechtspraak, neergelegd in artikel 6 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, aanleiding te geven?), Zwolle, 1983 [Dommering 1983].

DOORENBOS, D.R., Schadevergoeding na strafvorderlijk overheidsoptreden, *Delikt en Delinkwent* 1991, p. 453-464 [Doorenbosch 1991].

DRZEMCZEWSKI, A.Z., *European Human Rights Convention in Domestic Law*, A Comparative Study, dissertatie Oxford, Oxford, 1983 [Drzemczewski 1983].

DRZEMCZEWSKI, A.Z., Un État en violation de la Convention européenne des Droits de l'Homme: l'exécution interne des décisions des institutions de Strabourg, in: *Protecting Human Rights: The European Dimension*. Studies in honour of G.J. Wiarda, Köln, Berlin, Bonn, München, 1988, p. 149-158 [Drzemczewski 1988].

DRZEMCZEWSKI, A.Z. en GIAKOUMOPOULOS, C., Article 13, in: *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article.* Sous la direction de L.E. Pettiti, E. Decaux et P.H. Imbert, Paris, 1995, p. 455-474.

DUBBINK, C.W., Ratificatie van het Zevende Protocol bij het EVRM, advies aan de Nederlandse regering, 1992, *NJCM-Bulletin* 1995, p. 439-461 [Dubbink 1992].

DUYNSTEE, F.J.F.M., Het verlies van een kans en het verliezen van een proces als schadefactor, *NJB* 1944, p. 184-185.

DUYNSTEE, J.E.F.F.M., Rechtspraak en aansprakelijkheid, *Trema* 1988, p. 7-13.

EAGLETON, C., *The responsibility of states in international law*, New York, 1928 [Eagleton 1928].

EISSEN, M.A., La Cour Européenne des Droits de l'Homme, in: *Annuaire Français de Droit Internationale* 1959 (Vol. V), p. 618-657.

EISSEN, M.A., La Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 1986, p. 1571-1572.

ELSEN, M., Compensatie of preventie? Punitive damages, *Rechtshulp* 1995, nr. 5, p. 7-12.

EMMERIK, M.L. van, Klachten van kinderen bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens te Straatsburg, in: *Kinderen en recht*, M. de Langen e.a. (red.), Arnhem, Deventer, 1989, p. 59-71 [Van Emmerik 1989].

EMMERIK, M.L. van, Schadevergoeding bij schending van mensenrechten: hoe ver ligt San José van Straatsburg?, *NJCM-Bulletin* 20-3 (1995), p. 303-315 [Van Emmerik 1995].

EMMERING, Ed., Smartegeld bij belediging, *De Praktijkgids*, januari/februari 1971, No. 1-2, p. 16-21.

ENRICH MAS, Montserrat, Right to Compensation under Article 50, in: *The European System for the Protection of Human Rights*. Edited by R.St.J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold, Dordrecht, Boston, London, 1993, p. 775-790.

ERADES, L., International Law and the Netherlands Legal Order, in: *International Law in the Netherlands*, Vol. III. Edited by H.F. van Panhuys et al., The Hague, Alphen aan den Rijn, New York, 1980, p. 375-434.

EUSTATHIADÈS, C.Th., La Convention Européenne des Droits de l'homme et le Statut du Conseil de l'Europe, *Die Friedens-Warte, Blätter für internationale Verständigung und zwischenstaatliche Organisation*, Band 53, 1955/56, p. 47-69.

FAWCETT, J.E.S., *The application of the European Convention on Human Rights*, Second edition, Oxford, 1987, [Fawcett 1987].

FETERIS, M.C.W., *Fiscale administratieve sancties en het recht op een behoorlijk proces*, dissertatie Amsterdam, Deventer, 1993.

FINALY, R.A.R.S., Grondrechtsbescherming van rechtspersonen, *NJCM-Bulletin* 16-2 (1991), p. 105-120.

FINALY, R.A.R.S., Grondrechten voor publiekrechtelijke rechtspersonen, *NJCM-Bulletin* 19-6 (1994), p. 610-622.

FLAUSS, J., Le règlement amiable devant la Cour européenne des droits de l'homme, *Les petites affiches*, 24 novembre 1989, no. 141, p. 4-9.

FLAUSS, J., Le droit à un recours effectif - L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, *Revue Universelle des Droits de l'Homme* 1991, p. 324-336.

FLAUSS, J., La "satisfaction équitable" devant les organes de la Convention européenne des droits de l'homme. Développements récents, *Ed. Techniques, Europe.* Juin 1992, p. 1-4 (beschikbaar in de Human Rights Library, Raad van Europa Straatsburg), [Flauss 1992].

FLAUSS, J., *La satisfaction équitable dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme -Perspectives d'actualité-*, Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa Institut -Sektion Rechtswissenschaft- Nr. 332, Universität des Saarlandes, Saarbrücken 1995 [Flauss 1995].

FONTANA, B., Damage awards for human rights violations in the European and Inter-American Courts of Human Rights, *Santa Clara Law Review* 31, 1991, no. 4, p. 1127-1169 [Fontana 1991].

FRANÇOIS, J.P.A., *Grondlijnen van het volkenrecht*, tweede druk, Zwolle, 1957.

FRIBERGH, E. en VILLIGER, M., The European Commission of Human Rights, in: *The European System for the Protection of Human Rights*. Edited by R.St.J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold, Dordrecht, Boston, London, 1993, p. 605-620.

FROWEIN, J., Entschädigung für Verletzungen von Grundrechten, in: *Des Menschen-Recht zwischen Freiheit und Verantwortung*. Festschrift für Karl Josef Partsch zum 75. Geburtstag, Berlin, 1989, p. 317-326.

FROWEIN, J., PEUKERT, W., *Europäische MenschenRechtsKonvention*, EMRK-Kommentar, 2. Auflage, Kehl, Strasbourg, Arlington, 1996 [Frowein/Peukert 1996].

GAINEN, L.F., The Application of Article 50 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: the Vagrancy Cases and the Ringeisen Case, *New York University Journal of International Law and Politics* Vol. 7 (1974), p. 177-189.

GARCÍA AMADOR, F.V., *International responsibility*: [First] report by F.V. García Amador, Special rapporteur, YBILC 1956 II, p. 173-231.

GARCÍA AMADOR, F.V., *International responsibility*: sixth report by F.V. García Amador, Special Rapporteur, YBILC 1961 II, p. 1-54. Ook gepubliceerd in: *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, New York, Leiden, 1974, p. vii-xiv en 1-132.

GASQUET, P. de, *Essai d'interprétation de l'article 50 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Raad van Europa, Straatsburg, 1983 (beschikbaar in de Human Rights Library, Raad van Europa, Straatsburg).

GERBINO, M., Considerazioni sugli effetti della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Rivista di diritti europeo*, 1963, p. 14-24.

GOLSONG, H., *Das Rechtsschutzsystem der Europaïschen Menschenrechtskonvention*, Kalsruhe, 1958 [Golsong 1958].

GOLSONG, H., Quelques réflexions a propos du pouvoir de la Cour européenne des Droits de l'Homme d'accorder une satisfaction équitable (article 50 de la Convention européenne des Droits de l'Homme), in: *René Cassin, Amicorum Discipulorumque Liber I, Problèmes de protection internationale des droits de l'homme*, Paris, 1969, [Golsong 1969].

GOLSONG, H., Die eigenartige Rolle des Ministerkomitees des Europarates als eine der beiden Endentscheidungsinstanzen im Rahmen der MRK, *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1975, p. 448-449.

GRAY, C.D., Remedies for individuals under the European Convention on Human Rights, *Human Rights Law Journal* 1980, p. 153-173 [Gray 1980].

GRAY, C.D., *Judicial Remedies in International Law*, Oxford, 1987, [Gray 1987].

GROOT, G.R.J. de, Grenzen aan de mogelijkheden van een abstracte schadeberekening?, *Verkeersrecht* 1980, p. 49-58.

GURADZE, H., *Die Europaïsche Menschenrechtskonvention*, Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheite nebst Zusatzprotokollen, Berlin und Frankfurt a. M., 1968 [Guradze 1968].

HAAN, P. de, DRUPSTEEN, Th.G., en FERNHOUT, R., *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, Deel 2 Bestuurshandelingen en waarborgen*, derde geheel herziene druk, Deventer, 1986.

HAASDIJK, S., The Lack of Uniformity in the Terminology of the International Law of Remedies, *Leiden Journal of International Law* Volume 5, Number 2 (October 1992), p. 245-263.

HARRIS, D.J., O'BOYLE, M. en WARBRICK, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, London, Dublin, Edinburgh, 1995.

HEBEL, H. von, Artikel 13 EVRM: het recht op een effectief rechtsmiddel, *NJCM-Bulletin* 14-8 (1989), p. 898-915.

HELM, I. van der en WESSELING-VAN GENT, E.M., De redelijke termijn in civiele procedures, *Trema* 1996, p. 125-134.

HENDRIKSEN, K.E., In vernieuwde Vreemdelingenwet wel hoger beroep mogelijk, *Migrantenrecht* 1994, nr. 7, p. 138.

HERINGA, A.W., Terug naar af: waarom het begrip een ieder verbindende bepalingen van verdragen slechts tot verwarring leidt, in: *Staatkundig Jaarboek* 1985, Red. A.W. Heringa, R.E. de Winter, W.J. Witteveen, Amsterdam, 1985, p. 133-146.

HERINGA, A.W., Gelijkheid en het internationale recht, Perikelen rond centrale staatsrechtelijke leerstukken, *Publiek Domein*, september 1988, p. 13-18 [Heringa 1988].

HERINGA, A.W., *Sociale Grondrechten*, dissertatie Leiden, Zwolle, 1989.

HERINGA, A.W., en ZWART, T., *De Nederlandse Grondwet*, derde herziene druk, Zwolle, 1991.

HERINGA, A.W., Retrospective and prospective rulings, in: *Judicial control, Comparative essays on judicial review*, Ed. R. Bakker/A.W. Heringa/F. Stroink, Antwerpen, Apeldoorn, 1995, p 55-80.

HIGGINS, R., Damages for Violation of One's Human Rights, in: *Explorations in Ethics and International Relations*, essays in Honour of Sydney D. Bailey, London, 1981, p. 45-67.

HOFMANN, L.C., DRION, H. en WIERSMA, K., *Het Nederlands Verbintenissenrecht*, De algemene leer der verbintenissen, Tweede gedeelte (artt. 1388-1492 B.W.), achtste druk, Groningen, 1959 [Hofmann/Drion/Wiersma 1959].

HUIJGEN, W.G., *Aansprakelijkheid van de overheid*, dissertatie Leiden, Deventer, 1991.

HUGENHOLTZ, W. en HEEMSKERK, W.H., *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, achttiende druk, Utrecht, 1996 [Hugenholtz/Heemskerk 1996].

HULLU, J. de, *Over rechtsmiddelen in strafzaken*, dissertatie Groningen, Arnhem, 1989 [De Hullu 1989].

JACOBS, F.G., en WHITE, R.C.A., *The European Convention on Human Rights*, Second Edition, Oxford, 1996.

JANSEN, A.M.L., Van de redelijke termijn, de civiele rechter en de bestuursrechter, *Trema* 1996, p. 213-216.

JONG, F.J. de, Het verlies van een kans als schadefactor, *NJB* 1944, p. 87-91.

KAPTEYN, P.J.G., en VERLOREN VAN THEMAAT, P., *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, vierde geheel herziene druk, Deventer, 1987.

KELSEN, H., Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht, *Zeitschrift für öffentliches Recht* XII (1932), p. 480-608; tevens gepubliceerd in Neudruckausgabe in einem Band, Scientia Verlag Aalen, 1971, p. 101-228.

KEMPEES, P.M., Na Dombo Beheer: pleidooi voor aanvulling van art. 382 Rv, *NJB* 1994, p. 194.

KEURENTJES, R.B.M., *De Wet BOPZ.* De betekenis voor de beroepsoefenaren in de geestelijke gezondheidszorg, Lelystad, 1995.

KLERK, Y.S., *Het ECRM-toezichtmechanisme: verleden, heden, toekomst*, dissertatie Maastricht, Nijmegen, 1995 [Klerk 1995].

KLERK, Y., De toekenning van een billijke genoegdoening door het Europees Hof voor de rechten van de mens, *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 1996, p. 193-201.

KOK, H.G.F.M. de,: Haalt art. 89 SV '99?, *RM Themis* 1993, p. 435-452.

KOOIJMANS, P.H., *Internationaal publiekrecht in vogelvlucht*, vierde druk, Groningen, 1993 [Kooijmans 1993].

KOOPMANS, T., BELLEKOM, Th.L., HERINGA, A.W., DE WINTER, R.E., *Compendium van het staatsrecht*, Deventer 1994 [Koopmans' Compendium 1994].

KORTMANN, C.A.J.M., De aansprakelijkheid van de staat voor schade voortvloeiende uit rechterlijke uitspraken, in: *Bundel Rechtspleging*, Opstellen rond het thema rechterlijke organisatie, bijeengebracht ter gelegenheid van het vijftigjarig bestaan van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Katholieke Universiteit Nijmegen, Deventer, 1974, p. 95-112 [Kortmann 1974].

KORTMANN, C.A.J.M., *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, tweede druk, Deventer, 1987 [Kortmann 1987].

KORTMANN, C.A.J.M., *Constitutioneel recht*, Deventer, 1990 [Kortmann 1990].

KORTMANN, S.C.J.J., *De civielrechtelijke aansprakelijkheid voor onjuiste wetsuitleg*, oratie Nijmegen, Deventer, 1985 [Kortmann 1985].

KORTMANN, S.C.J.J., Onrechtmatige civiele rechtspraak, in: *Met hoofd en hart.* Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.C.M. Leijten, Zwolle, 1991 [Kortmann 1991].

KORTMANN, S.C.J.J., Wie betaalt de rekening? Enige rechtsvergelijkende kanttekeningen naar aanleiding van het Anca-arrest, *NJB* 1993, p. 921-926.

KÖSTER, H.K., *Causaliteit en voorzienbaarheid*, inaugurele rede Amsterdam, Zwolle, 1963.

KÖSTER, H.K., en VERDAM, P.J., Preadviezen voor de Nederlandse Juristen-Vereniging 1959, Voordeelsaftrek bij schadevergoeding, in: *Handelingen NJV* 1959-1, Zwolle, 1959, p. 139-270.

KOVAR, R., De verhouding tussen het gemeenschapsrecht en het recht van de Lid-Staten, in: *Dertig jaar gemeenschapsrecht*, Serie Europese Perspectieven, Bureau voor officiële publikaties der Europse gemeenschappen, Luxemburg, 1983, p. 125-173.

KRANENBURG, R., *Studiën over recht en staat*, tweede, vermeerderde druk, Haarlem, 1926 [Kranenburg 1926].

KRÜGER, H.C., The European Commission of Human Rights, *Human Rights Law Journal* Vol. 1 (1980), p. 66-87.

KRÜGER, H.C. en NØRGAARD, C.A., Reflections concerning friendly settlement under the European Convention on Human Rights, in: *Protecting Human Rights: The European Dimension*. Studies in honour of G.J. Wiarda, Köln, Berlin, Bonn, München 1988, p. 329-334 [Krüger/Nørgaard 1988].

KRÜGER, H.C., Friendly Settlements under the European Convention on Human Rights: A Survey, in: *40 jaar EVRM*, NJCM-special, Leiden, 1990, p. 127-158 [Krüger 1990].

KRÜGER, H.C., Reflections on Some Aspects of Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights, in: *Liber amicorum M.A. Eissen*, Bruxelles, 1995, p. 255-269.

KUITENBROUWER, F., Claim tegen de staat legt lacune in rechtsstelsel bloot, *NRC Handelsblad* van 19 april 1995.

KUMMELING, H.R.B.M., Internationaal recht in de Nederlandse rechtsorde, in: *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg. Burkens-bundel*, Zwolle, 1995, p. 369-385 [Kummeling 1995]

LANGEMEIJER, G.E., Preventieve hechtenis en schadevergoeding, *NJB* 1931, p. 158-159.

LANGEN, M. de, *Overheidszorg voor kinderen*, Arnhem, 1993.

LAUTERPACHT, H., *International Law*, collected papers of Hersch Lauterpacht, Volume I, *The General Works*, Cambridge, 1970.

LEIJTEN, J.C.M., Het doodvonnis van de kantonrechter, *NJB* 1958, p. 432-434.

LINDENBERGH, S., Smartegeld, geen straf, *Nemesis* 1995, nr. 5, p. 126-130.

LINDO, C.M.Th., Onze Straatsburgse rechter over het EVRM. Interview met mr S.K. Martens, *NJB* 1991, p. 465-476.

LINDO, C.M.Th., Cassatie in de negentiger jaren, Interview met mr S. Royer, president van de Hoge Raad, *NJB* 1995, p. 883-890.

LOOF, J.P., *Amicus curiae* in Straatsburg: een rol voor ngo's binnen het EVRM-toezichtmechanisme, in: *45 jaar EVRM*, Speciaal nummer NJCM-Bulletin, Leiden, 1996, p. 13-31.

LOUCAIDES, L., Responsibility under the European Convention on Human Rights: Objective or Subjective Test?, in: *Essays on the Developing Law of Human Rights*, International Studies in Human Rights Volume 39, Dordrecht, Boston, London, 1995, p. 141-156.

LUZZATTO, R., La corte europea dei diritti dell'uomo e la riparazione delle violazioni della convenzione, in: *Studi in honori di Manlio Udina, Tomo I, Diritto Internazionale Storia Delle Relazioni Internazionali*, Milano, 1975, Pubblicazioni Della Facoltà Di Giurisprudenza Della Università Di Trieste, p. 423-445 [Luzzatto 1975].

MAEIJER, J.M.M., *Matiging van schadevergoeding*, dissertatie Nijmegen, Breda, 1962 [Maeijer 1962].

MAHONEY, P. en PREBENSEN, S., The European Court of Human Rights in: *The European System for the Protection of Human Rights*. Edited by R.St.J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold, Dordrecht, Boston, London, 1993, p. 621-643.

MALE, R.M. van en RAVELS, B.P.M., Tot schade van allen. De onvolkomen schadevergoedingsregeling van de Awb, *Bouwrecht* 1993, p. 669-685.

MARCUS-HELMONS, S., Observations sur Cour européenne des droits de l'homme, Affaire Ringeisen: interprétation de l'arrêt du 22 juin 1972, *Cahiers de Droit Européen* 1974, p. 384-393.

MARTENS, S.K., Individual Complaints under Article 53 of the European Convention on Human Rights, in: *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe*. Essays in honour of Henry G. Schermers, Volume III, Edited by Rick Lawson & Matthijs de Blois, Dordrecht, Boston, London, 1994, p. 253-292 [Martens 1994].

MAYERHOFER, C., Angemessene Entschädigung und gütliche Einigung in Verfahren vor den Konventionsorganen, in: *Grund und Freiheitsrechte in der Gerichtlichen Praxis*. Richterwoche 1992, Vorträge Badgastein, 31. Mai bis 6. Juni 1992. Schriftenreihe des Bundesministeriums für Justiz 59, p. 121-136.

MCBRIDE, J., Redress for human rights violations, in: *Droit sans frontières*, Essays in honour of L. Neville Brown, edited by Geoffrey Hand and Jeremy McBride, Birmingham, 1991, p. 161-174 [McBride 1991].

MCGOLDRICK, D., *The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford Monographs in International Law, Oxford, 1994 [McGoldrick 1994]

MEIJERS, H., *Rond het internationale gewoonterecht in Nederland*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, Deventer, 1985 [Meijers 1985].

MELAI, A.L., *Wetboek van Strafvordering*, artikelen 89-93, Arnhem.

MELAI, A.L., Schadevergoeding voor voorlopige hechtenis, *Delikt en Delinkwent* 1988, p. 803-808.

MERLE, M., La Convention Européenne des Droits De l'Homme et des Libertés Fondamentales, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Vol. LXVII, No. 3, juillet-septembre 1951, p. 705-735.

MERRILLS, J.G., *The development of international law* by the European Court of Human Rights, Manchester, 1993 [Merrills 1993].

MEUWISSEN, D.H.M., *De Europese Conventie en het Nederlandse recht* (Een onderzoek naar de verhouding tussen internationaal en nationaal recht, in het bijzonder toegelicht aan de hand van Nederlands constitutioneel recht en van de verhouding tussen de Europese Conventie tot bescherming van de Rechten van de Mens en de

Fundamentele Vrijheden en Nederlands recht), dissertatie Universiteit van Amsterdam, Europese Aspecten, Serie E No. 8, Leiden, 1968 [Meuwissen 1968].

MEUWISSEN, D.H.M., *Grondrechten*, Antwerpen, 1984.

MIELE, M., L'art. 50 della convenzione europea sui diritti dell'uomo e le sue prime applicazioni giurisprudenzali, in: *Studi in onore di Manlio Udina, Tomo I, Diritto Internazionale Storia Delle Relazioni Internazionali*, Milano, 1975, Pubblicazioni Della Facoltà Di Giurisprudenza Della Università Di Trieste, p. 539-550 [Miele 1975].

MIKAELSEN, L., *European Protection of Human Rights*, Alphen aan den Rijn, 1980.

MOLTMAKER, J.K., Schadeveroorzakend overheidshandelen, *Bouwrecht* 1991, p. 817-822.

MONCONDUIT, F., *La Commission Européenne des Droits de l'Homme*, Leiden, 1965.

MUS, J.B., *Verdragsconflicten voor de Nederlandse rechter*, dissertatie Utrecht, Deventer, 1996.

NEDERLANDSE VERENIGING VOOR RECHTSPRAAK, rapport van 15 december 1994 inzake schadevergoeding na voorlopige hechtenis en andere dwangmiddelen van een door de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak ingestelde werkgroep.

NISPEN, C.J.J.C. van, *Het rechterlijk verbod en bevel*, dissertatie Leiden, Deventer, 1978.

NOWAK, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Kehl, Strasbourg, Arlington, 1993 [Nowak 1993].

OEVELEN, A. van, *De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht*, 2 delen, Antwerpen, Apeldoorn, 1987.

OPPENHEIM, L., *International Law Vol I*, Peace, eight edition, edited by H. Lauterpacht, London, New York, Toronto, 1955 [Oppenheim/Lauterpacht 1955].

OPSAHL, T. en DOLLÉ, S., *Settlement based on Respect for Human Rights under the European Convention on Human Rights, written communication to the sixth International Colloquy about the European Convention on Human Rights*, Sevilla, 1985, p. 966-997 [Opsahl/Dollé 1985].

OVEREEM, R., *Smartegeld. Een rechtsvergelijkende beschouwing over de vergoeding van niet-economische schade*, Zwolle, 1979 [Overeem 1979].

OVEREEM, R., Smartegeldrechtspraak in de jaren tachtig, *Verkeersrecht* 1990, p. 141-145 [Overeem 1990].

PANZERA, A.F., Le pouvoir de la Cour Européenne des Droits de l'Homme d'accorder une satisfaction équitable à la partie lésée, in: *Les clauses facultatives de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bari, 1974, p. 255-263, tevens verschenen onder de titel Il potere della Corte europea dei diritti dell'uomo di accordare un'equa riparazione alla parte lesa, *Rivista di Diritto Europeo* 1974 (Vol. 14), p. 317-325 [Panzera 1974].

PELLOUX, R., Les arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans les affaires Stögmüller et Matznetter, in: *Annuaire Français de Droit International*, XVI, 1970, p. 338-345.

PELLOUX, R., Le contentieux de l'indemnité devant la Cour Européenne, in: *Mélanges Michel Stassinopoulos*, Paris, 1974, p. 397-404.

PERSONNAZ, J., *La Réparation du Préjudice en Droit International Public*, Paris, 1939 [Personnaz 1939].

PETZOLD, H., Der Schutz der Menschenrechte nach traditionellem Völkerrecht und nach der Europäischen Menschenrechts-Konvention, in: *Internationales Colloquium über Menschenrechte*, Berlin, 3.-8. Oktober 1966.

POLAK, R.J., *Aanspraak en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, dissertatie Amsterdam, Zwolle, 1949.

POLAKIEWICZ, J., *Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, dissertatie Heidelberg, 1991, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Berlin, 1992 [Polakiewicz 1991].

POLAKIEWICZ, J., La mise en oeuvre de la CEDH et de décisions de la Cour de Strasbourg en Europe de l'Ouest: une évaluation, *Revue Universelle des Droits de l'Homme* 1992, p. 418-429 [Polakiewicz 1992].

POT, C.M. van der, en DONNER, A.M., *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, bewerkt door L. Prakke, J.L. de Reede en G.J.M. van Wissen, dertiende druk, Zwolle, 1995.

PRAKKEN, T., Schadevergoeding na voorlopige hechtenis, *NJB* 1989, p. 1575-1577 [Prakken 1989] en *NJB* 1990, p. 350.

RAMCHARAN, B.G., State responsibility for violations of human rights treaties, in: *Contemporary problems of international law*: Essays in honour of Georg Schwarzenberger on his eightieth birthday, London, 1988, p. 241-261.

RAVAUD, C., Activités du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en 1989 en vertu des articles 32 et 54 de la CEDH, *Revue Universelle des droits de l'Homme* 1990, p. 128-137.

REDACTIONEEL, Nederland moet niet langer dralen met toetreding tot het Zevende Protocol bij het EVRM, *NJCM-Bulletin* 20-4 (1995), p. 389-390.

REITZER, L., *La Réparation comme conséquence de l'acte illicite en Droit international*, Paris, 1938 [Reitzer 1938].

RESS, G., The European Convention on Human Rights and State Parties: The Legal Effect of the Judgments of the European Court of Human Rights on the Internal Law and before Domestic Courts of the Contracting States, in: *Protection of Human Rights. Limits and Effects*, Proceedings of the Fifth International Colloquy about the European Convention on Human Rights, edited by Irene Maier, Heidelberg 1982, p. 209-269 [Ress 1982].

RIMANQUE, K., De nakoming van Straatsburgse beslissingen: een taak voor regelgevers en rechters, in: *Présence du droit public et des droits de l'homme*. Mélanges offerts à Jacques Velu, Collection de la Faculté de Droit Université libre de Bruxelles, Bruxelles, 1992, Tome Troisième, p. 1347-1360.

RIPHAGEN, W., *Sixth report on the content, forms and degrees of international responsibility* (part 2 of the draft articles); and *"Implementation" (mise en oeuvre) of international responsibility and the settlement of disputes* (part 3 of the draft articles), by Mr. Willem Riphagen, Special rapporteur, YBILC 1985 II, p. 3-19.

ROBERTSON, A.H., *Human Rights in Europe*, Manchester, 1963.

ROBERTSON, A.H. en MERRILLS, J.G., *Human Rights in Europe*. A study of the European Convention on Human Rights, Third Edition, Manchester, New York, 1993.

ROGGE, K., The "victim" requirement in Article 25 of the European Convention on Human Rights, in: *Protecting Human Rights: The European Dimension.* Studies in honour of G.J. Wiarda, Köln, Berlin, Bonn, München, 1988, p. 539-545.

ROUW, A.C.J. de, Verwarring door verwoording. Een ieder verbindende verdragsbepalingen in de Nederlandse rechtspraak, in: *Tien Jaren T.M.C. Asser-Instituut 1965-1975*, Den Haag, 1975, p. 79-86.

ROZEMOND, K., Schadevergoeding na strafvorderlijk overheidsoptreden, *NJB* 1993, p. 129-132 [Rozemond 1993].

RYSSDAL, R., The Enforcement System set up under the European Convention on Human Rights, in: *Compliance with judgments of international courts*, Proceedings of the Symposium organized in honour of Professor Henry G. Schermers by Mordenate College and the Department of International Public Law of Leiden University, edited by M.K. Bulterman and M. Kuijer, The Hague, Boston, London, 1996, p. 49-69.

SANSONETIS, Nicholas, Costs and Expenses, in: *The European System for the Protection of Human Rights*. Edited by R.St.J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold, Dordrecht, Boston, London, 1993, p. 755-773.

SCHELLEN, J. van, Adequaat causaal verband en toerekening naar redelijkheid, in: *Non sine causa*. Opstellen aangeboden aan prof. mr. G.J. Scholten, Zwolle, 1979, p. 333-358 [Van Schellen 1979].

SCHERMERS, H.G., The Eleventh Protocol to the European Convention on Human Rights, *European Law Review*, Vol. 19 No. 4 (August 1994), p. 367-384.

SCHIRMEISTER, F.C., Schadevergoeding aan minderjarigen, in: *Kinderen en recht*, M. de Langen e.a. (red.), Arnhem, Deventer, 1989, p. 337-352.

SCHOKKENBROEK, J.G.C., *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens*, dissertatie Leiden, Zwolle, 1996.

SCHRAGE, E.J.H., De aansprakelijkheid van de rechter voor beroepsfouten, *RM Themis* 1995, p. 127-141.

SCHUT, G.H.A., *Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid*, dissertatie VU Amsterdam, Zwolle, 1963 [Schut 1963].

SCHUT, G.H.A., De aard van de aansprakelijkheid en van de schade, *RM Themis* 1978, p. 380-403 [Schut 1978].

SCHUT, G.H.A., *Onrechtmatige daad volgens BW en NBW*, Studiepockets privaatrecht nr. 21, Zwolle, 1990.

SCHUT, G.H.A., In de persoon aangetast, redactionele kanttekeningen, *RM Themis* 1990, p. 305-306.

SHARPE, J.L., Awards of Costs and Expenses under Article 50 of the European Convention on Human Rights, *The Law Society's Gazette* van 28 maart 1984.

SHARPE, J.L., Article 50, in: *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article.* Sous la direction de L.E. Pettiti, E. Decaux et P.H. Imbert, Paris, 1995, p. 809-842.

SMITS, P., *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, dissertatie Rotterdam, Serie Civiele procespraktijk, Zwolle, 1996.

SONDAAL, H.H.M., *De Nederlandse Verdragspraktijk*, dissertatie Leiden, 's-Gravenhage, 1986.

SPIER, J., *Onrechtmatige overheidsdaad*, Studiepockets privaatrecht nr. 28, Zwolle, 1987 [Spier 1987].

SPIER, J., en BOLT, A.T., De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, preadvies, in: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging*, 1996-1, Zwolle, 1996 [Spier 1996].

STARKE, J.G., *Introduction to International Law*, Ninth Edition, London, 1984.

STEIN, P.A., *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, tiende druk, Deventer, 1995 [Stein 1995].

STOCK-TAKING on the European Convention on Human rights. A periodic note on the concrete results achieved under the Convention. The first thirty years: 1954 until 1984, Strasbourg, 1984, p. 115-144 [verder: Stock-taking 1984] en de jaarlijkse supplementen hierop [tot en met 1988; verder: Supplement Stock-taking 1984, 1985, 1986, 1987, 1988].

STORME, M., De rechterlijke macht, *NJB* 1993, p. 917-920.

STRIJARDS, G.A.M., *Revisie. Inbreuken en executiegeschillen betreffende het strafgewijsde*, Arnhem, 1989 [Strijards 1989].

STRUPP, K., *Das völkerrechtliche Delikt*, Stuttgart, 1920 [Strupp 1920].

STRUPP, K., *Wörterbuch des Völkerrechts*, herausgegeben von H.J. Schlochauer, Berlin, 1962 [Strupp 1962].

SUY, E., L'individu devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme, in: *Colloque internationale sur les droits de l'homme*, Berlin 3-8 Octobre 1966 [Suy 1966].

TAK, P.J.P., Schadevergoeding voor ondergane voorlopige hechtenis en straf, *Tijdschrift voor Strafrecht* 1970, p. 1-27.

TARDU, M., Le Droit de recours des particuliers devant une organe international, *Revue du Droit international pour le Moyen-Orient*, Cinquiéme Année (1956) No. 1, p. 20-41 [Tardu 1956].

TEITGEN, P.H., Introduction to the European Convention on Human Rights, in: *The European System for the Protection of Human Rights*. Edited by R.St.J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold, Dordrecht, Boston, London, 1993, p. 3-14.

TOMUSCHAT, C., Quo vadis, Argentoratum? The succes story of the European Convention on Human Rights - and a few dark stains, *HRLJ* 1992, p. 401-406.

TRECHSEL, S., Liberty and Security of Person, in: *The European System for the Protection of Human Rights*. Edited by R.St.J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold, Dordrecht, Boston, London, 1993, p. 277-344.

TRECHSEL, S., Das Verflixte Siebente? Bemerkungen Zum 7. Zusatzprotokoll Zur EMRK, in: *Fortschritt im Bewusstsein der Grund- und Menschenrechte*. Festschrift für Felix Ermacora, Kehl, Strasbourg, Arlington, 1988, p. 195-211.

VALLÉE, Ch., Une application de l'article 50 de la Convention européenne des droits de l'homme, *Revue Générale de Droit International Public*, 1972, p. 1105-1110.

VASAK, K., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, 1964 [Vasak 1964].

VEEN, Th.W. van, Schadevergoeding voorlopige hechtenis, *Delikt en Delinkwent* 1976, p. 71-81.

VEEN, Th.L. van der, Vergoeding van niet-materiële schade, *AAe* 1989, p. 245-247.

VEGLERIS, Ph., Modes de redressement des violations de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, in: *Mélanges offerts a Polys Modinos*, Paris, 1968, p. 369-388 [Vegleris 1968].

VELDE, J. van der, Het toezicht op de naleving van het EVRM en de implementatie van Straatsburgse beslissingen in Nederland, in: *40 jaar EVRM*, NJCM-special, Leiden, 1990, p. 159-180 [Van der Velde 1990].

VELU, J., et ERGEC, R., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles, 1990 [Velu/Ergec 1990].

VERDROSS, A., *Völkerrecht*, Fünfte neubearbeitete und erweiterte auflage unter mitarbeit von Stephan Verosta und Karl Zemanek, Wien, 1964 [Verdross 1964].

VERDROSS, A., *Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis*. Von Alfred Verdross und Bruno Simma, Berlin, 1984.

VERSTEEG, J.H., Kan een rechtspersoon ideële schade lijden?, *AAe* VII (1957-1958), p. 158-175.

VIERDAG, E.W., Some remarks about special features of human rights treaties, in: *Netherlands Yearbook of International Law* 1994, p. 119-142.

VILLIGER, M., Die Wirkungen der Entscheide der EMRK-Organe im innerstaatlichen Recht, namentlich in der Schweiz, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Neue Folge Band 104, 1985, p. 469-516 [Villiger 1985].

VIS, W., La réparation des violations de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (Note sur l'article 50 de la Convention), in: *La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre Européen*, Paris, 1961, p. 279-286 [Vis 1961].

WASSENAER VAN CATWIJCK, A.J.O. van, *Eigen schuld*, dissertatie Leiden, Zwolle, 1971.

WASSENAER VAN CATWIJCK, A.J.O. van, *Eigen schuld en medeschuld volgens BW en NBW*, Studiepockets privaatrecht nr. 36, Zwolle, 1985.

WEIL, G.L., *The European Convention on Human Rights*, Leyden, 1963 [Weil 1963].

WIJK, H.D. van, KONIJNENBELT, W. en MALE, R.M. van, *Hoofdstukken van administratief recht*, negende druk, Utrecht, 1994 [Van Wijk/Konijnenbelt 1994].

WIJKERSLOOTH, J.L. de, Het recht gaat aan constructies ten onder, *RM Themis* 1993, p. 316-324.

WOLTJER, A.J.Th., 30 jaar co-existence, in: *45 jaar EVRM*, Speciaal nummer NJCM-Bulletin, Leiden, 1996 [Woltjer 1996].

ZEBEN, C.J. van, Onrechtmatige daad van de rechter, in: *Van Opstall-bundel*, Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. S.N. van Opstall, Deventer, 1972

ZEBEN, C.J. van, PON, J.W. du, *Parlementaire Geschiedenis NBW, Boek 6*, Deventer, 1982 [Parlementaire Geschiedenis NBW, Boek 6].

ZWAAK, L. en ZWART, T., De kuilen in de weg naar Straatsburg: de ontvankelijkheidseisen, in: *40 jaar EVRM*, NJCM-special, Leiden, 1990, p. 95-126.

ZWART, T., *The Admissibility of Human Rights Petitions*, dissertatie Leiden, Dordrecht, 1994.

RECHTSPRAAKREGISTER

De uitspraken zijn chronologisch vermeld, voorzover zij in de hoofdtekst voorkomen is verwezen naar paginanummers

Permanent Hof van Internationale Justitie

Arrest van 30 augustus 1924, C.P.I.J. Série A No.2 (Concessions Mavrommatis en Palestine) 60
Arrest van 26 juli 1927, C.P.J.I. Série A No. 9 (Usine de Chorzów, compétence) 56
Advies van 3 maart 1928, P.C.I.J. Series B No. 15 (Jurisdiction of the Courts of Danzig) 61
Arrest van 13 september 1928, C.P.J.I. Série A No. 17 (Usine de Chorzów, fond, indemnité) 54, 56, 148, 185

Internationaal Gerechtshof

Arrest van 9 april 1949, C.I.J. Recueil (1949), p. 36 (Affaire du Détroit de Corfou, Albanië tegen het Verenigd Koninkrijk) 55, 61
Arrest van 20 december 1974 , I.C.J. Reports (1974), p. 252 (Nucleair Test Cases, Australië tegen Frankrijk) 55

Inter-Amerikaanse Hof voor de Rechten van de Mens

Aloeboetoe en anderen tegen Suriname, 4 december 1991 (Interlocutory Judgment), *HRLJ* 1992, p. 40 160
Aloeboetoe en anderen tegen Suriname, 10 september 1993 (Reparation), *HRLJ* 1993, p. 413 160, 161

Comité ter uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie

No. 1/1984, *Yilmaz-Dogan* tegen Nederland, 10 augustus 1988, NJCM-Bulletin 13-7 (1988), p. 687-697 m.nt. C. Flinterman 95

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

HvJEG 5 februari 1963, zaak 26/62, Jurispr. 1963, p. 1 e.v. (Van Gend en Loos) 262
HvJEG 15 juli 1964, zaak 6/64, Jurispr. 1964, p. 1255 e.v. (Costa-Enel) 262

Europese Hof voor de Rechten van de Mens

Lawless t. Ierland, 14 november 1960 (Exceptions préliminaires et questions de procedure), A-1 100, 116
Lawless t. Ierland, 7 april 1961, A-2 101
Neumeister t. Oostenrijk, 27 juni 1968, A-8 328
De Wilde, Ooms en Versyp t. België, 18 november 1970 (Question of procedure), A-12 101
De Wilde, Ooms and Versyp t. België, 18 juni 1971 (Merits), A-12 84, 327, 328
Ringeisen t. Oostenrijk, 16 juli 1971, A-13
De Wilde, Ooms en Versyp t. België, 10 maart 1972 (art. 50), A-14
83, 84, 85, 88, 108, 112, 120, 175, 202, 327, 328
Ringeisen t. Oostenrijk, 22 juni 1972 (art. 50), A-15
86, 113, 116, 126, 149, 191, 198, 199
Ringeisen t. Oostenrijk, 23 juni 1973 (Interpretation) A-16 80, 126, 279, 280
Neumeister t. Oostenrijk, 7 mei 1974 (art. 50), A-17 87, 149, 193, 199, 328
Golder t. het Verenigd Koninkrijk, 21 februari 1975, A-18, NJ 1975, 462 (EAA)
117, 118
Engel en anderen t. Nederland, 8 juni 1976, A-22, NJ 1978, 223 144, 195
Engel en anderen t. Nederland, 23 november 1976 (art. 50), A-22, NJ 1978, 224 (DHMM) 144, 149, 150, 151, 179, 195, 218, 219, 299
Ierland t. het Verenigd Koninkrijk, 18 januari 1978, A-25 245
Tyrer t. het Verenigd Koninkrijk, 25 april 1978, A-26 118, 245
König t. Duitsland, 28 juni 1978, A-27, NJ 1980, 54
Luedicke, Belkacem and Koç t. Duitsland, 28 november 1978, A-29, NJ 1980, 42 108
Sunday Times t. het Verenigd Koninkrijk, 26 april 1979, A-30, NJ 1980, 146 (EAA), NJCM 4-16/17 (1979), 58 (MB)
Marckx t, België, 13 juni 1979, A-31, NJ 1980, 462 (EAA)
69, 114, 147, 151, 153, 237, 321
Airey t. Ierland, 9 oktober 1979, A-32, NJ 1980, 376 (EAA)
Winterwerp t. Nederland, 24 oktober 1979, A-33, NJ 1980, 114 (EAA), AA 1980, 105 (MdB) 69, 107
Deweer t. België, 27 februari 1980, A-35, NJ 1980, 561 140, 163, 220
Luedicke, Belkacem and Koç t. Duitsland, 10 maart 1980 (art. 50), A-36 109 121
König t. Duitsland, 10 maart 1980 (art. 50), A-36
101 119, 150, 165, 167, 208, 292, 324
Artico t. Italië, 13 mei 1980, A-37, NJ 1980, 586 167
Sunday Times t. het Verenigd Koninkrijk, 6 november 1980 (art. 50), A-38
117, 139, 146, 150, 189
Guzzardi t. Italië, 6 november 1980, A-39 116, 119, 120, 150, 195, 196

Airey t. Ierland, 6 februari 1981 (art. 50), A-41
Buchholz t. Duitsland, 6 mei 1981, A-42, NJ 1987, 827 (PvD), NJCM 1982, 30 (JCvO) 180
Le Compte, Van Leuven en De Meyere t. België, 23 juni 1981, A-43, NJ 1982, 602
Young, James en Webster t. het Verenigd Koninkrijk, 13 augustus 1981, A-44, NJCM 1982, 400 (MdB) 163, 248
Dudgeon t. het Verenigd Koninkrijk, 22 oktober 1981, A-45 146
X t. het Verenigd Koninkrijk, 5 november 1981, A-46
Winterwerp t. Nederland, 27 november 1981 (art. 50), A-47 69, 107
Campbell en Cosans t. het Verenigd Koninkrijk, 25 februari 1982, A-48 69, 178, 254
Van Droogenbroeck t. België, 24 juni 1982, A-50
Eckle t. Duitsland, 15 juli 1982, A-51
Sporrong en Lönnroth t. Zweden, 23 september 1982, A-52, NJ 1988, 290 (EAA) 65, 183, 251
Piersack t. België, 1 oktober 1982, A-53 148, 217, 341
Le Compte, Van Leuven en De Meyere, 18 oktober 1982 (art. 50), A-54 152, 177, 186
Young, James en Webster t. het Verenigd Koninkrijk, 18 oktober 1982 (art. 50), A-55 68, 127, 163, 248
X t. het Verenigd Koninkrijk, 18 oktober 1982 (art. 50), A-55 123, 248
Corigliano t. Italië, 10 december 1982, A-57 143
Albert en Le Compte t. België, 10 februari 1983, A-58, NJ 1987, 315
Dudgeon t. het Verenigd Koninkrijk, 24 februari 1983 (art. 50), A-59 140, 147, 152, 173, 234, 256
Campbell en Cosans t. het Verenigd Koninkrijk, 22 maart 1983 (art. 50), A-60 152, 153, 178, 181, 182, 254, 255
Silver en anderen t. het Verenigd Koninkrijk, 25 maart 1983, A-61
Minelli t. Zwitserland, 25 maart 1983, A-62, NJ 1986, 698 (EAA) 27, 225, 226, 303
Van Droogenbroeck t. België, 25 april 1983 (art. 50), A-63 151, 176, 202
Pakelli t. Duitsland, 25 april 1983, A-64 140, 141
Eckle t. Duitsland, 21 juni 1983 (art. 50), A-65 49, 127, 141, 173, 174, 209, 294
Zimmermann en Steiner t. Duitsland, 13 juli 1983, A-66 142
Silver en anderen t. het Verenigd Koninkrijk, 24 oktober 1983 (art. 50), A-67 236, 249
Albert en Le Compte t. België, 24 oktober 1983 (art. 50), A-68
Öztürk t. Duitsland, 21 februari 1984, A-73, NJ 1988, 937
Luberti t. Italië, 23 februari 1984, A-75 143, 176, 181
Goddi t. Italië, 9 april 1984, A-76 167, 168, 227, 228

De Jong, Baljet en Van den Brink t. Nederland, 22 mei 1984, A-77, NJ 1986, 507 (EAA) 119, 199
Van der Sluijs, Zuiderveld en Klappe t. Nederland, 22 mei 1984, A-78, NJ 1986, 507 (EAA) 199
Duinhof en Duijf t. Nederland, 22 mei 1984, A-79, NJ 1986, 507 (EAA) 199
Campbell en Fell t. het Verenigd Koninkrijk, 28 juni 1984, A-80 218
Guincho t. Portugal, 10 juli 1984, A-81 118, 186, 187
McGoff t. Zweden, 26 oktober 1984, A-83
Skoogström t. Zweden, 2 oktober 1984, A-83 105
Sramek t. Oostenrijk, 22 oktober 1984, A-84
Öztürk t. Duitsland, 26 oktober 1984 (art. 50), A-85 179
Piersack t. België, 26 oktober 1984 (art. 50), A-85 109 110, 148, 184, 216, 341
De Cubber t, België, 26 oktober 1984, A-86, NJ 1988, 744 (EAA), NJCM 1985, 21 (EM) 216, 341
Sporrong en Lönnroth t. Zweden, 18 december 1984 (art. 50), A-88 150, 166, 172, 183, 251
Colozza t. Italië, 12 februari 1985, A-89, NJ 1986, 685 124, 168, 220
Barthold t. Duitsland, 25 maart 1985, A-90, NJ 1987, 900 (EAA)
X en Y t. Nederland, 26 maart 1985, A-91, NJ 1985, 525 (EAA), NJCM 1985, 410 (JGCS) 34, 233, 321
Bönisch t. Oostenrijk, 6 mei 1985, A-92, NJ 1989, 385, (PvD) 109, 168, 220, 221
Abdulaziz, Cabales en Balkandali t. het Verenigd Koninkrijk, 28 mei 1985, A-94, NJ 1988, 187 (EAA), RV 1985, 105 164, 240, 241, 250
Benthem t. Nederland, 23 oktober 1985, A-97, NJ 1986, 102 (EAA), AB 1986, 1 (EMHHB), NJCM 1985, 669 (TZ, AWH) 17, 141, 299
Barthold t. Duitsland, 31 januari 1986 (art. 50), A-98 141
Feldbrugge t. Nederland, 29 mei 1986, A-99, NJ 1987, 432 (EAA), NJCM 1986, 452 (AWMW) 222
Deumeland t. Duitsland, 29 mei 1986, A-100, AA 1987, 242 124, 143
Van Marle en anderen, 26 juni 1986, A-101, NJ 1987, 581 (EAA) 65
Bönisch t. Oostenrijk, 2 juni 1986 (art. 50), A-103 109, 168, 177, 221
Lingens t. Oostenrijk, 8 juli 1986, A-103, NJ 1987, 901 (EAA) 172, 173, 242, 243
Sanchez-Reisse t. Zwitserland, 21 oktober 1986, A-107, NJ 1988, 555 (PvD) 287, 289
Gillow t. het Verenigd Koninkrijk, 24 november 1986, A-109 236
Unterpertinger t. Oostenrijk, 24 november 1986, A-110, NJ 1988, 745 (EAA) 127, 164, 229
Bozano t. Frankrijk, 18 december 1986, A-111, NJ 1989, 409 (PvD) 196, 287
Johnston en anderen, 18 december 1986, A-112, NJ 1989, 97 (EAA) 144, 237, 238
Weeks t. het verenigd Koninkrijk, 2 maart 1987, A-114 168, 169, 202
Lechner en Hess t. Oostenrijk, 23 april 1987, A-118 170

Capuano t. Italië, 25 juni 1987, A-119, NJ 1990, 231 (EAA) 165, 180
Baggetta t. Italië, 25 juni 1987, A-119 182
Milasi t. Italië, 25 juni 1987, A-119, NJ 1990, 230 (EAA) 165
O. t. het Verenigd Koninkrijk, 8 juli 1987, A-120, NJ 1988, 828 (EAA)
H. t. het Verenigd Koninkrijk, 8 juli 1987, A-120, NJ 1988, 828 (EAA) 238
W. t. het Verenigd Koninkrijk, 8 juli 1987, A-121, NJ 1988, 828 (EAA)
B. t. het Verenigd Koninkrijk, 8 juli 1987, A-121, NJ 1988, 828 (EAA) 238
R. t. het Verenigd Koninkrijk, 8 juli 1987, A-121, NJ 1988, 828 (EAA) 238
Baraona t. Portugal, 8 juli 1987, A-122 187, 214
Lutz t. Duitsland, 25 augustus 1987, A-123, NJ 1988, 938 (EAA) 304
Nölkenbockhoff t. Duitsland, 25 augustus 1987, A-123 125
Feldbrugge t. Nederland, 27 juli 1987 (art. 50), A-124 130, 223, 301
De Cubber t. België, 14 september 1987 (art. 50), A-124 110, 127, 128, 216, 341
Gillow t. het Verenigd Koninkrijk, 14 september 1987 (art. 50), A-124 124, 237
Bozano t. Frankrijk, 2 december 1987 (art. 50), A-124 196
Pudas t. Zweden, 27 oktober 1987, A-125-A, NJ 1988, 997 (EAA), NJCM 1988, 654 (AWH)
Bodén t. Zweden, 27 oktober 1987, A-125-B, NJ 1988, 997 (EAA), NJCM 1988, 654 (AWH)
Inze t. Oostenrijk, 28 oktober 1987, A-126, NJ 1989, 661, (EAA), NJCM 1988, 242 (JdB) 172, 173, 251, 252
H. t. België, 30 november 1987, A-127-B 219
F. t. Zwitserland, 18 december 1987, A-128, NJ 1989, 99 (EAA), NJCM 1988, 235 (JdB) 249
Bouamar t. België, 29 februari 1988, A-129 196, 291
Olsson t. Zweden, 24 maart 1988, A-130, NJCM 1988, 362 (JGCS) 156, 174, 239
Boyle en Rice t. het Verenigd Koninkrijk, 27 april 1988, A-131
Ekbatani t. Zweden, 26 mei 1988, A-134 118
Pauwels t. België, 26 mei 1988, A-135 189
O. t. het Verenigd Koninkrijk, 9 juni 1988 (art. 50), A-136-A 169, 173
H. t. het Verenigd Koninkrijk, 9 juni 1988 (art. 50), A-136-B 169, 170, 173, 239
W. t. het Verenigd Koninkrijk, 9 juni 1988 (art. 50), A-136-C 153, 156, 169, 170, 173, 239
B. t. het Verenigd Koninkrijk, 9 juni 1988 (art. 50), A-136-D 169, 170, 173, 239
R. t. het Verenigd Koninkrijk, 9 juni 1988 (art. 50), A-136-E 169, 170, 173, 239
Schönenberger en Durmaz t. Zwitserland, 20 juni 1988, A-137
Berrehab t. Nederland, 21 juni 1988, A-138, NJ 1988, 746 (EAA), NJCM 1988, 579 (JDMS) 241, 320
Bouamar t, België, 27 juni 1988 (art. 50), A-136-F 196, 291
Norris t. Ierland, 26 oktober 1988, A-142, NJCM 1989, 365 (JGCS) 115, 140, 234
Martins Moreira t. Portugal, 26 oktober 1988, A-143 170, 173

Weeks t. het Verenigd Koninkrijk, 5 oktober 1988 (art. 50), A-145-A169, 176, 202
Brogan en anderen t. het Verenigd Koninkrijk, 29 november 1988, A-145-B, NJ 1989, 815 (EAA), NJCM 1989, 206 (JGCS) 200, 204, 205
Barberà, Messegué en Jabardo t. Spanje, 6 december 1988, A-146 111, 112
Ciulla t. Italië, 22 februari 1989, A-148 196, 205
Bock t. Duitsland, 29 maart 1989, A-150
Lamy t. België, 30 maart 1989, A-151 203
Brogan en anderen t. het Verenigd Koninkrijk, 30 mei 1989 (art. 50), A-152 200, 205
Neves e Silva t. Portugal, 27 april 1989, A-153-A
Hauschildt t. Denemarken, 24 mei 1989, A-154, NJ 1990, 627 (PvD) 111, 128
Langborger t. Zweden, 22 juni 1989, A-155 216
Eriksson t. Zweden, 22 juni 1989, A-156, NJ 1992, 705 (EAA) 166, 239
Union Alimentaria Sanders S.A. t. Spanje, 7 juli 1989, A-157 134, 151, 163
Bricmont t. België, 7 juli 1989, A-158
Tre Traktörer AB t, Zweden, 7 juli 1989, A-159
Gaskin t. het Verenigd Koninkrijk, 7 juli 1989, A-160, NJ 1991, 659 (EJD), NJCM 1990, 206 (LFMV) 233, 234
Soering t. het Verenigd Koninkrijk, 7 juli 1989, A-161, NJ 1990, 158 (EAA), NJCM 1989, 846 (BPV) 142, 246
H. t. Frankrijk, 24 oktober 1989, A-162
Allan Jacobsson t. Zweden, 25 oktober 1989, A-163, NJCM 1989, 1033 (JGCS)
Bezicheri t. Italië, 25 oktober 1989, A-164, NJ 1990, 697 (PvD)
Kostovski t. Nederland, 20 november 1989, A-166, NJ 1990, 245 (EAA), NJCM 1990, 351 (EM) 110, 230, 300
Brozicek t. Italië, 19 december 1989, A-167, NJ 1994, 25 (EAA), NJCM 1990, 345 (EM) 220
Kamasinski t. Oostenrijk, 19 december 1989, A-168, NJ 1994, 26 (EAA)
Van der Leer t. Nederland, 21 februari 1990, A-170, NJ 1991, 624 (EAA), NJCM 1990, 373 (EM) 197, 293
Håkansson en Sturesson t. Zweden, 21 februari 1990, A-171
Granger t. het Verenigd Koninkrijk, 28 maart 1990, A-174 228
Kostovski t. Nederland, 29 maart 1990 (art. 50), A-170-B 230
Huvig t. Frankrijk, 24 april 1990, A-176-A, NJ 1991, 523 (EJD), NJCM 1990, 704 (EM) 206
Kruslin t. Frankrijk, 24 april 1990, A-176-B, NJ 1991, 523 (EJD), NJCM 1990, 704 (EM) 234, 235
Weber t. Zwitserland, 22 mei 1990, A-177, NJ 1992, 454 (EJD), NJCM 1991, 235 (JvdV)
Autronic AG t. Zwitserland, 22 mei 1990, A-178, NJ 1991, 740 (EAA)

Obermeier t. Oostenrijk, 28 juni 1990, A-179, NJ 1995, 491 (EAA), NJCM 1990, 782 (PFvdH)
Mats Jacobsson t. Zweden, 28 juni 1990, A-180-A 176, 177
Skärby t. Zweden, 28 juni 1990, A-180-B
E. t. Noorwegen, 29 augustus 1990, A-181-A
Fox, Campbell and Hartley t. het Verenigd Koninkrijk, 30 augustus 1990, A-182 197, 205
McCallum t. het Verenigd Koninkrijk, 30 augustus 1990, A-183
Wassink t. Nederland, 27 september 1990, A-185-A, NJ 1991, 625 (EAA), NJCM 1991, 448 (MLvE) 120, 140, 174, 175, 197, 205, 206, 289, 342
Windisch t. Oostenrijk, 27 september 1990, A-186, NJ 1993, 707 (EAA) 111, 149, 229
Darby t. Zweden, 23 oktober 1990, A-187 187, 252
Koendjbiharie t. Nederland, 25 oktober 1990, A-185-B, NJ 1991, 626 (EAA), NJCM 1991, 151 (EM) 120, 203, 283, 284
Thynne, Wilson and Gunnell t. het Verenigd Koninkrijk, 25 oktober 1990, A-190 205
Delta t. Frankrijk, 19 december 1990, A-191-A, NJCM 1991, 255 (EM) 230
Djeroud t. Frankrijk, 23 januari 1991, A-191-B 106, 241
Fredin t. Zweden, 18 februari 1991, A-192
Moustaquim t. België, 18 februari 1991, A-193, NJCM 1991, 248 (JDMS) 241
Brigandi t. Italië, 19 februari 1991, A-194-B 110, 111
Zanghì t. Italië, 19 februari 1991, A-194-C 111
Pugliese (I) t. Italië, 19 februari 1991, A-195-C
Alimena t. Italië, 19 februari 1991, A-195-D
Cardot t. Frankrijk, 19 maart 1991, A-200, NJ 1993, 709 (EAA), NJCM 1991, 358 (EM)
Cruz Varas en anderen t. Zweden, 20 maart 1991, A-201, NJCM 1991, 335 (JDMS, TZ)
Fox, Campbell and Hartley t. het Verenigd Koninkrijk, 27 maart 1991 (artikel 50), A-202-B 205
Ezelin t. Frankrijk, 26 april 1991, A-202-A, NJ 1992, 455 (EJD), NJCM 1991, 574 (JvdV) 248, 249
Oberschlick t. Oostenrijk, 23 mei 1991, A-204, NJ 1992, 456 (EJD) 151
Quaranta t. Zwitserland, 24 mei 1991, A-205, NJ 1992, 525
Vocaturo t. Italië, 24 mei 1991, A-206-C 123
Letellier t. Frankrijk, 26 juni 1991, A-207, NJ 1995, 575 (EAA), NJCM 1992, 178 (EM) 200
Philis t. Griekenland, 27 augustus 1991, A-209 128
Demicoli t. Malta, 27 augustus 1991, A-210
Helmers t. Zweden, 29 oktober 1991, A-212-A 219

Gaygusuz t. Oostenrijk, 16 september 1996	254
Matos e Silva. Lda. en anderen t. Portugal, 16 september 1996	135
Manoussakis en anderen t. Griekenland, 26 september 1996	248
Di Pede t. Italië, 26 september 1996	
Zappia t. Italië, 26 september 1996	
Chahal t. het Verenigd Koninkrijk, 15 november 1996	204
Ceteroni t. Italië, 15 november 1996	
Calogero Diana t. Italië, 15 november 1996	
Domenichini t. Italië, 15 november 1996	
Katikaridis en anderen t. Griekenland, 15 november 1996	
Tsomtos en anderen t. Griekenland, 15 november 1996	
Ahmed t. Oostenrijk, 17 december 1996	
Duclos t. Frankrijk, 17 december 1996	
Terra Woningen B.V. t. Nederland, 17 december 1996	
Saunders t. het Verenigd Koninkrijk, 17 december 1996	220, 221
Vacher t. Frankrijk, 17 december 1996	222
Aksoy t. Turkije, 18 december 1996	124, 156, 201, 246, 250
Loizidou t. Turkije, 18 december 1996	
Scott t. Spanje, 18 december 1996	201
Efstratiou t. Griekenland, 18 december 1996	250
Valsamis t. Griekenland, 18 december 1996	250

Toelichting

De bovenstaande arresten zijn gepubliceerd in: *Publications European Court of Human Rights, Series A*. De vindplaats van de arresten is aangeduid met, A- en dan het nummer van de betreffende uitspraak, dus bijvoorbeeld het arrest Kroon t. Nederland, 27 oktober 1994, A-297-C. Vanaf 1996 zullen de arresten worden gepubliceerd in de *Reports of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights (RJD)*.

Verder zijn opgenomen de vindplaatsen in de *Nederlandse Jurisprudentie (NJ)* en het *NJCM-Bulletin*, onder vermelding van de annotator (zie lijst van afkortingen hieronder). Een korte samenvatting van feiten en rechtsoverwegingen van de arresten van het EHRM treft men aan in de jurisprudentierubriek van het *NJCM-Bulletin*.

Een uitgebreid overzicht van alle arresten van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens tot en met 1994 geeft Donna Gomien in: *Judgments of the European Court of Human Rights. Reference charts*, Human Rights Information Centre, Council of Europe Press, Strasbourg 1995. De arresten zijn gerangschikt op alfabet, op nummer, per artikel en per verdragsstaat. Bovendien is kort aangegeven waar de zaak over gaat, wat voor schadevergoeding het Hof op grond van art. 50 EVRM heeft toegekend en welke maatregelen op het nationale niveau zijn gevolgd teneinde het arrest na te leven.

Europese Commissie voor de Rechten van de Mens

Gerard Donnelly en zes anderen t. het Verenigd Koninkrijk, ontvankelijkheidsbeslissing van 15 december 1975, *D & R* Vol. 4 (October 1976), p. 79 66, 106
Huber t. Oostenrijk, ontvankelijkheidsbeslissing van 5 juli 1976, *D & R* Vol. 6 (May 1977), p. 65
87
Wemhoff t. Duitsland, rapport van 1 april 1966, CEDH Série A Vol. 5, p. 90 87
Neubeck t. Duitsland, rapport van 12 december 1983, *D & R* Vol. 41 (April 1985), p. 13 209
Pannetier t. Zwitserland, rapport van 12 juli 1985, *NJ* 1990, 232 (EAA) 209, 299
Díaz Ruano t. Spanje, rapport van 31 augustus 1993 121
A.M. en J.v.Z. t. Nederland, rapport van 4 juli 1994 305
Jakob Koos Leutscher t. Nederland, rapport van 12 oktober 1994 306

De volgende zaken zijn voor de Commissie in der minne geschikt (zie hoofdstuk 3 § 3.3.3 tot en met § 3.3.5).

No. 2120/64, *Poerschke* t. Duitsland Stock-taking 1984, p. 115
No. 2991/66, *Alam en Khan* t. het Verenigd Koninkrijk, Stock-taking 1984, p. 115-116
No. 3897/68, *Sepp* t. Duitsland, Stock-taking 1984, p. 118-119
No. 4340/69, *Simon-Herold* t. Oostenrijk, Stock-taking 1984, p. 119
No. 5765/72, *Mellin* t. Duitsland, Stock-taking 1984, p. 120-121
No. 5961/72, *Amekrane* t. het Verenigd Koninkrijk, Stock-taking 1984, p. 122.
No. 6281/73, *Neubecker* t. Duitsland, Stock-taking 1984, p. 124-125
No. 6650/74, *Liebig* t. Duitsland, Stock-taking 1984, p. 126-127
No. 6699/74, *X* t. Duitsland, Stock-taking 1984, 129-131
No. 7464/76, *Karrer e.a.* t. Oostenrijk, Stock-taking 1984, p. 127-128
No.7612/76, *Giama* t. België, Stock-taking 1984, p. 134-135
No. 7614/76, *Nagel* t. Duitsland Stock-taking 1984, p. 125
No. 8244/78, *Familie Singh/Uppal* t. het Verenigd Koninkrijk, Stock-taking 1984, p. 136-137
No. 8289/78, *Peschke* t. Oostenrijk, Stock-taking 1984, p. 137-138
No's 8476/79-8481/79, *Eaton en anderen* t. het Verenigd Koninkrijk, Supplement 1984 Stock-taking, p. 43-44.
No. 8490/79, *Zimmermann* t. Oostenrijk, Stock-taking 1984, p. 141-142
No. 9013/80, *Farrel* t. het Verenigd Koninkrijk, Stock-taking Supplement 1984, p. 40.
No. 9107/80, *Geniets* t. België, Stock-taking Supplement 1985, p. 31
No's 9114/80, 9119/80 en 9303/81, *Durairaj, Townend en Brant* t. het Verenigd Koninkrijk, Stock-taking Supplement 1987, p. 26

HR 28 februari 1992, *NJ* 1993, 566 (CJHB) en *AAe* 1992, p. 497-505 (Jac. Hijma) (IZA-Vrerink)
HR 20 maart 1992, *AB* 1992, 367 (Tj. Gerbranda)
HR 3 april 1992, *NJ* 1993, 286
HR 8 januari 1993, *NJ* 1993, 558 (HJS) 22
HR 2 februari 1993, *NJ* 1993, 552 (ThWvV) 25
HR 12 februari 1993, *NJ* 1993, 524 (HER) 31, 32, 290
HR 19 februari 1993, *NJ* 1993, 302 (ThWvV) 284
HR 17 september 1993, *NJ* 1994, 373
HR 1 oktober 1993, *NJ* 1993, 761 en *AB* 1994, 39 (FHvdB) 19
HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 332
HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 742 (HJS)
HR 29 april 1994, *NJ* 1995, 727 (CJHB en EAA) 25, 307
HR 4 november 1994, *NJ* 1995, 249 321, 322
HR 23 december 1994, *NJ* 1995, 512 (GJC) en *AB* 1995, 495 (ThGD)
HR 13 januari 1995, *RvdW* 1995, 29C 275
HR 3 maart 1995, *NJ* 1995, 414 (F.C.B. van Wijmen) 298
HR 22 december 1995, *NJ* 1996, 301
HR 13 december 1996, *RvdW* 1997, 1 31, 43, 273, 290, 291, 325

Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State 16 juni 1994, *NJCM-Bulletin* 19-8 (1994), p. 981-988 (TB)
Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State 26 maart 1996, *AB* 1996, 253 met noot A. van Hall 339

Voorzitter Afdeling Rechtspraak Raad van State, 24 november 1986, *Kort Geding* 1987, nr. 38
Voorzitter Afdeling Rechtspraak Raad van State, 26 oktober 1984, ten Berge/Stroink XIII, nr. 16 339

College van Beroep voor het Bedrijfsleven 28 maart 1995, *AB* 1995, 513 (M.L.W.M. Viering) 298

Gerechtshoven

Hof 's-Hertogenbosch 8 januari 1953, *NJ* 1953, 665
Hof Amsterdam 10 februari 1970, *NJ* 1971, 130 50, 281
Hof 's-Gravenhage 17 september 1991, *NJ* 1992, 185 en *RV* 1991, 67 (B.P. Vermeulen) 281
Hof 's-Gravenhage 30 september 1991, *NJ* 1992, 163
Hof 's-Gravenhage 17 februari 1993, *NJ* 1993, 294

Hof 's-Gravenhage 12 mei 1995, *NJ* 1995, 601
Hof Arnhem (penitentiaire kamer) 19 februari 1990, *NJ* 1991, 756 284
Hof Arnhem (penitentiaire kamer) 27 maart 1992, *NJ* 1993, 19
Hof Arnhem 19 januari 1993, *NJ* 1994, 711 291
Hof Arnhem 4 februari 1993, ongepubliceerd 291

Rechtbanken

Rechtbank Utrecht 28 oktober 1942, *NJ* 1943, 231
Rechtbank Arnhem 5 september 1974, *NJ* 1975, 364 50, 281
Rechtbank Zutphen 18 december 1987, *NJ* 1988, 436
Rechtbank 's-Gravenhage (rechtseenheidskamer vreemdelingenzaken) 29 december 1994, *RV* 1994, 75 m.nt. B.P. Vermeulen; *Rechtspraak Migrantenrecht* 1995, 53 met commentaar B. Hendriksen en *Nieuwsbrief Asiel- en Vluchtelingenrecht*, nr. 3, maart 1995, p. 201-206 met commentaar P. Baudouin 28, 29, 288, 310
Rechtbank 's-Gravenhage 18 september 1996, *Jurisprudentie Onderneming & Recht (JOR)* 1996, 106 m.nt. S.C.J.J. Kortmann en *Jurisprudentie Bestuursrecht (JB)* 1996, 251 m.nt. A.W. Heringa 331, 338, 344, 345
Rechtbank Dordrecht 22 juni 1994, *NJ* 1994, 663 30, 31
Rechtbank 's-Gravenhage 22 maart 1994, *NJ* 1995, 218
Rechtbank Assen 10 mei 1994, ongepubliceerd
Rechtbank Amsterdam 30 september 1994, *NJ* 1995, 106 31
Rechtbank Roermond 9 december 1994, *NJ* 1995, 525 31
Rechtbank Roermond 29 februari 1996 (nog) ongepubliceerd
Rechtbank Rotterdam 6 maart 1995, ongepubliceerd 31, 32
Rechtbank Maastricht 14 december 1972, *NJ* 1973, 145 297

President Rechtbank 's-Gravenhage 2 november 1995, (nog) ongepubliceerd ('Post-Dombo') 331

Kantongerecht 's-Gravenhage 18 september 1944, *NJ* 1946, 447

Annotatoren

NJ/AB

CJHB:	C.J.H. Brunner
DHMM:	D.H.M. Meuwissen
EAA:	E.A. Alkema
EJD:	E.J. Dommering
EMHHB:	E.M.H. Hirsch Ballin

FHvdB:	F.H. van der Burg
GJC:	G.J. Corstens
GJS:	G.J. Scholten
HD:	H. Drion
HER:	H.E. Ras
HJS:	H.J. Snijders
JdB:	J. de Boer
Kn:	G. Knigge
MS:	M. Scheltema
PhANH:	Ph.A.N. Houwing
PvD:	P. van Dijk
ThGD:	Th. G. Drupsteen
ThWvV:	Th.W. van Veen
WCLvdG:	W.C.L. van der Grinten

NJCM

AMLJ:	A.M.L. Jansen
AW:	A. Woltjer
AWH:	A.W. Heringa
AWMW:	A.W.M. Willems
BCL:	B. Labuschagne
BPV:	B.P. Vermeulen
CJF:	C.J. Forder
CJS:	C.J. Staal
EM:	E. Myjer
GAIS:	G.A.I. Schuijt
HJS:	H.J. Simon
HKFM:	H.K. Fernandes Mendes
JAH:	J.A. Hofman
JCvO:	J.C. van Oven
JdB:	J. de Boer
JdH:	J. de Hullu
JDMS:	J.D.M. Steenbergen
JGCS:	J.G.S. Schokkenbroek
JMdM:	J.M. de Meij
JvN:	J. van Nieuwenhove
JvdV:	J. van der Velde
LCMM:	L.C.M. Meijers
LFMV:	L.F.M. Verhey
LFZ:	L.F. Zwaak

MB:	M. Biesheuvel
MdB:	M. de Blois
MdB-L:	M. de Bruijn-Lückers
MK:	M. Kuijer
MLvE:	M.L. van Emmerik
PFvdH:	P.F. van der Heijden
PL:	P. Lemmens
RAL:	R.A. Lawson
RdW:	R. de Winter
SvL:	S. van Lammeren
TB:	Tom Barkhuysen
TjG:	Tj. Gerbranda
TS:	T. Sterk
TZ:	T. Zwart

Buitenlandse rechtspraak

België:

Tribunal de Première Instance de Bruxelles 16 januari 1976, *Yearbook European Convention on Human Rights* Vol. 19 (1976), p. 1118-1119 328

Oostenrijk:

Oberster Gerichtshof Wien 17 februari 1982, *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1983, p. 130-133 328

TREFWOORDENREGISTER

Aanbevelingen door EHRM 162
Aanhouden kwestie art. 50 EVRM in verband met nationale mogelijkheden van herstel 229, 231
Aansprakelijkheid
    voor onrechtmatige overheidsdaden 1
    persoonlijke aansprakelijkheid rechter 312
Abstineren 268
Accessoire bepaling 250
Adoptie 240
Affectieschade (zie schade)
Aftrek voorlopige hechtenis 195, 198, 199, 201, 208, 283, 294
Algemeen belang naleving mensenrechten 65, 105
'Alles of niets'-methode 41, 275, 325, 331
Amicus curiae 103
Anonieme getuigen 300
Arbitrage- en conciliatieverdragen 59, 83
Autonome interpretatie 307

Beperking van schade (zie schade en schadebeperkingsplicht)
Besluiten van volkenrechtelijke organisaties 269
Bewegingsvrijheid, recht op 255
Bewijslast 117, 175, 293, 319, 324
Boete, in strijd met het EVRM opgelegd 163, 242, 322
Bijstand advocaat 32, 166, 203, *227*, 275, 289
Billijkheid 37, 116, 119, 183, 309, 325, 328
Billijkheidscorrectie 311
Bregstein, leer van 15

Cassatierechter 152
Causaal verband tussen gestelde schade en geconstateerde schending 44, 45, 141, *175*, 215, 275, 331
'Closed-shop'-stelsel 68
Comité van Ministers Raad van Europa 74
Compensatie 9, 50, 54
Compensatiemogelijkheden volgens nationaal recht 83, 86
Correspondentie 235

Damnum emergens 37, 163

Declaratoire uitspraak 53, 55, *139*, 160, 256, 273
Detentie 'during her Majesty's Pleasure' 204
Discriminatieverbod 250
'Dommages-interêts' 59, 89
Doorwerking internationaal recht 261
  interne werking 263
  dualisme 263
  monisme 263
  transformatie 263
  incorporatie 263
  adoptie 268
  rechtstreekse werking 264
  situatieve rechtstreekse werking 272
Dwangarbeid, verbod van 247
Dwangmiddelen 1, 27, 234, 310

Eerlijke behandeling 219, 300
Eerlijk proces, recht op een 208
Effectieve bescherming rechten van de mens 84, 112, 115, 133, 162, 171, 206, 232, 324, 325, 334
Effectief rechtsmiddel voor een nationale instantie, recht op 249, 326, 348
Eigendomsgenot, recht op ongestoord 251
Eigen schuld (zie schuld)
Elfde Protocol EVRM 78, *90*
'Equaliy of arms' 100, 219, 331
Erkenning 240
Europese Commissie voor de Rechten van de Mens 62
  klacht indienen bij 63
  procedure 62
  onderzoek naar ontvankelijkheid 63
  minnelijke schikking 64
Europese Hof voor de Rechten van de Mens 80
  procedure 79
  positie individuele klager 99
  schikking 104
  rechtsmacht 79
  uitspraak 80
  interpretatie 80
  herziening 80
Europese 'ordre public' 65
Executoriale titel 333

'Fair hearing' *219*, 300
Familie- of gezinsleven 233, 237, 320
    Onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen 237
    Kinderbeschermingsmaatregelen en omgang 238
    Adoptie en erkenning 240
    Vreemdelingenbeleid 240

Genoegdoening 10, 55
    billijke genoegdoening 3, 107
    morele 89
Gedwongen opname psychiatrische patiënt 32, 289
Gerechtelijke dwaling 91
Getroffen partij 88, 120
Gratie 314, 337, 347

Handelingsonbekwamen 47, 120, 276
Hemofiliepatiënten, besmet met het HIV-virus 69, 123, 125, 170, *211*, 255
Heropening nationale procedure wegens strijd met uitspraak EHRM 224, 229, 340
Herroeping (zie rekest-civiel)
Herstel
    in de oude toestand 9
    van de *status quo ante* 54
Herziening 336
    strafvonnissen 336
    bestuursrechtelijke uitspraken 338
    nationaal vonnis wegens strijd met uitspraak EHRM 301, 302, 340
Horizontale werking 297
Huwen, recht om te 249

Incorporatie-constructie 269
Individu, positie in het internationale recht 60
Individuele klager
    effectieve uitoefening klachtrecht 251
    positie in procedure voor EHRM 101
Inter-Amerikaanse Hof voor de Rechten van de Mens 95, 160
    declaratoire uitspraken 160
    schadevergoeding 160
Inzage 233

Keuzerecht klager over vorm van herstel 115
Kinderbeschermingsmaatregelen 238, 291

Kosten 42, 173
honoraria advocaten 173
additionele 120, 174

Leven, recht op 244
Lijfstraffen 245
op school 69, 105, 152, 178, 254
Lites finiri oportet 337
Locus standi 62, 95, 99, 101, 102, 104
'Loss of (real) opportunities' *167*, 177, 208, 216, *275*, 325, 332
Lucrum cessans 37, 163

Mensenrechtencomité 93
Minderjarigen 47, 276
klachtrecht 120
vrijheidsberoving 291
Minnelijke schikking
voor Europese Commissie voor de Rechten van de Mens 64
financiële compensatie 67
andere maatregelen 71
algemeen belang 72
voor Comité van Ministers Raad van Europa 77
Motiveringsvereisten 257, 304, 332

Nabestaanden, recht op schadevergoeding *47*, *121*, 244, *276*
Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten 281
Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak 310
Negende Protocol EVRM 78, 79, 102
Ne bis in idem, beginsel van 255
Nemo tenetur prodere seipsum, beginsel van 221
Novum 336

Omgang 238
Onafhankelijke en onpartijdige rechter 216, 299
Onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen 237
Ondervragen getuigen à charge, recht tot 228
Onderwijs, recht op 254
Ongerustheid door schending EVRM 166
in verband met uitblijven bijstand advocaat 30
Ongeschreven volkenrecht 271
Onmenselijke of vernederende behandeling, verbod van 245

Onrechtmatige daad 13, 327
inbreuk op een recht 13
strijd met wettelijke plicht 14
strijd met maatschappelijke zorgvuldigheid 14
actie uit onrechtmatige daad na arrest EHRM 327
Onrechtmatige overheidsdaad
Onrechtmatig bestuur 16
Onrechtmatige wetgeving 19, 344
Onrechtmatige rechtspraak *21*, 32, 299, 302, *312*, 330, 334, 344
Onrechtmatige vrijheidsbeneming 25, 32
psychiatrische patiënten 30
Onschuldpresumptie 27, *225*, *302*
Onzekerheid
over juistheid beslissing rechtbank 31
over uitkomst rechterlijke procedure 165
Openbaarheidsvereiste 218, 299

Persoon, op andere wijze in zijn persoon aangetast 37, 39, 48, 292, 318, 320, 324
Persoonlijke levenssfeer 40
Persoonlijke vrijheid en veiligheid, recht op 195
Persoonsregistratie 33
Positieve verplichtingen 233, 234
Potentiële verdragsschending 142, 242, 246
Presumptio innocentiae (zie onschuldpresumptie)
Privéleven 2, 233, 318
Procedurele rechten, vergoeding van immateriële schade bij schending van 51
Proceskosten (zie kosten)
'Punitive damages' 10, 156

Rassendiscriminatiecomité 94
Rechterlijke matigingsbevoegdheid 46, 182
Rechterlijk verbod en bevel 36, 274
Rechtsdwaling 336
Rechtsherstel in het nationale recht 108, 113
Rechtsmiddelen, gesloten stelsel van 22, 313, 315, 346
Rechtspersonen 50, 133, 281
aantasting reputatie 50
vergoeding materiële schade 50, 134, 281
vergoeding immateriële schade 50, 135, 281
Rechtsweigering 298
Redelijke termijn, overschrijding 208, *294*

onzekerheid 2092, 211
sanctie 213, 294
vergoeding immateriële schade 209
strafzaken 209, 294
strafvermindering 209, 294, 295, 296
niet-ontvankelijkheid Openbaar Ministerie 294
civiele zaken 210, 296
Redelijkheid en billijkheid 293
Rekest-civiel 330, 338, 344
Rente 186
rente en materiële schade 186
rente op door EHRM toegekende schadebedrag 189
'Reparation' 53
Reputatie, aantasting 166
Restitutio in integrum 10, 51, 54, 56, 57, 59, 84, 89, 107, 109, *148*, 158, 159, 188, 195, 198, 208, 217, 231, 232, 252, 257, *273*, 300, 316, 342, 343, 345
'Restitutio in kind' 54, 57
'Restitution' 53
Revisie (zie herziening)
Risicoaansprakelijkheid 34, 308
'Rule of construction' 268

'Satisfaction' 53
'Satisfaction équitable' 89
Schade 7, 8
affectieschade 48
afgeleide schade 48, 121, 278
beperken 29
door derven levensonderhoud 47, 276
ideële schade 8
immateriële schade 9, 10, 28, 30, 34, *37*, 49, 51, 123, *164*, 193, *274*, 277
letselschade 40
materiële schade 9, 37, *163*, *274*
toekomstige schade 9
vermogensschade (zie materiële schade)
niet-vermogensschade (zie immateriële schade)
Schadebeperkingsplicht 46, 47, 181
Schadeberekening 42, 182
precies of schatting 182
abstract of objectief 42, 184
concreet of subjectief 42, 184

tijdstip 185
Schadevergoeding 9
beginsel van volledige schadevergoeding 12
in geld 34, 137, 273
in andere vorm 34
voor ten onrechte ondergane voorlopige hechtenis 2, 23, 282
voor ten onrechte ondergane straf of maatregel 28, 285
voor ten onrechte ondergane vreemdelingenbewaring 28, 287
bij onrechtmatige vrijheidsberoving 81, 272
bij gerechtelijke dwaling 91, 285
bij terbeschikkingstelling 283
op nationaal niveau 185
uit rechtmatige overheidsdaad 18, 24
op grond van de AWB 33
op grond van de Wet Persoonsregistraties 33
Schadevergoedingsrecht
doelstellingen 10
uitgangspunten 11
Schikking voor EHRM 104
Schuld, eigen 46, 180
Schuldeisers 49, *125*, *279*
Slachtoffer 47, 276
Smartengeld 39, 40, 42
Stelplicht klager 117
Subsidiariteit 83, 113
Symbolische schadevergoeding *151*, 195

Terugwerkende kracht, verbod van 247
Tiende Protocol bij EVRM 75, 78
Toegang tot de rechter 215
Toevoeging raadsman 30
'Travaux Préparatoires' 81, 89
Tuchtrechtspraak 298

Uitlevering 196, 198, 203, 289
Uitputting nationale rechtsmiddelen 84
Uitzetting 204, 241
Valuta 190
Verblijfsvergunning 241
Verdragsconforme interpretatie 268
Verklaring voor recht 35

Verlies
geleden verlies 37, 163
verlies van een kans 40, 167, 275, 325, 331
verlies van inkomsten 163
Verrekenen 26, 280, 297
Verrekening van voordeel 46, 179
Verzuim van essentiële vormvereisten 317
Voorlopige hechtenis
ten onrechte ondergane 2, 282
lange duur 198
Voorrangsregel 325, 332, 343, 348
Vreemdelingenbewaring 23, 287
Vrijheid in de keuze van middelen om te voldoen aan de uitspraken van het EHRM 153
Vrijheidsbeneming psychiatrische patiënten 30, 294
Vrijheidsberoving 195
periodieke rechterlijke toetsing 204
minderjarigen
Vrijheid van godsdienst 247
Vrijheid van meningsuiting 242, 322
Vrijheid van vergadering en vereniging 248

Waarborgen, met voldoende waarborgen omklede beroepsgang 24, 335
Wijze van uitbetaling 190
Winst, gederfde 37, 163
Woning 236

Zevende Protocol EVRM 91, 285

CURRICULUM VITAE

Michiel van Emmerik

1965	5 augustus geboren te Haarlem
1977-1983	RK Lyceum 'Sancta Maria' te Haarlem
1983	Eindexamen gymnasium ß
1983-1989	Studie rechtsgeleerdheid Universiteit van Amsterdam
1984	Propedeuse rechtsgeleerdheid (cum laude)
1989	Doctoraalexamen Nederlands recht
1989	Doctoraalexamen Internationaal-juridische studierichting
1990-1994	Plaatsvervangend griffier kinderrechter rechtbank Amsterdam
1990-1995	Assistent in opleiding (AIO) bij het F.M. van Asbeck Centrum voor Mensenrechtenstudies, vakgroep Staatsrechtelijke Vakken, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Leiden.
1994-1996	docent bij genoemde vakgroep.
1996-heden	universitair docent bij dezelfde vakgroep.
1988-heden	medewerker Kinderrechtswinkel Amsterdam
1992-heden	redacteur Tijdschrift voor de Rechten van het Kind, Defence for Children Nederland
1992-heden	medewerker Nederlandse Jurisprudentie

Bij de Stichting NJCM-Boekerij verschenen de volgende publicaties:

			leden
1*	Verboden Rechtspersonen	*f* 10,00/	*f* 8,00
2	Kernenergie en mensenrechten	*f* 12,50/	*f* 10,00
3*	Minderheden en mensenrechten	*f* 10,00/	*f* 8,00
4	Rechter en mensenrechtenbeleid	*f* 10,00/	*f* 8,00
5*	Vrouw en recht	*f* 10,00/	*f* 8,00
6*	Individuele klachtenprocedures bij mensenrechtenverdragen	*f* 10,00/	*f* 8,00
7	Mensenrechten en het personen- en familierecht	*f* 12,50/	*f* 10,00
8*	Asielzoekers en mensenrechten	*f* 12,50/	*f* 10,00
9	"Verfassungsfeinde" en openbare dienst	*f* 45,00/	*f* 36,00
10	Recente ontwikkelingen op het gebied van de mensenrechten	*f* 15,00/	*f* 12,00
11	Rechtspraak gelijke behandeling m/v deel I 1975-1986	*f* 40,00/	*f* 32,00
12	Erfelijkheidsonderzoek en mensenrechten	*f* 12,50/	*f* 10,00
13	Rechtspraak gelijke behandeling m/v deel II 1987-1989	*f* 25,00/	*f* 20,00
	combinatie nrs 11 + 13	*f* 55,00/	*f* 40,00
14	Conference of European national sections (Aids and Human Rights/European Social Charter)	*f* 15,00/	*f* 12,50
15	Grondrechten Evaluatie-onderzoek **aktieprijs**	*f* 75,00/	*f* 70,00
16	The role of non-Governmental Organizations in the promotion and protection of Human Rights (Erasmus Prize) incl. verzendkosten	*f* 10,00/	*f* 10,00
17	Discriminatie wegens leeftijd	*f* 15,00/	*f* 12,50
18	40 jaar Europese Conventie voor de rechten van de mens en de Nederlandse rechtsorde (Staatsrechtconferentie 1990)	*f* 40,00/	*f* 35,00
19	Universaliteit van mensenrechten	*f* 17,50/	*f* 15,00
20	De internationale bescherming van het recht op onderwijs	*f* 40,00/	*f* 35,00
21	Schengen: internationalisation of central chapters of the law on aliens refugees, privacy, security and the police	*f* 40,00/	*f* 35,00
22	Grondrechten evaluatie-onderzoek eindrapport	*f* 59,50/	*f* 49,50
	Combinatie Boekerij 15 + 22	*f*100,00/	*f*100,00
23	Repertorium Nederlandse Rechtspraak Mensenrechtenverdragen	*f* 95,00/	*f* 85,00
24	De toenemende betekenis van Economische, sociale en culturele mensenrechten	*f* 37,50/	*f* 32,50
25	Rechten, regels, realiteit: Wetgever en mensenrechtenbeleid	*f* 22,50/	*f* 19,50
26	Grenzen aan mensenrechten	*f* 24,95/	*f* 22,50
27	The ILO and the Netherlands	*f* 65,00/	*f* 57,50
28	Juridische middelen ter bestrijding van rassendiscriminatie & raciaal gemotiveerde geweldpleging	*f* 24,95/	*f* 22,50
29	Schadevergoeding bij schending van mensenrechten	*f* 72,50/	*f* 65,00
30	Grenzen aan het toezicht op de naleving van het EVRM	*f* 75,00/	*f* 67,50
31	Recht op arbeid vrij van rassendiscriminatie	*f* 75,00/	*f* 67,50
32	Mensenrechten dierenrechten ecosysteemrechten	*f* 28,30/	*f* 23,58
V1	40 jaar EVRM (herdruk)	*f* 40,00/	*f* 35,00

* = uitverkocht (wel kopie-exemplaren verkrijgbaar)

Bovengenoemde bedragen zijn exclusief verzendkosten en BTW. Van de uitverkochte titels zijn kopie-exemplaren verkrijgbaar. Een abonnement op de Boekerij-uitgaven is mogelijk evenals een abonnement op de verzamelbanden van het *NJCM-Bulletin* (*f* 16,50 per stuk). (Prijswijzigingen voorbehouden)