



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De wisselwerking tussen het EHRM en de Commissaris voor de Mensenrechten

Loof, J.P.

Citation

Loof, J. P. (2010). De wisselwerking tussen het EHRM en de Commissaris voor de
Mensenrechten. *Njcm-Bulletin*, 35(7), 859-883. Retrieved from
<https://hdl.handle.net/1887/16367>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/16367>

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

DE WISSELWERKING TUSSEN HET EHRM EN DE COMMISSARIS VOOR DE MENSENRECHTEN

Jan-Peter Loof *

Samenvatting | In dit artikel wordt ingegaan op de manier waarop de mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa een aanvulling op en versterking van de door het EHRM geboden mensenrechtenbescherming vormt. Duidelijk wordt dat sprake is van een positieve wisselwerking: de commissaris levert een bijdrage aan de uitleg en het uitdragen van de Europese standaarden op het gebied van de rechten van de mens zoals ontwikkeld in de EHRM-jurisprudentie en informatie verstrekt door de commissaris is – zij het vooralsnog in een beperkt aantal gevallen – van invloed in klachtprocedures voor het Hof. Zo fungeert de commissaris soms als een aanvullende *'fact finder'* voor het EHRM.

Trefwoorden | Mensenrechtencommissaris, EVRM, EHRM, Protocol No. 14, implementatie EHRM-uitspraken.

1 Inleiding

Wie zich zet aan het schrijven van een bijdrage over de Commissaris voor de mensenrechten van de Raad van Europa stuit er al snel op dat dit instituut in de (rechts)wetenschappelijke literatuur een vrijwel onbeschreven blad vormt. Publicaties waarin met meer dan een paar regels aandacht wordt besteed aan dit orgaan zijn letterlijk op de vingers van één hand te tellen. Toch vormt de commissaris te midden van alle mensenrechtenbeschermingsmechanismen die binnen de Raad van Europa als het ware 'om het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heen hangen' een interessant fenomeen. De mensenrechtencommissaris heeft een zeer breed mandaat en kan daardoor in de richting van de verdragsstaten een aanvulling en versterking opleveren van de mensenrechtenbescherming zoals het EHRM die kan bieden. Daarnaast kan de commissaris een rol vervullen binnen de klachtprocedures voor het Hof; een rol die bij de inwerkingtreding van Protocol No. 14 EVRM verder is geformaliseerd.

De vraag die in deze bijdrage centraal staat, is de volgende: Op welke wijze vormt het instituut van de mensenrechtencommissaris een aanvulling op en versterking van de mensenrechtenbescherming binnen de Raad van Europa zoals geboden door het EHRM? Daarbij is er vooral aandacht voor de wisselwerking tussen de mensenrechtencommissaris en het EHRM: hoe levert de commissaris een bijdrage aan de uitleg en het uitdragen van de Europese standaarden op het gebied van de rechten van de mens zoals die in belangrijke mate ontwikkeld worden in de EHRM-jurisprudentie en hoe kan de commissaris wellicht zelfs die jurisprudentie beïnvloeden door de rol die hij kan vervullen in de klachtprocedure?

Achtereenvolgens wordt ingegaan op het ontstaan van het instituut van de mensenrechtencommissaris binnen de Raad van Europa en het takenpakket van de commissaris (§ 2 en 3) en op de manieren waarop de mensenrechtencommissaris een rol kan spelen binnen zaken die behandeld worden door het EHRM (§ 4). Vervolgens wordt gezien in hoeveel gevallen informatie verstrekt door de mensenrechtencommissaris aan de orde komt in de uitspraken van het EHRM en welke rol of invloed die informatie dan toekomt binnen de betreffende zaak (waarbij overigens

▪ Dr. J.P. Loof is universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en redacteur van dit tijdschrift.

Loof

op deze plaats reeds opgemerkt zij dat het heel lastig is om die invloed precies te meten) (§ 5). De bijdrage wordt afgerond met enkele evaluerende opmerkingen over de toegevoegde waarde van de mensenrechtencommissaris binnen de procedures bij het EHRM en de wijziging die Protocol No. 14 op dit punt heeft gebracht.

2 De creatie van het instituut mensenrechtencommissaris binnen de Raad van Europa

2.1 De aanloop

De gedachtevorming over wat nu de *Commissioner for Human Rights* van de Raad van Europa is, kreeg medio de jaren '90 van de vorige eeuw – in de aanloop naar de tweede Raad van Europa-topontmoeting van staatshoofden en regeringsleiders die in 1997 in Straatsburg plaats zou vinden – vaart. Vanuit enkele lidstaten (Finland, Frankrijk) en vanuit de Parlementaire Vergadering (hierna aangeduid met haar Engelse afkorting: PACE) klonken pleidooien tot aanstelling van een mensenrechtencommissaris binnen de Raad van Europa.

De vroege gedachtevorming over deze commissaris gaat echter terug tot de jaren '70. In 1973 werd in een resolutie van de PACE, naar aanleiding van een voorstel van het Zweedse PACE-lid Wiklund uit 1972, reeds gesproken over de mogelijkheid van een 'ombudsman' voor mensenrechten als aanvulling op de toen bestaande mensenrechteninstanties binnen de Raad van Europa: de Commissie en het Hof voor de Rechten van de Mens.¹ De discussie binnen de PACE liep toen overigens min of meer parallel met – en werd mede geïnspireerd door – voorstellen die op dat moment binnen de Verenigde Naties werden besproken met betrekking tot een *High Commissioner for Human Rights* (een VN-functionaris waaraan in de toen circulerende voorstellen de rol van een soort 'advocaat-generaal', die klachten over mensenrechtenschendingen zou kunnen doorgeleiden aan de oordelende instantie, werd toebedacht).² In april 1974 organiseerde het *Committee for Legal Affairs* van de PACE een samenkomst van alle ombudsmannen uit de Raad van Europa-lidstaten om van gedachten te wisselen over nut en betekenis van een dergelijk instituut. Dit resulteerde echter toen slechts in een oproep aan alle lidstaten die nog geen ombudsman kenden om snel ook zo'n instituut op te richten vanwege de grote betekenis van dergelijke laagdrempelige instanties voor de bescherming van de mensenrechten.³ Het kwam niet tot voorstellen voor een ombudsman-figuur op Europees niveau.

Kort voor de Raad van Europa Top in 1997 toonde ook de Nederlandse regering zich een voorstander van een ombudsman-achtige figuur als aanvulling op de bestaande mensenrechteninstrumenten binnen de Raad van Europa. De toenmalige Minister van Buitenlandse Zaken Van Mierlo verklaarde in antwoord op Kamervragen over de inzet van de Nederlandse regering tijdens de topontmoeting onder meer dat deze nieuwe functionaris een belangrijke rol zou moeten krijgen op het terrein van de mensenrechteneducatie en -bewustwording:

1 Resolution 549 (1973).

2 Zie over de geschiedenis en ontwikkeling van de Hoge Commissaris voor de Mensenrechten binnen de VN o.m. Th. Van Boven, 'The United Nations High Commissioner for Human Rights: The History of a Contested Project', *Leiden Journal of International Law* 2007, p. 767-784 en A. Clapham, 'Creating the High Commissioner for Human Rights: The Outside Story', *European Journal of International Law* 1994, p. 556-568.

3 Recommendation 757 (1975).

De wisselwerking tussen het EHRM en de commissaris voor de mensenrechten

'Activering van de informatieverstrekking over het EVRM en de wijze waarop staatsburgers daarop een beroep kunnen doen, zou in de Nederlandse visie ook de hoofdtak moeten zijn voor een (...) te benoemen *High Commissioner (of Mediator) for Human Rights*. Hij zou voorts kunnen toezien op de uitbouw van de in sommige landen reeds bestaande centra voor informatie over het EVRM en andere mensenrechtenverdragen van de RvE.⁴

Tijdens de tweede Raad van Europa Top in 1997 besloten de regeringsleiders en staatshoofden inderdaad de functie van commissaris voor de mensenrechten te gaan creëren. In het Action Plan dat was toegevoegd aan de slotverklaring van de Topconferentie stond het als volgt: '[T]he heads of State and Government welcome the proposal to create an office of Commissioner for Human Rights to promote respect for human rights in the member States and instruct the Committee of ministers to study arrangements for its implementation, while respecting the competences of the Single Court'.⁵

2.2 Daadwerkelijke instelling en takenpakket

De daadwerkelijke instelling van het ambt van mensenrechtencommissaris binnen de Raad van Europa geschiedde twee jaar later door middel van een resolutie van het Comité van Ministers: Resolutie (99) 50. Volgens deze resolutie is de mensenrechtencommissaris onafhankelijke en onpartijdige functionaris die voor een periode van zes jaar wordt gekozen door de PACE uit een voordracht van drie personen opgesteld door het Comité van Ministers (zonder mogelijkheid van herverkiezing).⁶ In artikel 3 van deze resolutie wordt het mandaat van de *Council of Europe Commissioner for Human Rights* als volgt omschreven:

- 'a. promote education in and awareness of human rights in the member States;
- b. contribute to the promotion of the effective observance and full enjoyment of human rights in the member States;
- c. provide advice and information on the protection of human rights and prevention of human rights violations. When dealing with the public, the Commissioner shall, wherever possible, make use of and co-operate with human rights structures in the member States. Where such structures do not exist, the Commissioner will encourage their establishment;
- d. facilitate the activities of national ombudsmen or similar institutions in the field of human rights;
- e. identify possible shortcomings in the law and practice of member States concerning the compliance with human rights as embodied in the instruments of the Council of Europe, promote the effective implementation of these standards by member States and assist them, with their agreement, in their efforts to remedy such shortcomings; (...)

De belangrijkste taken van de mensenrechtencommissaris liggen derhalve op het terrein van de mensenrechteneducatie en de bevordering van het bewustwordingsproces inzake het bestaan van mensenrechtennormen in de lidstaten van de Raad van Europa, het aandringen op en

4 *Kamerstukken II 1997/98*, 25 668, nr. 3.

5 De tekst van deze slotverklaring is o.m. te vinden in *NJCM-Bull.* 1997, p. 1124-1129. Tijdens de topontmoeting werd ook de ratificatie gevierd van het Elfde Protocol, waardoor de Europese Commissie en het oude deeltijd-Hof voor de Rechten van de Mens werden samengevoegd tot één voltijds EHRM.

6 Resolutie (99) 50, artt. 2, 9 lid 1 en 11.

Loof

monitoren van effectief respect voor die normen en op zo volledig mogelijke uitoefening van de mensenrechten door een ieder en het opsporen van tekortkomingen in de wetgeving en praktijk van de lidstaten met betrekking tot de mensenrechten. De commissaris kan daartoe informatie verzamelen binnen de lidstaten (zolang dit voor de lidstaten maar niet uitmondt in een algemene rapportageplicht),⁷ informatie verstrekken over de mensenrechtenstandaarden aan instellingen en organisaties binnen de lidstaten en adviezen geven ter voorkoming van verdere schendingen van mensenrechten.

Resolutie (99) 50 maakt in artikel 1 expliciet duidelijk dat de commissaris geen juridisch bindende uitspraken kan doen en er niet is om individuele klachten te behandelen. In veel lidstaten vonden er eind jaren '90 discussies plaats over het takenpakket van de Raad van Europa. Daarbij werd de mensenrechtenbescherming wel tot de *core business* van de Raad van Europa gerekend, maar werd tegelijkertijd in veel landen benadrukt dat overlap in activiteiten tussen de verschillen de organen van de Raad moest worden voorkomen. Mede vanuit dat perspectief raakte het ombudsman-achtige karakter van de commissaris (in de zin van behandelaar van individuele klachten) in de voorbereiding van de Top en daarna in de onderhandelingen over de resolutie allengs op de achtergrond. Hij kan wel kennisnemen van bepaalde klachten, maar is niet bevoegd om deze op te lossen. De behandeling van individuele verzoekschriften moest in handen van het EHRM blijven. In artikel 1, tweede lid, van de resolutie wordt het aanvullende karakter van de commissaris benadrukt: 'The Commissioner shall respect the competence of, and perform functions other than those fulfilled by, the supervisory bodies set up under the European Convention of Human Rights or under other human rights instruments of the Council of Europe.' Consequentie hiervan is tevens dat de commissaris evenmin bevoegd is om zelf een zaak voor te leggen aan het EHRM of één van de andere klachtinstanties binnen de Raad van Europa, noch aan een andere nationale of internationale rechterlijke instantie (hij heeft geen 'advocaat-generaal'-rol). Wél kan de commissaris conclusies trekken en andere initiatieven ontwikkelen naar aanleiding van betrouwbare informatie over schendingen van de mensenrechten van individuen.

Tegenover deze 'beperkingen' die voortvloeien uit het subsidiaire karakter van de functie staat het bijzondere feit dat het takenpakket en de bevoegdheden van de mensenrechtencommissaris niet beperkt zijn tot een gelimiteerd aantal mensenrechten of gebonden zijn aan een bepaald verdrag of een specifieke procedure.⁸ Zij bestrijken dus een zeer breed mensenrechtenterrein.⁹ Bovendien kan de commissaris rechtstreeks in contact treden met de regeringen van de lidstaten, moeten deze zijn werkzaamheden effectief faciliteren, hem voorzien van informatie als hij daarom verzoekt en hem bijstaan in het leggen van contacten of het afleggen van bezoeken op hun grondgebied.¹⁰ Deze onderzoeksbevoegdheden zijn essentieel. Zij maken dat de commissaris niet slechts afhankelijk is van informatie die hem wordt toegespeeld door derden, zoals mensenrechtenorganisaties. De onderzoeken van de commissaris kunnen vervolgens uitmonden in

7 Resolutie (99) 50, art. 5 lid 2.

8 Th. Hammarberg & J. Dalhuisen, 'The Council of Europe Commissioner for Human Rights', In: G. Alfredsson e.a. (eds.), *International Monitoring Mechanisms: Essays in Honour of Jacob Th. Möller*, Leiden: Brill 2010 (2nd ed.), p. 515.

9 Waarbij de commissaris in de praktijk ook menigmaal mensenrechtenstandaarden die buiten het verband van de Raad van Europa zijn opgesteld als referentiekader gebruikt. Zo verwijst hij in rapporten bijvoorbeeld regelmatig naar het VN-Verdrag inzake de Rechten van het Kind.

10 Resolutie (99) 50, art. 7 en 6.

De wisselwerking tussen het EHRM en de commissaris voor de mensenrechten

(openbare) rapporten, aanbevelingen of opinies.¹¹ Deze combinatie van het brede werkterrein en de toch indringende bevoegdheden maakt dat het instituut van de mensenrechtencommissaris door een auteur als Donnelly gekenschetst wordt als een ‘post-Cold War innovation’ met ‘powers (...) of unprecedented strength and scope’ in mensenrechtenbeschermingsland.¹²

3 Het takenpakket van de mensenrechtencommissaris en de uitvoering daarvan in de praktijk

3.1 Een constructieve dialoog met de lidstaten

In een recente bijdrage aan een dikke, mondiale, overzichtsbundel van alle mensenrechtenbeschermingsmechanismen, geeft de huidige mensenrechtencommissaris – de Zweed Thomas Hammarberg, die dit ambt sinds 1 april 2006 bekleedt¹³ – een helder inzicht in de manier waarop hij aankijkt tegen en uitvoering geeft aan zijn takenpakket. Kernwoorden uit zijn mandaatverlening zijn volgens hem de bevordering van ‘effective observance’ en ‘full enjoyment’ van de mensenrechten (zoals opgenomen in artikel 3(b) van Resolutie (99) 50). Hieruit kan worden afgeleid dat de commissaris niet alleen een bevoegdheid, maar ook een plicht heeft om te interveniëren in concrete gevallen van mensenrechtenschendingen en dat zijn bemoeienis erop gericht moet zijn dat ‘rights enjoyed on paper are enjoyed in practice’. Dit vergt dat de commissaris directe contacten onderhoudt met de regeringen van de lidstaten en ter plekke onderzoek kan doen. Belangrijk is echter dat het mandaat van de commissaris niet zozeer gericht is op het ‘aan de kaak stellen’ van misstanden, maar veeleer op het ondersteunen van de staten in hun inspanningen om tekortkomingen in hun rechtssysteem of -praktijk te remediëren (artikel 3(e) van Resolutie (99) 50 spreekt immers van ‘assist’). De initiatieven en activiteiten van de commissaris zijn gericht op een constructieve dialoog en op samenwerking met de lidstaten:

‘Whilst the Commissioner is clearly required to monitor Member State’s compliance with the Council of Europe’s human rights instruments, this monitoring is not conceived as an end in itself. It is rather a precondition for the fulfillment of the Commissioner’s overriding objective of promoting the effective respect for human rights. Beyond the identification and reporting of problems, therefore, the Commissioner must actively seek to encourage change. The Commissioner does not have the power to make binding or enforceable decisions. What we must do, instead, is cooperate constructively with Member States by suggesting practical solutions and working with national authorities to encourage their implementation. Indeed, this requirement of constructive engagement and continuous dialogue with national authorities is a key feature of the institution.’¹⁴

Daarnaast vervult de mensenrechtencommissaris op twee manieren een ‘aanjaagfunctie’. In de eerste plaats doordat hij zelf staten aanspreekt op hun mensenrechtelijke verplichtingen, knelpunten aan de orde stelt in zijn gesprekken en dus op die manier zelf de dialoog met de autoriteiten voert, maar ook doordat zijn landenbezoeken en -rapporten doorgaans de nodige media-aandacht

11 Resolutie (99) 50, art. 8.

12 J. Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Ithaca-London: Cornell University Press 2003, p. 140.

13 De eerste commissaris, van oktober 1999 t/m maart 2006, was de Spanjaard Alvaro Gil-Robles.

14 Hammarberg & Dalhuisen 2010 (*supra* noot 8), p. 516-517.

Loof

genereren. Door dat laatste wordt de dialoog over de mensenrechtenproblemen in een lidstaat veelal extra aangezwengeld en verbreed tot een gesprek met ook andere relevante partijen, groeperingen en organisaties (zoals het parlement en NGO's).

3.2 Landenbezoeken en landenrapporten

Hoewel de mensenrechtencommissaris het moet stellen met slechts een beperkt budget¹⁵ heeft hij in de loop van de tijd toch een enorme hoeveelheid activiteiten weten te ontwikkelen. Een centrale plaats wordt daarbij ingenomen door bezoeken aan alle lidstaten van de Raad van Europa en het opstellen van landenrapporten. In 2008 werd de cyclus afgerond waarin alle 47 lidstaten een eerste maal bezocht werden door de commissaris¹⁶ en voor al deze staten een landenrapport werd opgesteld met daarin de bevindingen die uit het onderzoek van de commissaris naar voren waren gekomen, aangevuld met aanbevelingen gericht op de verbetering van het respect voor mensenrechten. In de woorden van Hammarberg zelf:

These reports present the Commissioner's findings and recommendations based on extensive visits including on-site inspections, meetings with national authorities including government ministers, and, often, heads of state, senior members of the judiciary, national human rights institutions and civil society representatives. Without ever aiming to cover each and every human rights issue in the country, these periodic reports enable the Commissioner to conduct a kind of human rights check-up, in which salient issues are identified and recommendations are made.¹⁷

De ervaringen van de commissaris met betrekking tot de landenbezoeken zijn goed, ook voor wat betreft het optreden als waarnemer bij bepaalde gebeurtenissen in lidstaten en het houden van inspecties op bepaalde plaatsen, zoals gevangenissen, psychiatrische klinieken, jeugdgevangenissen, opvangcentra voor slachtoffers van huiselijk geweld en centra voor vreemdelingendetentie. Hij stuitte tot dusverre nimmer op de weigering van een lidstaat om mee te werken, ook niet als het ging om bezoeken aan gevoelige plaatsen zoals de gevangenis van Chernokosovo in Tsjetsjenië (in 1999, tijdens de tweede burgeroorlog in die regio), de militaire basis van de Verenigde Staten in Kosovo (in 2002, ten tijde van oorlog aldaar) en de beruchte Belmarsh-gevangenis in het Verenigd Koninkrijk, waar in 2002 buitenlandse terrorismeverdachten voor onbepaalde tijd werden vastgehouden zonder voorgeleiding aan en rechter, op basis van de

15 Ten tijde van het aantreden van commissaris Hammarberg, in maart 2006, was sprake van een budget voor het instituut van ongeveer 1.6 miljoen Euro (zie het eindrapport van de eerste Commissaris, Gil-Robles, doc. CommDH(2006)17 REV en *NJCM-Bull.* 2006, p. 598). Sindsdien is zowel door de commissaris zelf – zie o.m. zijn speech voor de Parlementaire Vergadering op 5 oktober 2007 (CommDH/Speech(2007)15) – als door de Parlementaire Vergadering (Recommendation 1816 (2007)) aangedrongen op verhoging van dit budget. Aan die oproepen is, zij het in beperkte mate, gevolg gegeven door het Comité van Ministers. In zijn jaarverslag over 2009 maakt Commissaris Hammarberg gewag van een budget van ruim 2.8 miljoen Euro, met daarnaast vrijwillige donaties van enkele RvE-lidstaten (waaronder Nederland) ten bedrage van ongeveer 800.000 Euro. De vrijwillige donatie door Nederland geschiedde o.m. naar aanleiding van een verzoek daartoe door de Eerste Kamer (zie *Handelingen I* 2009/10, nr. 26, p. 1134 en 1141).

16 Nederland en België waren in september en december 2008 de laatste landen die met een bezoek werden vereerd. De rapporten over deze twee landen verschenen in het voorjaar van 2009. Zie het jaarverslag van de mensenrechtencommissaris over 2009, CommDH(2010)8, p. 28-19.

17 Hammarberg & Dalhuisen 2010 (*supra* noot 8), p. 517 en 519.

De wisselwerking tussen het EHRM en de commissaris voor de mensenrechten

door de mensenrechtencommissaris fel bekritiseerde *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* (ATCS Act).¹⁸

Bij het voorbereiden van landenbezoeken maakt de mensenrechtencommissaris in de eerste plaats gebruik van de bevindingen, beslissingen en aanbevelingen van de andere mensenrechten-toezichtsmechanismen binnen de Raad van Europa: EHRM-arresten, uitspraken van het Europees Comité voor Sociale Rechten, rapporten van de Europese Commissie tegen Racisme en Intolerantie (ECRI), etc. Daarnaast wordt de commissaris gevoed door informatie vanuit nationale mensenrechteninstituten of ombudsman-instituten en vanuit universiteiten en andere denktanks, vanuit de instellingen van de OVSE, de EU en de VN en vanuit niet-gouvernementele organisaties. Zo vond bij het bezoek van de mensenrechtencommissaris aan Nederland een gesprek plaats met bestuursleden van het NJCM en stelde het NJCM samen met andere NGO's voor hem een lijst op met aandachts- en knelpunten ten aanzien van de mensenrechten in Nederland.

Het hierboven genoemde bezoek aan Tsjetsjenië in 1999, toen de Russische troepen net Grozny binnengetrokken waren, was het eerste bezoek van de toen net nieuw aangetreden mensenrechtencommissaris. Daarmee werd de toon gezet voor de bijzondere aandacht van de commissaris voor crisissituaties. Logisch, omdat in crisissituaties het risico op ernstige mensenrechtenschendingen veelal groot is. Er volgden nog zes bezoeken aan de Tsjetsjeense regio¹⁹ en aan andere crisisgebieden: Kosovo (ten tijde van de strijd om zelfstandigheid ten opzichte van Servië), Georgië (kort na het gewapend conflict met Rusland over Abchazië en Zuid-Ossetië), Moldavië (in verband met de opstandige provincie Transnistrië). Met deze bezoeken aan crisisgebieden kan de commissaris niet alleen feiten over mogelijk mensenrechtenschendingen vaststellen en beter respect voor die rechten bepleiten bij de autoriteiten, maar soms ook zelf actief aan oplossingen bijdragen. Zo wist commissaris Hammarberg in 2008 kort na het gewapend conflict in Zuid-Ossetië te bewerkstelligen dat door de strijdende partijen over een weer (krijgs)gevangenen werden vrijgelaten en uitgewisseld.

Sinds de afronding van de bezoekcyclus aan alle 47 Raad van Europa-lidstaten heft de mensenrechtencommissaris ervoor gekozen om meer gerichte landenbezoeken af te leggen met specifieke aandacht voor urgente mensenrechtenproblemen en conflicten of crisissituaties. Zo bezocht hij in 2008 binnen enkele maanden drie maal het crisisgebied in Zuid-Ossetië/ Abchazië. Dergelijke korte en frequente bezoeken dienen vooral de versterking van de continue dialoog met de nationale autoriteiten en de 'civil society' ter plekke. Deze bezoeken monden dan ook niet altijd uit in een volledig rapport; soms kiest de commissaris ervoor om brieven te richten aan de nationale autoriteiten waarin hij zijn bevindingen en opmerkingen naar aanleiding daarvan uiteenzet.²⁰

18 Zie daarover J.P. Loof, *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden? Opschorting en beperking van mensenrechten tijdens noodtoestanden en andere situaties die de staatsveiligheid bedreigen* (diss. Leiden), Nijmegen: WLP 2005, p. 659-668.

19 Die bezoeken resulteerden o.m. in een aanbeveling van de commissaris. Straatsburg 30 mei 2002, CommDH(2002)17: Recommendation of the Commissioner for Human Rights concerning certain rights that must be guaranteed during the arrest and detention of persons following 'cleansing' operations in the Chechen Republic of the Russian Federation.

20 Straatsburg 14 april 2010, CommDH(2010)8: Annual Activity Report 2009 by Thomas Hammarberg, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, p. 6.

Loof

3.3 Overige publicaties en initiatieven van de mensenrechtencommissaris

In zijn rol als informatieverstrekker over de bescherming van mensenrechten en de voorkoming van schendingen publiceert de commissaris, naast de landenrapporten: *Viewpoints, Statements, Issue Papers, Opinions* en *Recommendations*.²¹ Daarin wordt meer themagewijs ingegaan op bepaalde mensenrechtenproblemen die zich in één of meer lidstaten voordoen. In *Opinions* geeft de commissaris doorgaans een wat uitvoeriger inhoudelijke analyse van een bepaald onderwerp, terwijl het in *Recommendations* doorgaans meer gaat om het bepleiten van bepaalde maatregelen die één of meer lidstaten zouden moeten nemen.

De *Opinions* van de commissaris kunnen soms ook betrekking hebben op door een regering aangekondigde maatregelen of wetsvoorstellen. De eerste openbaar gemaakte opinie, in 2002, had betrekking op de hierboven reeds genoemde Britse ATCS Act en aankondiging van de Britse regering dat zij als gevolg van de dreiging van terrorisme door islamitische extremisten een beroep zou gaan doen op artikel 15 EVRM (dat de mogelijkheid biedt om bepaalde EVRM-rechten op te schorten in geval van een oorlog of noodtoestand).²² De buitengewoon kritische opinie van de mensenrechtencommissaris over dit Britse voornemen werd zowel in het parlementaire debat over de betreffende wet als in de juridische procedures die in Groot-Brittannië werden aangespannen door personen die op basis van de ATCS Act werden vastgehouden meermaals aangehaald, bijvoorbeeld ook door diverse rechters uit het House of Lords.²³ Tot op heden (oktober 2010) heeft de commissaris twaalf *Opinions* gepubliceerd, doorgaans op eigen initiatief, maar een enkele keer ook op verzoek van een lidstaat of andere instantie. Zo werd om de opinie over de Britse ATCS Act verzocht door het *Joint Committee on Human Rights* uit het Britse Parlement en kwam een opinie over het recht op bezoek door familie voor gedetineerden tot stand op verzoek van de griffie van het Internationaal Strafhof in Den Haag.²⁴

Er verschenen tot dusverre vijf *Recommendations*, onder meer over de behandeling van asielzoekers (bij aankomst in een land en tijdens een eventuele uitzettingsprocedure) en over de implementatie van het recht op huisvesting (naar aanleiding van de in diverse landen plaatsvindende huisuitzettingen als gevolg van de economische crisis). De acht *Issue Papers* die de commissaris tot dusverre publiceerde dienen vooral als informatieverstrekking richting het brede publiek, de NGO's en ook de nationale autoriteiten binnen de lidstaten. Zij belichten bepaalde mensenrechtenproblemen en bevatten suggesties om die problemen op te lossen, maar moeten volgens de commissaris niet beschouwd worden als formele juridische adviezen. Zij worden soms ook opgesteld door experts van buiten het bureau van de mensenrechtencommissaris.

De *Viewpoints* van de commissaris zijn korte berichten over mensenrechten-onderwerpen die zijn aandacht hebben getrokken en waarover hij 'iets kwijt wil'. De website van de commissaris meldt over deze sinds 2006 regelmatig verschijnende *Viewpoints*: 'The intention is not to

21 Al deze documenten zijn terug te vinden op: www.commissioner.coe.int.

22 Straatsburg 28 augustus 2002, CommDH(2002)7: Opinion of the Commissioner for Human Rights on certain aspects of the United Kingdom 2001 derogation from Article 5 par. 1 of the European Convention on Human Rights.

23 Dit is o.m. terug te lezen in EHRM 19 februari 2009, appl.no. 3455/05 (A e.a./VK), § 20. De opinie van de commissaris droeg mede bij aan het kritische oordeel van het House of Lords over (onderdelen van) de ATCS Act.

24 Straatsburg 16 Juni 2008, CommDH(2008)15: Opinion of the Commissioner for Human Rights regarding family visits to persons deprived of their liberty.

De wisselwerking tussen het EHRM en de commissaris voor de mensenrechten

cover all aspects of the subject chosen, but to raise important issues and give ideas on possible concrete action to undertake'. Er verschenen inmiddels 26 van deze *Viewpoints*, die veelal door de media in de lidstaten werden opgepikt en daardoor vooral het doel van 'raising awareness' dienden. Dat gold in het bijzonder voor het Viewpoint van de commissaris over boerka-verboden in maart 2010:

'Rulings anywhere that women must wear the burqa should be condemned – but banning such dresses here would be wrong. (...) Prohibition of the burqa and the niqab would not liberate oppressed women, but might instead lead to their further alienation in European societies. A general ban on such attires would constitute an ill-advised invasion of individual privacy. Depending on its precise terms, a prohibition also raises serious questions about whether such legislation would be compatible with the European Convention on Human Rights.'

Min of meer in het verlengde van de *Viewpoints* publiceert de commissaris sinds maart 2010, als onderdeel van een soort offensief richting de nieuwe 'sociale' media, ook regelmatig *Human Rights Comments*: korte persoonlijke commentaren op actuele mensenrechtenproblemen, die vergezeld gaan van multimediale instrumenten (filmpjes, podcasts en dergelijke). Dat lijkt een effectieve manier om die sociale media (weblogs, Twitter, Facebook, etc.) inderdaad te interesseren voor mensenrechten-onderwerpen.

3.4 Kernthema's

Uit alle bovengenoemde documenten en andere publicaties van de mensenrechtencommissaris kan worden gedestilleerd aan welke thema's de commissaris aandacht schenkt en op welke wijze deze samenhangen met de taken en jurisprudentie van het EHRM. Daarbij zij opgemerkt dat de veelheid van onderwerpen die in de verzameling documenten en publicaties wordt aangeroerd het onmogelijk maakt om daarvan op deze plaats een compleet verslag te doen. Er zijn echter wel een aantal thema's die extra in het oog springen.

Allereerst is daar de positie van asielzoekers en ongedocumenteerde migranten. De allereerste aanbeveling van de mensenrechtencommissaris, uit september 2001, had reeds als onderwerp 'the rights of aliens wishing to enter a Council of Europe member State and the enforcement of expulsion orders'.²⁵ Daarin gaf de commissaris, onder meer na een analyse van de relevante EHRM-arresten (maar zonder die arresten te noemen in de aanbeveling), aan dat

1. Everyone has the right, on arrival at the border of a member State, to be treated with respect for his or her human dignity rather than automatically considered to be a criminal or guilty of fraud.

2. On arrival, everyone whose right of entry is disputed must be given a hearing, where necessary with the help of an interpreter whose fees must be met by the country of arrival, in order to be able, where appropriate, to lodge a request for asylum. This must entail the right to open a file after having being duly informed, in a language which he or she understands, about the procedure to be followed. The practice of refoulement "at the arrival gate" thus becomes unacceptable.

25 Straatsburg 19 september 2001, CommDH(2001)19: Recommendation of the Commissioner for Human Rights concerning the rights of aliens wishing to enter a Council of Europe member State and the enforcement of expulsion orders.

Loof

3. As a rule there should be no restrictions on freedom of movement. Wherever possible, detention must be replaced by other supervisory measures, such as the provision of guarantees or surety or other similar measures. Should detention remain the only way of guaranteeing an alien's physical presence, it must not take place, systematically, at a police station or in a prison, unless there is no practical alternative, and in such case must last no longer than is strictly necessary for organising a transfer to a specialised centre.'

en

'11. It is essential that the right of judicial remedy within the meaning of Article 13 of the ECHR be not only guaranteed in law but also granted in practice when a person alleges that the competent authorities have contravened or are likely to contravene a right guaranteed by the ECHR. The right of effective remedy must be guaranteed to anyone wishing to challenge a *refoulement* or expulsion order. It must be capable of suspending enforcement of an expulsion order, at least where contravention of Articles 2 or 3 of the ECHR is alleged.'

Sindsdien zijn het verbod van *refoulement*, de terughoudende toepassing van vreemdelingenbewaring en het recht op een effectief rechtsmiddel in asiel- en uitzettingsprocedures regelmatig terugkerende onderwerpen in de werkzaamheden van de mensenrechtencommissaris (net als in de uitspraken van het EHRM). In oktober 2003 publiceerde de commissaris een opinie over het voorstel van de Finse regering voor een nieuwe Vreemdelingenwet. In deze opinie schetst de commissaris de verplichtingen voortvloeiend uit artikel 3 EVRM (verbod van foltering en onmenselijke behandeling) en Protocol No. 4 (verbod van collectieve uitzettingen), met verwijzingen naar diverse uitspraken van het EHRM waarin die verplichtingen nader zijn ingevuld.²⁶ Recent, in april en juni 2010, publiceerde de mensenrechtencommissaris nog drie *Human Rights Comments* over asiel- en uitzettingskwesties. Het eerste betrof de positie van alleenstaande minderjarige asielzoekers: 'Children coming alone as migrants should not be automatically returned'. Het tweede ging over de adviezen van de VN Hoge Commissaris voor Vluchtelingen over de veiligheid van landen of regio's waarheen uitgeprocedeerde asielzoekers uitgezet dreigen te worden: 'European states should respect advice by UNHCR'. Het tweede betrof de toenemende praktijk bij de lidstaten om door het EHRM opgelegde interim maatregelen (op grond van Rule 39 van de *Rules of Court*), ter blokkering van een voorgenomen uitzetting of uitwijzing, naast zich neer te leggen: 'European states must respect Strasbourg Court's orders to halt deportations'. Daarnaast bevatten vrijwel alle landenrapporten van de commissaris een apart hoofdstuk over asielprocedures en immigratiebeleid.

Een tweede kernthema is de bestrijding van discriminatie. Daarbij gaat het om discriminatie van (a) nationale, etnische en religieuze minderheden, (b) *lesbian, gay, bisexual, and transgender persons* (LGBT), (c) gehandicapten en (d) discriminatie op grond van geslacht. Wat betreft de bescherming van minderheden is daarbij de positie van Roma een bijzonder aandachtspunt, vooral omdat zij in veel landen in een grote achterstandspositie verkeren wat betreft onderwijs – in diverse landen is voor Roma sprake van een sterke segregatie in het onderwijs – en huisves-

26 Straatsburg 17 oktober 2003, CommDH(2003)13: Opinion of the Commissioner for Human Rights on certain aspects of the proposal by the Government of Finland for a new Aliens Act.

De wisselwerking tussen het EHRM en de commissaris voor de mensenrechten

ting.²⁷ Een speerpunt in de activiteiten van de commissaris rond dit thema is het bij lidstaten aandringen op spoedige ratificatie van Protocol No. 12 (algemeen discriminatieverbod) en het Kaderverdrag inzake de bescherming van nationale minderheden. Ook is bij dit thema jurisprudentie van het EHRM vaak richtinggevend voor de activiteiten en rapporten van de mensenrechtencommissaris.²⁸

Een derde kernthema wordt gevormd door de rechten van kinderen. De mensenrechtencommissaris benadrukt in dat verband bij de lidstaten vooral het recht op een respectvolle opvoeding en dringt aan op het uitbannen van geweld tegen kinderen. Dit komt onder meer naar voren in het *Issue Paper* uit 2006, 'Children and corporal punishment',²⁹ waarin onder meer wordt verwezen naar de EHRM-jurisprudentie over de toepassing van lijfstraffen op scholen en door ouders³⁰ en de lidstaten worden opgeroepen om het toepassen van lijfstraffen bij wet te verbieden. Een ander onderwerp binnen dit thema is de positie van kinderen binnen het strafrecht. In een brief aan de Turkse Minister van Justitie (juni 2010) bekritiseerde de mensenrechtencommissaris de Turkse praktijk van het opleggen van langdurige gevangenisstraffen aan kinderen, die hij in strijd oordeelde met het VN-Kinderrechtenverdrag.³¹ Ook drong hij bij diverse staten meermalen aan op terughoudendheid in het toepassen van jeugddetentie en op een gescheiden detentiefaciliteiten voor jeugdigen en volwassenen. In 2009 publiceerde hij een *Issue Paper* over 'Children and Juvenile Justice' waarin hij de basisbeginselen schetst van een humaan jeugdstrafrecht dat voldoende recht doet aan de fundamentele rechten van kinderen.³²

Twee laatste hier te noemen kernthema's zijn de persvrijheid en de behandeling van klachten over politieoptreden. De commissaris acht de 'publieke waakhond'-functie van de media van essentieel belang in een democratische rechtsstaat. Er moet dus voldoende ruimte zijn voor de media om eventueel ook kritiek te uiten op overheidsfunctionarissen en politici. Journalisten moeten worden beschermd tegen onterechte juridische procedures vanwege smaad of belediging en vooral ook tegen aantasting van hun lichamelijke integriteit of hun recht op leven:

27 Zie o.m. het speciale position paper van de mensenrechtencommissaris van 30 mei 2010, CommDH/PositionPaper(2010)3: Positions on the human rights of Roma, waarin hij alle standpunten en opmerkingen over de rechten van Roma uit eerdere rapporten en documenten bij elkaar brengt. Reden hiervoor is de marginale positie van de Roma in vele landen van de Raad van Europa: 'The Roma population – whether citizens, displaced persons or migrants – is worse off than any other group in Europe when it comes to education, health, employment, housing and political participation. Roma continue to suffer from widespread discrimination and anti-Gypsyism which feed the cycle of their disadvantage, exclusion, segregation and marginalisation. In many countries hate speech, harassment and violence against Roma are commonplace, including alarming levels of violence and abuse by law enforcement officials. In recent years, migration of Roma from certain Council of Europe member states to others has given rise to further anti-Gypsyism and discrimination in receiving states.'

28 Zie o.m. twee recente *Human Rights Comments* van de commissaris: 'Segregated schools marginalise Roma children – the decisions of the Strasbourg Court must be implemented' (20 mei 2010) en 'Pride events are still hindered – this violates freedom of assembly' (2 juni 2010).

29 CommDH/IssuePaper(2006)1REV: Children and corporal punishment: 'The right not to be hit, also a children's right'. Zie ook Human Rights Comment 'Time to give smacking a beating – children deserve total ban against adults hitting them' (28 April 2010).

30 EHRM 25 april 1978, *Series A* Vol. 26 (Tyrer/VK); EHRM 25 februari 1982, *Series A* Vol. 48 (Campbell en Cosans/VK); EHRM 29 oktober 1992, *Series A* Vol. 247-A (Y/VK); EHRM 25 maart 1993, *Series A* Vol. 247-C (Costello-Roberts/VK); EHRM 23 september 1998, *RJ&D* 1998-IV (A/VK).

31 CommDH(2010)25.

32 Straatsburg 19 Juni 2009, CommDH/IssuePaper(2009)1: Children and juvenile justice – proposals for improvements.

Loof

'In recent years some of the most leading investigative journalists have not only found their sources scared into silence, they have themselves fallen victim to the most brutal contract killing: Anna Politkovskaya in Russia, Hrant Dink in Turkey, Georgyi Gongadze in Ukraine and Elmar Huseynov in Azerbaijan. No effort must be spared to apprehend and bring to justice not only the actual killers but also those who ordered these murders.

Such heinous crimes may make other journalists more cautious and thereby cause self-censorship. Governments must therefore demonstrate more forcefully that they are prepared to protect freedom of media not only in words, but also by way of concrete action.³³

In een opinie uit maart 2009 bepleitte de mensenrechtencommissaris het oprichten van onafhankelijke en effectieve klachtinstanties met betrekking tot politieoptreden in alle lidstaten. In zijn opinie zette hij aan de hand van een reeks EHRM-arresten uiteen aan welke vereisten een dergelijk klachtmechanisme moet voldoen in het licht van de procedurele verplichtingen die rusten op de staten onder artikel 2 en 3 EVRM:

'Independence: there should not be institutional or hierarchical connections between the investigators and the officer complained against and there should be practical independence;

Adequacy: the investigation should be capable of gathering evidence to determine whether police behaviour complained of was unlawful and to identify and punish those responsible;

Promptness: the investigation should be conducted promptly and in an expeditious manner in order to maintain confidence in the rule of law;

Public scrutiny: procedures and decision-making should be open and transparent in order to ensure accountability; and

Victim involvement: the complainant should be involved in the complaints process in order to safeguard his or her legitimate interests.'

In diverse landenrapporten bepleitte de mensenrechtencommissaris betere (meer afschrikkende) wetgeving om mishandeling door politiefunctionarissen tegen te gaan.

3.5 Wisselwerking met het EHRM

In zijn landenrapporten komt de mensenrechtencommissaris vaak terug op uitspraken van het EHRM die zijn gewezen tegen het betreffende land. Daarbij is de insteek van de commissaris dan niet zozeer de tenuitvoerlegging van de betreffende uitspraak in het individuele geval,³⁴ maar het aandringen op wets- of beleidswijziging om herhaling van de met het EVRM strijdige situatie te voorkomen. Illustratief is het landenrapport over Roemenië uit 2002. Daarin gaat de commissaris onder meer in op de bescherming van de persvrijheid in Roemenië. Hij toont zich bezorgd over de grote hoeveelheid rechtszaken tegen journalisten vanwege smaad of laster en

33 Viewpoint van 17 september 2007: 'Investigative journalists and whistle blowers must be protected', zie: http://www.coe.int/t/commissioner/Viewpoints/070917_en.asp.

34 Al stelt de mensenrechtencommissaris die tenuitvoerlegging in het individuele geval soms ook aan de orde in zijn rapport, in het bijzonder indien een adequate tenuitvoerlegging lang op zich laat wachten. Zie o.m. de opmerkingen van commissaris Hammarberg in zijn rapport over Turkije uit 2009 over het feit dat drie jaar na de uitspraak van het EHRM in de zaak *Ilhan Bilgin/Turkije* nog immer geen sprake is van een volledige tenuitvoerlegging: Straatsburg 1 oktober 2009, CommDH(2009)30, § 124.

De wisselwerking tussen het EHRM en de commissaris voor de mensenrechten

de ongunstige bewijslastverdeling in dergelijke zaken, dringt aan op wetswijziging en schetst de kaders waarbinnen een nieuwe wet zou moeten blijven:

[C]onsidering that Article 10 of the European Convention establishes a presumption of freedom of expression, it is regrettable that in libel and defamation cases the burden of proof is placed firstly on the defendant who is compelled to prove the truth of his statements. However, in its Dalban judgment against Romania,³⁵ the European Court considers it unacceptable for a journalist to be debarred from expressing critical value judgements unless he or she can prove their truth. In addition, whereas the Court holds that the limits of acceptable criticism are wider for a politician than for a private individual, Romanian legislation still punishes the offence of libel more severely an official than when it concerns a private individual. (...) Having regard to the foregoing and to the continually growing number of charges of defamation and libel brought before the Romanian courts, a legislative reform is necessary: reversal of the burden of proof is essential; the journalist's good faith must have precedence and preference over the truth of the statements as a ground of defence; the possibility of punishing these offences with a prison sentence must be abolished; the principle of proportionality should guide any pecuniary penalty.³⁶

Een ander voorbeeld hiervan is het memorandum van de mensenrechtencommissaris aan de Letse regering uit 2007, over de implementatie van de eerdere aanbevelingen van de commissaris uit 2003. In dit memorandum wijst de commissaris onder meer op de lange duur van voorlopige hechtenis, die in diverse EHRM-arresten tegen Letland in strijd met het EVRM is bevonden. Hij constateert dat de duur van de voorlopige hechtenis is teruggebracht, onder meer als gevolg van de ontstane praktijk om gedetineerden van wie de maximale wettelijke termijn van voorlopige hechtenis verstreken is simpelweg vrij te laten en niet verder te vervolgen. Aangezien onder meer NGO's erop hebben gewezen dit ook geen wenselijke situatie te vinden, dringt de commissaris bij de Letse regering erop aan na te denken over alternatieven voor voorlopige hechtenis en voor gevangenisstraf in het algemeen.³⁷

Het komt echter ook veelvuldig voor dat de mensenrechtencommissaris in zijn dialoog met een lidstaat wijst op EHRM-uitspraken tegen andere staten waarin standaarden zijn ontwikkeld die ook voor de betreffende lidstaat relevant zijn. Hierboven wees ik reeds op de opinie van de commissaris over de nieuwe Finse Vreemdelingenwet, waarin dit het geval was. Een ander voorbeeld is de in maart 2004 gepubliceerde opinie gericht tot de Portugese regering over waarborgen in de procedure rond toepassing van voorlopige hechtenis. Daarin wordt uiteengezet hoe de EHRM-jurisprudentie over artikel 5 EVRM terzake luidt en wordt vervolgens beoordeeld of de geldende Portugese wetgeving aan die maatstaven voldoet.³⁸

Naast de vele gevallen waarin de commissaris voortborduurde op EHRM-jurisprudentie en suggesties doet voor een goede implementatie daarvan, zijn er echter ook onderwerpen waarop de commissaris standpunten inneemt die geenszins op EHRM-jurisprudentie zijn terug te voeren. Zo gaf hij in zijn jaarverslag over 2007 aan voorstander te zijn van 'positieve actie' met betrekking

35 EHRM 28 september 1999, appl.no 28114/95 (Dalban/Roemenië).

36 Straatsburg 27 november 2002, CommDH(2002)13: Report by the Commissioner for Human Rights on his visit to Romania 5-9 October 2002.

37 Straatsburg 16 mei 2007, CommDH(2007)9: Memorandum to the Latvian Government Assessment of the progress made in implementing the 2003 recommendations of the Council of Europe Commissioner for Human Rights, § 22-23.

38 Straatsburg 15 maart 2004, CommDH(2004)8: Opinion of the Commissioner for Human Rights on the procedural safeguards surrounding the authorisation of pre-trial detention in Portugal.

Loof

tot de deelname van vrouwen aan de politieke besluitvorming. Hij sprak zich in dat verband onomwonden uit voor het hanteren van een 'quota-systeem' bij het vaststellen van kieslijsten.³⁹ Daarover heeft het EHRM, hoewel zich inmiddels een behoorlijke jurisprudentie over allerhande kiesrecht kwesties heeft ontwikkeld, nog nooit een uitspraak gedaan. En het is ook maar de vraag of het Hof zo'n grote voorstander zal zijn van dit type overheidsmaatregelen, die weliswaar geacht kunnen worden een bijdrage te leveren aan het tegengaan van *gender* discriminatie, maar tegelijkertijd een forse inbreuk opleveren op de verenigingsvrijheid van politieke partijen. Overigens kon de mensenrechtencommissaris ter onderbouwing van zijn standpunt wel verwijzen naar een aanbeveling van het Comité van Ministers waarin bepleit werd het percentage vrouwen in de politieke besluitvormende organen niet onder de 40% te laten zakken.⁴⁰

4 De rol van de mensenrechtencommissaris binnen de klachtprocedure voor het EHRM

Een zoektocht in de databank HUDOC, waarin de jurisprudentie van het EHRM is opgenomen, leverde in oktober 2010 een dertigtal EHRM-uitspraken op waarin wordt verwezen naar rapporten en documenten van de mensenrechtencommissaris. Alvorens in te gaan op de manier waarop het EHRM gebruik maakt van de informatie uit die rapporten en documenten is het goed om te inventariseren op welke wijzen (informatie verstrekt door) de mensenrechtencommissaris aan de orde kan komen in een EHRM-uitspraak.

4.1 Procedurele mogelijkheden

In de eerste plaats kan informatie van de mensenrechtencommissaris een plaats krijgen in een EHRM-uitspraak doordat (de griffie van) het Hof die informatie uit eigen beweging opneemt in de uitspraak. Zoals er in de EHRM-uitspraken met regelmaat wordt verwezen naar voor de betreffende zaak relevante informatie uit regeringsrapporten, rapporten van de PACE, aanbevelingen van het Comité van Ministers etc., wordt er soms ook verwezen naar rapporten van de mensenrechtencommissaris. Vaak betreft het dan informatie uit het landenrapport van de commissaris over het land waartegen de klacht gericht is. In een enkel geval is het de klager die zijn klacht mede onderbouwt door te verwijzen naar kritiek van de mensenrechtencommissaris op een bepaalde situatie.⁴¹

Een andere mogelijkheid is dat de mensenrechtencommissaris toestemming krijgt van het Hof om te mogen optreden als *amicus curiae*. Op grond van artikel 36, tweede lid, EVRM⁴² kan de president van het EHRM derden, waaronder andere verdragsstaten en overige belanghebbenden (bijvoorbeeld niet-gouvernementele organisaties), uitnodigen schriftelijke conclusies in

39 CommDH(2008)10 REV, 15 april 2008, Annual Activity Report 2007 by Thomas Hammarberg, Council of Europe Commissioner for Human Rights, § 1.1.

40 Rec(2003)3E, 12 maart 2003, Recommendation of the Committee of Ministers to member states on balanced participation of women and men in political and public decision making.

41 Zie EHRM 19 februari 2009, appl.no. 55707/00 (Andrejeva/Letland), § 64.

42 Art. 36 lid 2 EVRM luidt als volgt: 'De President van het Hof kan, in het belang van een goede rechtsbedeling, elke Hoge Verdragsluitende Partij die geen partij bij de procedure is of elke belanghebbende die niet de verzoeker is, uitnodigen schriftelijke conclusies in te dienen of aan zittingen deel te nemen.'

De wisselwerking tussen het EHRM en de commissaris voor de mensenrechten

te dienen of aan zittingen deel te nemen.⁴³ Deze interventie door derden in de procedure voor het Hof moet dan wel ten dienste staan van 'een goede rechtsbedeling' en is alleen mogelijk indien de zaak behandeld wordt door een kamer of de grote kamer van het Hof (dus niet bij zaken die worden behandeld door alleenzittende rechters of comités van drie rechters).⁴⁴ De mogelijkheid om als derde een rol te spelen in de procedure is geen recht, maar een gunst en betekent bovendien niet dat deze derden zelf procespartij worden.⁴⁵ De belangrijkste vorm waarin derden een rol kunnen spelen is die van het indienen van zogenoemde *amicus curiae* briefs, schriftelijke stukken dus. Slechts bij hoge uitzondering krijgen derden de mogelijkheid het woord te voeren tijdens zittingen van het Hof.⁴⁶ Het doel van de toelating van een *amicus curiae* brief is het bijdragen aan een goede rechtsbedeling. Het gaat er om dat de verstrekte informatie kan dienen als (aanvullend) bewijs of als uitleg van een feitelijke of juridische situatie, waardoor het Hof beter in staat is zijn beoordelende werk uit te voeren.⁴⁷

Doorgaans wordt de toestemming om als *amicus curiae* op te treden verleend op verzoek van de derde,⁴⁸ maar de tekst van artikel 36 EVRM sluit niet uit dat het Hof uit eigen beweging een uitnodiging doet aan een derde om als *amicus* op te treden. In de periode 2007-2010 heeft de mensenrechtencommissaris drie keer als *amicus* geïntervenieerd in procedures voor het Hof. In het eerste geval gebeurde dat op uitdrukkelijke uitnodiging van het Hof zelf, dat de commissaris een hele lijst van vragen voorlegde met het verzoek daarop schriftelijk te antwoorden. Op de betreffende zaak, *Mamasakhlisi t. Georgië en Rusland* (appl.no. 29999/04), zal ik in de volgende paragraaf nog nader ingaan.

Sinds de inwerkingtreding van Protocol No. 14 bij het EVRM, in juni 2010, heeft de mensenrechtencommissaris een robuuster mogelijkheid gekregen om te interveniëren in klachtprocedures bij het EHRM. Door Protocol No. 14 is een nieuw derde lid toegevoegd aan artikel 36 EVRM, dat als volgt luidt:

43 Dit artikel is in het EVRM opgenomen sinds de inwerkingtreding van het Elfde Protocol in 1998. Daarvoor was interventie door derden als *amicus curiae* reeds mogelijk op grond van art. 37 van de toenmalige Rules of Court (de procedureregels van het Hof). Zie daarover o.m. A. Lester, 'Amici Curiae: Third Party Interventions before the European Court of Human Rights', in: F. Matscher & H. Petzold, *Protecting Human Rights: The European Dimension* (Studies in honour of Gérard J. Wiarda), Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns 1988, p. 342 e.v. en J.P. Loof, 'Amicus curiae in Straatsburg: een rol voor NGO's binnen het EVRM-toezichtsmechanisme', in: A.W. Heringa & E. Myjer (red.), *45 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens 1950-1995* (speciaal nummer *NJCM-Bull.* 21-1), Leiden 1996, p. 13-31.

44 Dit vloeit voort uit de tekst van art. 44 lid 3, sub a, van de *Rules of Court*: 'Once notice of an application has been given to the respondent Contracting Party under Rules 51 § 1 or 54 § 2 (b), the President of the Chamber may, in the interests of the proper administration of justice, as provided in Article 36 § 2 of the Convention, invite, or grant leave to, any Contracting Party which is not a party to the proceedings, or any person concerned who is not the applicant, to submit written comments or, in exceptional cases, to take part in a hearing.'

45 Dit was ook nadrukkelijk niet de bedoeling van de opstellers van het Elfde Protocol. Zie: K. de Vey Mestdagh, 'Protocol Nr. 11 bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Een artikelsgewijs commentaar', *NJCM-Bull.* 1994, p. 687.

46 Zie de tekst van art. 44 van de Rules of Court (*supra* noot 44). In de zaak *M.S.S. t. België en Griekenland* (appl.no. 30696/09) kreeg de mensenrechtencommissaris voor het eerst gelegenheid om het woord te voeren tijdens de hoorzitting van het EHRM op 1 september 2010.

47 Vgl. Loof 1996 (*supra* noot 43), p. 20-21.

48 Dit speelt met name indien derde-verdragsstaten of NGO's als *amicus* wensen op te treden. Art. 44 lid 3, sub b, bevat daartoe enkele eisen waaraan een dergelijk verzoek moet voldoen.

Loof

'In alle zaken die voor een Kamer of de Grote Kamer aanhangig zijn, kan de Commissaris voor de Mensenrechten van de Raad van Europa schriftelijke conclusies indienen en aan hoorzittingen deelnemen.'

Deze bepaling is het resultaat van een verzoek door mensenrechtencommissaris Gil-Robles tijdens de onderhandelingen over Protocol No. 14 in 2003. Gil-Robles stelde voor om de mensenrechtencommissaris de bevoegdheid te geven om zelfstandig klachten gericht tegen één of meer verdragsstaten aan het Hof voor te leggen. Hij zou daarmee de rol krijgen van een soort advocaat-generaal voor de mensenrechten die een *actio popularis* zou kunnen starten bij het Hof. In zijn vierde jaarverslag omschreef hij de argumenten voor dit voorstel als volgt:

'In the context of the discussions on the reform of the European Court of Human Rights (the Court), the Commissioner submitted a proposal consisting of granting the Commissioner the right to seize the Court in cases raising issues of a serious or general nature. The Commissioner was motivated in this request, analogous to the powers of certain national ombudsmen to bring cases before constitutional courts, by two factors. Firstly, by bringing cases on structural problems identified in member States, the Commissioner might be able to draw the attention of the Court to the underlying source of potential violations and facilitate the preparation of judgments whose execution would be easier both to carry out and monitor, thereby reducing a likely succession of repetitive cases.

Secondly, the Commissioner's proposal was intended to strengthen the protection offered by the Court in respect of particularly serious violations where the potential applicants might face difficulties in applying to the court, or face long delays attempting to exhaust domestic remedies. This interest mirrors the concern expressed by the Parliamentary Assembly in its Recommendation 1606 (2003), on areas where the European Convention on Human Rights cannot be implemented, in which it called for the possibility of an *actio popularis* and suggested that the institution of the Commissioner should enjoy powers analogous to that of a public prosecutor.⁴⁹

Het voorstel van Gil-Robles werd omarmd door de PACE in Recommendation 1640 (2004).⁵⁰ Daarbij speelde mee dat de PACE zich al eerder, in Recommendation 1606 (2003) bezorgd had getoond over het feit dat het EVRM in bepaalde gebieden van Europa niet goed geïmplementeerd kon worden als gevolg van gewapende conflicten of andere noodsituaties, bezetting van een deel van het nationale territorium door buitenlandse troepen of een gebrek aan feitelijke controle over een bepaald deel van het grondgebied door de nationale autoriteiten. Voor individuen in dergelijke gebieden is het in de praktijk vaak zo goed als onmogelijk om gebruik te maken van het individueel klachtrecht, zodat mensenrechtenschendingen aldaar eigenlijk alleen voor het Hof gebracht zouden kunnen worden door middel van een interstatelijke klacht ex artikel 33 EVRM. Aangezien staten zich in de diplomatieke praktijk zelden of nooit geroepen voelen om ten aanzien van dat type situaties gebruik te maken van het interstatelijke klachtrecht, achtte de PACE het aangewezen dan de onafhankelijke mensenrechtencommissaris de bevoegdheid te verlenen om bij wijze van *actio popularis* klachten aan het Hof voor te leggen.⁵¹

49 Commissioner for Human Rights, Straatsburg 15 december 2004, CommDH(2004)10, 4th Annual Report (January to December 2003) to the Committee of Ministers and the Parliamentary Assembly, p. 17. Te raadplegen via: http://www.coe.int/t/commissioner/WCD/annualreports_en.asp.

50 Aan Recommendation 1640 (2004) lag een rapport ten grondslag van het Committee on Legal Affairs and Human Rights (rapporteur: Rudolf Bindig uit Duitsland): Doc. 10024 van 18 december 2003.

51 Ook aan Recommendation 1606 (2003) lag een rapport ten grondslag van het Committee on Legal Affairs and Human Rights (rapporteur: Christos Pourgourides uit Cyprus): Doc. 9730 van 11 maart 2003.

De wisselwerking tussen het EHRM en de commissaris voor de mensenrechten

Het door de PACE ondersteunde voorstel van de mensenrechtencommissaris werd evenwel niet overgenomen door de onderhandelaars, onder meer omdat het EHRM zelf zich geen voorstander toonde van deze constructie. Het Hof wees erop deze nieuwe bevoegdheid voor de commissaris een ongelukkige vermenging van taken zou opleveren, waarin hij enerzijds op allerlei vlak zou moeten samenwerken met de Raad van Europa-lidstaten (hetgeen een zekere vertrouwensbasis vereist) en anderzijds juist zou moeten optreden als aanklager van die lidstaten.⁵² De onderhandelingen over Protocol No. 14 leverden uiteindelijk wel het nieuwe artikel 36 lid 3 EVRM op, waarin de commissaris dus een zelfstandig en op eigen initiatief uit te oefenen recht om te interveniëren in de klachtprocedures voor het Hof werd toegekend. Het voordeel is dat dit *interventierecht* – de mogelijkheid om te interveniëren is voor de mensenrechtencommissaris nu niet langer een gunst – de commissaris de mogelijkheid biedt om structurele of groot-schalige problemen in de naleving van het EVRM zoals hij die bij zijn onderzoeken in een lidstaat is tegengekomen, bij het Hof aan te kaarten. Hij kan dit echter alleen doen als er iemand anders een klacht heeft ingediend waarbij hij met zijn informatie kan aanhaken. Dit laatste maakt dat de rol die de commissaris zou kunnen spelen in klachtprocedures met betrekking tot urgente mensenrechtenschendingen toch beperkt is.

Van het sinds juni 2010 bestaande interventierecht ex artikel 36, derde lid, EVRM heeft de mensenrechtencommissaris tot op heden (oktober 2010) nog geen gebruik gemaakt. In het licht van zijn mandaat zoals neergelegd in resolutie (99) 50 ligt het voor de hand dat de mensenrechtencommissaris slechts gebruik zal maken van zijn interventierecht ‘in cases involving systematic problems and where general measures need to be taken by member states’.⁵³ Bovendien moet de commissaris er voor waken niet te zeer in een judiciële rol terecht te komen, aangezien resolutie (99) 50 expliciet neerlegt dat die rol hem niet toekomt en hij een aanvullende rol moet vervullen op de klachtprocedures bij het Hof.⁵⁴

4.2 Betekenis van de informatie verstrekt door de mensenrechtencommissaris binnen de klachtprocedure voor het EHRM

Als er in EHRM-arresten wordt verwezen naar rapporten, opinies of andere informatie van de mensenrechtencommissaris, dan gebeurt dit vaak onder het kopje ‘Relevant domestic law and practice’ of onder een kopje dat een overzicht van alle inspanningen van Raad van Europa-organen met betrekking tot de regio of de aan de orde zijnde mensenrechtenproblematiek aanduidt (bijvoorbeeld ‘Overview of Council of Europe Activities’, ‘Council of Europe documents’

52 N. van Leuven, ‘The Judges of the European Court and the Commissioner for Human Rights’, in: P. Lemmens & W. Vandenhole (eds.), *Protocol No. 14 and the Reform of the European Court of Human Rights*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2004, p. 29.

53 Zie het rapport van het Committee on Legal Affairs and Human Rights (rapporteur: Jean Charles Gardetto uit Monaco), Council of Europe Commissioner for Human Rights – Stocktaking and Perspectives, Doc. 11376 van 11 september 2007, p. 11.

54 Incidenteel is in een EHRM-arrest te lezen dat een klager berichten over een bepaalde mensenrechtenschending heeft gemeld bij de mensenrechtencommissaris, waarna de commissaris toezegt die berichten aan de orde te zullen stellen in zijn gesprekken met de nationale autoriteiten. Enkele maanden later wordt vervolgens een klacht ingediend bij het EHRM, zodat het voor de hand ligt dat de commissaris de betreffende klager op die mogelijkheid heeft gewezen. Zie EHRM 10 januari 2008, appl.no. 67797/01 (Zubayrayev/Rusland), § 23.

Loof

of 'Relevant international and domestic law and practice'). Het opnemen van deze informatie in de EHRM-uitspraak dient dan doorgaans ter verduidelijking van de feitelijke situatie waarin een bepaalde (bevolkings)groep verkeert of als uitleg van de wijze waarop het rechtsstelsel in het betreffende land functioneert ten aanzien van de mensenrechtenproblematiek die in de uitspraak aan de orde is.

Zo bevat bijvoorbeeld het EHRM-arrest *Saadi t. het Verenigd Koninkrijk* een weergave van een korte passage uit het landenrapport van de mensenrechtencommissaris, waarin hij de Britse praktijk schetst met betrekking tot vreemdelingendetentie, namelijk toepassing van vreemdelingendetentie reeds in een zeer vroeg stadium van de asielprocedure.⁵⁵ In het arrest *Kafkaris t. Cyprus* zijn enkele passages uit rapporten van de mensenrechtencommissaris opgenomen waarin wordt beschreven dat in Cyprus een politieke discussie gaande is over het toepassen van levenslange gevangenisstraf vanwege onder meer zorgen om het (geestelijk) welzijn van de gedetineerden en om de veiligheid van de bewakers.⁵⁶ In *Tehrani e.a. t. Turkije*, een arrest over de slechte condities waarin asielzoekers in Turkije worden vastgehouden tijdens de asielprocedure, wordt verwezen naar het bezoek van de mensenrechtencommissaris aan Turkije en naar het feit dat hij ook in zijn rapport naar aanleiding van dat bezoek zijn zorgen heeft geuit over de slechte leefomstandigheden in de asielcentra.⁵⁷ In *Fatullayev t. Azerbeidzjan* wordt verwezen naar de opmerkingen uit het rapport van de commissaris over de frequente vervolging van journalisten vanwege smaad, de grote aantallen journalisten die om die reden vastzitten in de gevangenis en naar zijn schets van de Azerbeidjaanse wetgeving terzake.⁵⁸ In *Kuric e.a. t. Slovenië* zijn passages opgenomen uit het rapport van de mensenrechtencommissaris over dit land, waaruit naar voren komt dat uitspraken van het Sloveense Constitutionele Hof over het toekennen van nationaliteits- of ingezetensrechten aan staatlozen enkele jaren na dato nog steeds niet zijn opgevolgd door de regering.⁵⁹ In *Davydov e.a. t. Oekraïne* is de beschrijving uit het landenrapport van de commissaris opgenomen met betrekking tot de wijd verspreide praktijk van foltering, overbevolking en inhumane leefomstandigheden in de Oekraïense gevangenissen.⁶⁰

In hoeverre de informatie van de mensenrechtencommissaris in deze zaken van invloed is op het uiteindelijke oordeel van het Hof is moeilijk te zeggen. In het deel van het arrest waarin het Hof tot zijn beoordeling komt wordt vrijwel nooit terugverwezen naar de informatie van de mensenrechtencommissaris. Hoogstens kan worden vermoed dat het feit dat de commissaris in zijn werkzaamheden reeds op de betreffende mensenrechtenproblematiek is gestuit voor het Hof een signaal is dat het om een ernstige of veelvoorkomende zaak gaat. In dat opzicht kan deze informatie van de mensenrechtencommissaris dan eventueel een rol spelen bij de beslissing van het Hof om over een kwestie een zogenoemd 'pilot judgment' te wijzen (misschien zelfs reeds voordat het Hof met hele stromen van klachten over dezelfde kwestie wordt overladen). Mensenrechtencommissaris Hammarberg zelf meent dat hij

'with the assistance of NHRSs [National Human Rights Structures – JPL] could assist the Court in identifying cases that should give rise to a pilot judgment, in defining the domestic measures required by the execution

55 EHRM 29 januari 2008, appl.no. 13229/03 (Saadi/VK), § 38.

56 EHRM 12 februari 2008, appl.no. 21906/04 (Kafkaris/Cyprus), § 73.

57 EHRM 13 april 2010, appl.nos. 32940/08, 41626/08, 43616/08 (Tehrani e.a./Turkije), § 50.

58 EHRM 22 april 2010, appl.no. 40984/07 (Fatullayev/Azerbeidzjan).

59 EHRM 13 juli 2010, appl.no. 26828/06 (Kuric e.a./Slovenië), § 264.

60 EHRM 1 juli 2010, appl.nos. 17674/02 en 39081/02 (Davydov e.a./Oekraïne), § 108.

De wisselwerking tussen het EHRM en de commissaris voor de mensenrechten

of a judgment in such a pilot case and in understanding the difficulties preventing national authorities from taking such measures.⁶¹

Er zijn echter wel EHRM-arresten aan te wijzen waarin de rol van de door de mensenrechtencommissaris verstrekte informatie groter is dan in de hierbovengenoemde zaken. Met enige regelmaat wordt in EHRM-arresten (tegen diverse landen) verwezen naar de aanbeveling van de mensenrechtencommissaris uit 2001 over een effectief rechtsmiddel in uitzettingsprocedures van vreemdelingen.⁶² Daarin geeft de commissaris aan dat een rechtsmiddel pas effectief is als dit erin kan resulteren dat de uitvoering van een uitzettingsbesluit wordt opgeschort, zeker als de betrokken vreemdeling stelt dat schending van artikel 2 of 3 EVRM dreigt indien de uitzetting ten uitvoer wordt gelegd. In al deze zaken komt het EHRM tot de conclusie dat – vanwege het gebrek aan een effectief rechtsmiddel in de nationale procedure – het ten uitvoerleggen van een uitzettingsbesluit strijdig zou zijn met artikel 3 EVRM. In het arrest *Gebremedhin t. Frankrijk* noemt het Hof daarbij onder het kopje ‘The Court’s assessment’ de aanbeveling van de mensenrechtencommissaris, naast onder meer jurisprudentie van het VN-Comité tegen Foltering, als indicatie van de eisen waaraan een rechtsmiddel in dit soort zaken, in het licht van de bescherming tegen foltering of onmenselijke behandeling, moet voldoen.⁶³ Het Hof stelt in deze zaak een schending van artikel 3 jo 13 EVRM vast.

In een reeks arresten die het EHRM in 2009 wees tegen Polen⁶⁴ wordt telkens verwezen naar het memorandum van de mensenrechtencommissaris aan de Poolse regering (van 20 juni 2007) over de te lange duur van de voorlopige hechtenis in dat land. In dat memorandum wijst de commissaris erop dat Polen al herhaaldelijk is veroordeeld door het EHRM voor schending van artikel 5, derde lid, EVRM vanwege die lange duur van voorlopige hechtenis en roept hij de regering op om met spoed de relevante wetgeving aan te passen en zowel rechters als aanklagers te wijzen op de Straatsburgse standaarden met betrekking tot het voorarrest: ‘The general rule should be the release rather than the detention on remand’. In deze zaken betreft het Hof het memorandum van de mensenrechtencommissaris bij zijn toepassing van artikel 46 EVRM (de verplichting van de verdragsstaten om uitspraken van het EHRM na te leven). Het feit dat ook de mensenrechtencommissaris de Poolse regering erop heeft gewezen dat er iets moet veranderen aan de lange duur van voorlopige hechtenis wordt door het Hof als ondersteunend bewijs gebruikt voor een schending van artikel 46 EVRM: klaarblijkelijk doet de staat niets om het probleem dat aan de veroordelende uitspraken ten grondslag ligt op te lossen.⁶⁵

61 Zie de opvattingen van Hammarberg zoals weergegeven in het rapport-Gardetto (*supra* noot 53), p. 11.

62 CommDH(2001)19: Recommendation of the Commissioner for Human Rights concerning the rights of aliens wishing to enter a Council of Europe member State and the enforcement of expulsion orders. Zie EHRM 26 april 2007, appl.no. 25389/05 (*Gebremedhin [Gaberamadhien]/Frankrijk*), § 38; EHRM 11 december 2008, appl.no. 42502/06 (*Muminov/Rusland*), § 64; EHRM 12 mei 2010, appl.no. 52466/08 (*Khodzhayev/Rusland*), § 66; EHRM 20 mei 2010, appl.no. 21055/09 (*Khaydarov/Rusland*), § 79.

63 EHRM 26 april 2007, appl.no. 25389/05 (*Gebremedhin [Gaberamadhien]/Frankrijk*), § 58.

64 EHRM 3 februari 2009, appl.no. 45219/06 (*Kauczor/Polen*), § 35; EHRM 19 mei 2009, appl.no. 18353/03 (*Kulikowski/Polen*), § 37; EHRM 3 maart 2009, appl.no. 37976/06 (*Hilgartner/Polen*), § 23; EHRM 21 april 2009, appl.no. 36246/97 (*Rusiecki/Polen*), § 24; EHRM 9 juni 2009, appl.no. 8661/06 (*Jan Pawlak/Polen*), § 27; EHRM 21 juli 2009, appl.no. 8713/03 (*Janus/Polen*), § 23; EHRM 7 juli 2009, appl.no. 11253/07 (*Maruszak/Polen*), § 33; EHRM 9 juni 2009, appl.no. 42868/06 (*Marzec/Polen*), § 22.

65 Zie het meest uitvoerig in EHRM 3 februari 2009, appl.no. 45219/06 (*Kauczor/Polen*), § 55-62. In de andere zaken wordt steeds kort verwezen naar de overwegingen uit dit arrest.

Loof

In het arrest *Ramirez Sanchez t. Frankrijk* uit 2006 wordt uitvoerig geciteerd uit het landenrapport van de mensenrechtencommissaris, in het bijzonder de passages waarin hij de juridische gang van zaken beschrijft met betrekking tot oplegging van detentie in een isoleercel en daarop scherpe kritiek uit.⁶⁶ Voor de onderbouwing van zijn kritiek sluit de commissaris aan bij de opvattingen van het Comité ter preventie van foltering van de Raad van Europa (CPT). En bij die opvattingen sluit het EHRM zich in zijn concluderende overwegingen van dit arrest vervolgens weer aan om tot het oordeel van een schending van artikel 13 EVRM te komen (vanwege het ontbreken van een effectief rechtsmiddel tegen beslissingen tot oplegging van detentie in isolement).

In het recente arrest *Rantsev t. Cyprus & Rusland* dragen de daarin opgenomen passages uit diverse rapporten van de mensenrechtencommissaris over Cyprus bij aan het beeld van de acuïtheit van de problematiek die in die zaak aan de orde is, te weten mensenhandel ten behoeve van de prostitutie en het gebrekkige optreden van onder meer de Cypriotische autoriteiten om die mensenhandel te voorkomen. De verduidelijking van de acuïtheit van de problematiek is in deze zaak mede een reden om een preliminair verweer van de Cypriotische regering terzijde te schuiven en de zaak ontvankelijk te verklaren. Uiteindelijk veroordeelt het Hof zowel Cyprus als Rusland vanwege een tekortschieten in hun positieve verplichtingen onder artikel 4 EVRM (verbod van slavernij en gedwongen arbeid).⁶⁷ In de zaak *Orsus e.a. t. Kroatië* over de achterstelling van Roma-kinderen binnen het onderwijs dient het landenrapport van de mensenrechtencommissaris vooral als schets van de feitelijke situatie en positie van Roma-leerlingen in het onderwijs in Kroatië.⁶⁸ In zijn beoordeling van de vraag of er sprake was een ongelijke behandeling tussen Roma-leerlingen en andere leerlingen noemt het Hof echter opnieuw het landenrapport van de commissaris, in het bijzonder een passage waarin hij beschrijft dat niet-Roma-ouders op een bepaald moment een blokkadeactie hielden bij een school om zo Roma-kinderen de toegang tot de school te beletten. Dit bewijs draagt eraan bij dat het Hof tot de conclusie komt dat Kroatië is tekortgeschoten in zijn positieve verplichtingen om discriminatie van Roma-kinderen binnen het onderwijs tegen te gaan.⁶⁹

In één arrest is te zien dat het EHRM uitdrukkelijk een opvatting van de mensenrechtencommissaris overneemt en deze deel laat uitmaken van zijn conclusies over de betreffende zaak. Dat is het arrest *M t. Duitsland* van 17 december 2009, over de toepassing van preventieve detentie. Deze zaak betreft de klacht van een Duitse man die – na reeds herhaaldelijk tot een gevangenisstraf te zijn veroordeeld voor andere strafbare feiten – in november 1986 vanwege diefstal en poging tot moord tot vijf jaar gevangenisstraf en een vorm van preventieve detentie (*Sicherungsverwahrung*) werd veroordeeld. Na het uitzitten van de gevangenisstraf (in 1991) waren verzoeken tot opheffing van de preventieve hechtenis steeds afgewezen door de rechterlijke instanties, onder meer vanwege ernstige misdragingen en geweldpleging tijdens zijn detentie en het risico op herhaalde ernstige geweldsmisdrijven bij vrijlating. Toen hij in 1986 veroordeeld werd tot de preventieve hechtenis was de maximumtermijn daarvoor gesteld op 10 jaar. Deze

66 EHRM 4 juli 2006, appl.no. 59450/00 (*Ramirez Sanchez/Frankrijk*), § 85.

67 EHRM 7 januari 2010, appl.no. 25965/04 (*Rantsev/Cyprus & Rusland*), § 91-100; *NTM/NJCM-Bull.* 2010, p. 501 e.v. (m.nt. M. Boot).

68 Dat gebeurde ook reeds in EHRM 13 november 2007, appl.no. 57325/00 (*D.H. e.a./Tsjechië*); *NJCM-Bull.* 2008, p. 234 (m.nt. K. Henrard).

69 EHRM 16 maart 2010, appl.no. 15766/03 (*Orsus e.a./Kroatië*), § 72-76, 154 en 180-185; *NTM/NJCM-Bull.* 2010, p. 520 e.v. (m.nt. M. Davidovic): schending van art. 14 EVRM jo art. 2 Prot. No. 2.

De wisselwerking tussen het EHRM en de commissaris voor de mensenrechten

maximumtermijn was derhalve in 2001 verstreken. Desondanks was de preventieve detentie niet opgeheven, omdat de relevante wetgeving inmiddels was aangepast, de maximumtermijn voor preventieve detentie inmiddels was afgeschaft en deze nieuwe regels ook met terugwerkende kracht konden worden toegepast op gevallen die nog onder het oude regime berecht waren.

De vraag die bij het EHRM aan de orde was, was of deze gang van zaken te verenigen was met de EVRM-waarborgen rondom vrijheidsbeneming (artikel 5) en het verbod van terugwerkende kracht van strafwetgeving (artikel 7 EVRM). In het arrest haalt het Hof de opmerkingen die de mensenrechtencommissaris in zijn landenrapport over Duitsland heeft gemaakt met betrekking tot de *Sicherungsverwahrung* aan.⁷⁰ Daarin benadrukt hij dat het voor psychiaters onmogelijk is 'to predict with full certainty whether a person will actually re-offend', zodat er reden is om 'extremely considerate' te zijn bij de toepassing van preventieve detentie. Daarnaast wijst hij erop dat personen die aan de preventieve detentie worden onderworpen regelmatig alle perspectief op een leven in vrijheid verliezen en dan 'give up on themselves'. Naar het oordeel van de commissaris is het daarom aangewezen om de preventief gedetineerden te voorzien van adequate psychologische of psychiatrische hulp.

In zijn beoordeling van de mogelijke schending van artikel 7 EVRM komt het Hof terug op deze opmerkingen van de commissaris. Het Hof sluit zich expliciet aan bij de opmerkingen van de commissaris over de noodzaak van psychologische zorg.⁷¹ Zonder deze zorg zal in ieder geval niet snel een situatie ontstaan waarin de preventief gedetineerde weer in staat is om een leven in vrijheid aan te kunnen en heeft het opleggen van de preventieve detentie vooral een afschrikwekkend effect (zoals ook andere strafsancities dat beogen). In het door de commissaris aangedragen feit dat recidive zo moeilijk te voorspellen is, vindt het Hof vervolgens een tweede argument om tot de conclusie te komen dat de oplegging van preventieve detentie niet zozeer als een louter preventieve maatregel moet worden beschouwd (zoals de Duitse regering had betoogd), maar als een strafoplegging die binnen het bereik van artikel 7 EVRM valt.⁷² Uiteindelijk concludeert het EHRM in deze zaak dan ook dat artikel 7, eerste lid, geschonden is. Daarbij is de rapportage door de mensenrechtencommissaris dus niet zozeer richtinggevend voor deze eindconclusie van het Hof, maar wel voor het binnen het bereik van artikel 7 brengen van de handelingen en beslissingen waarover geklaagd werd.

In de vorige paragraaf werd reeds opgemerkt dat de mensenrechtencommissaris tot dusverre drie maal als *amicus curiae* heeft geïntervenieerd in een klachtprocedure voor het EHRM. Dat gebeurde voor het eerst in 2007, in de zaak *Mamasakhlisi t. Georgië en Rusland* (appl.no. 29999/04). Deze zaak betreft een klacht over onder meer de abominabele detentieomstandigheden waarmee de klager werd geconfronteerd tijdens zijn detentie in de regio Abchazië, een Georgische autonome deelrepubliek die zich wil afscheiden en daarover – met steun van Rusland – in een gewapende strijd verwickeld is met de Georgische regering. In februari 2007 bezocht mensenrechtencommissaris Hammarberg de separatistische regio en wist daar in gesprekken met de *de facto* president van de deelrepubliek de vrijlating van Mamasakhlisi te bewerkstelligen, die toen al een klacht had ingediend bij het EHRM. In de klachtprocedure legt het Hof vervolgens een drietal vragen voor aan de commissaris, vooral gericht op het verkrijgen van verdere duidelijkheid over de omstandigheden in de gevangenis waar Mamasakhlisi vastzat (alwaar de commissaris

70 EHRM 17 december 2009, appl.no. 19359/04 (M/Duitsland), § 76.

71 *Idem.*, § 129.

72 *Idem.*, § 132.

Loof

hem had bezocht) en over de conditie waarin de klager verkeerde toen hij door de Abchazische autoriteiten aan de commissaris werd overgedragen. In zijn *amicus brief* geeft de commissaris uitvoerig antwoord op deze door het Hof voorgelegde vragen, in die zin dat hij een duidelijke schets geeft van de feitelijke omstandigheden. De commissaris spreekt zelf geen eigen oordeel uit over de vraag of de omstandigheden in de gevangenis of de behandeling van de klager zodanig was dat er sprake was van een schending van het EVRM. In hoeverre het Hof deze informatie zal laten terugkeren in zijn uitspraak en welke invloed die informatie dan zal hebben, is op het moment van schrijven nog niet duidelijk, aangezien er nog geen uitspraak is gedaan in de betreffende zaak.

De twee andere *amicus*-interventies door de commissaris zijn van recenter datum en liggen in elkaars verlengde. Zij hebben beide betrekking op de terugzending (overdracht) van asielzoekers naar Griekenland als gevolg van de toepassing van de zogenoemde Dublin-verordening van de Europese Unie.⁷³ Uitgangspunt van deze verordening is dat de EU-lidstaat die op een of ander wijze de binnenkomst van de asielzoeker heeft gefaciliteerd (bijvoorbeeld door afgifte van een visum) of op wiens grondgebied hij illegaal is binnengekomen het asielverzoek inhoudelijk dient te behandelen. Dit om te voorkomen dat asielzoekers als gevolg van de afschaffing van de grenscontroles binnen de EU tegelijkertijd of achtereenvolgens in meerdere lidstaten een asielprocedure zouden kunnen starten. Vanwege zijn ligging heeft Griekenland te maken met grote stromen asielzoekers die illegaal het land binnenkomen, met name vanuit Turkije. De overdracht van asielzoekers door andere EU-lidstaten naar Griekenland is omstrede, aangezien – onder meer vanwege de grote aantallen – de Griekse asielprocedures overbelast zijn, grote tekortkomingen kennen en de asielzoekers onder zeer slechte omstandigheden moeten verblijven.⁷⁴ In maart 2010 bracht de commissaris een *amicus brief* uit in de klachtprocedures tegen Nederland van veertien asielzoekers die dreigden te worden teruggezonden naar Griekenland.⁷⁵ In zijn document schetst de commissaris een algemeen beeld van de bescherming van vluchtelingen in Griekenland, gaat hij in op diverse belangrijke mensenrechtelijke problemen in de Griekse asielprocedures en beschrijft hij de manier waarop asielzoekers in Griekenland worden opgevangen en de omstandigheden waaronder zij veelvuldig gedetineerd worden. In zijn conclusie stelt de commissaris onomwonden dat de 'current asylum law and practice in Greece are not in compliance with international and European human rights standards'. Ter onderbouwing van die conclusie wijst hij in het bijzonder op het volgende:

- access to refugee protection remains highly problematic, notably due to the nonfunctioning of the first instance Advisory Refugee Committees, lack of proper information on asylum procedures and legal aid that should be available to potential or actual asylum seekers, widely reported instances of refoulement or non-registration of asylum claims;
- the quality of asylum decisions at first instance is inadequate, notably because of structural deficiencies and lack of procedural safeguards, in particular concerning the provision of legal aid and interpretation;
- existing domestic remedy against negative asylum applications is not effective;

73 Verordening (EG) nr. 343/2003 van de Raad van 18 februari 2003 tot vaststelling van de criteria en instrumenten om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een asielverzoek dat door een onderdaan van een derde land bij een van de lidstaten wordt ingediend, *PbEG* (2003) L50.

74 Zie hierover: H. Battjes, 'Geschonden vertrouwen? Dublin-overdrachten aan Griekenland en artikel 3 EVRM', *NJCM-Bull.* 2009, p. 722-746.

75 Straatsburg 10 maart 2010, CommDH(2010)9.

De wisselwerking tussen het EHRM en de commissaris voor de mensenrechten

- asylum seekers, including persons transferred under the Dublin Regulation, face extremely harsh living conditions in Greece.'

In mei 2010 volgde een *amicus brief* over dezelfde problematiek, maar nu in een klachtprocedure tegen België.⁷⁶ Hierin komt de commissaris langs dezelfde lijnen tot vrijwel identieke conclusies. In beide zaken is nog geen uitspraak gedaan door het Hof. In de klachtprocedure tegen België kreeg de commissaris ook de gelegenheid om mondeling het woord te voeren tijdens de hoorzitting van het Hof in september 2010.

5 Conclusies

Op welke wijze vormt de mensenrechtencommissaris een aanvulling op en versterking van de mensenrechtenbescherming binnen de Raad van Europa zoals geboden door het EHRM? Is er sprake van een wisselwerking tussen beide instanties en hoe krijgt die dan in de praktijk vorm? Uit het bovenstaande is denk ik voldoende duidelijk geworden dat er inderdaad sprake is van wisselwerking tussen de mensenrechtencommissaris en het EHRM. De commissaris levert een bijdrage aan de uitleg en het uitdragen van de Europese standaarden op het gebied van de rechten van de mens zoals die in belangrijke mate ontwikkeld worden in de EHRM-jurisprudentie. Bij het opstellen van landenrapporten, aanbevelingen, opinies, *view points* etc. vormen in de EHRM-jurisprudentie uitgekristalliseerde standaarden menigmaal het kader – zij het niet het enige of exclusieve kader, want de commissaris refereert ook regelmatig aan andere mensenrechtenstandaarden (bijvoorbeeld het ESH of VN-verdragen) – aan de hand waarvan de commissaris de mensenrechtensituatie in de betreffende lidstaat afmeet of zijn standpunt inneemt. Waar het Hof zelf voornamelijk slechts kan spreken via zijn uitspraken en voor het toezicht op de tenuitvoerlegging van zijn uitspraken afhankelijk is van het Comité van Ministers, kan de mensenrechtencommissaris – overigens net als de PACE⁷⁷ – bij het *monitoren* van de implementatie van EHRM-uitspraken een belangrijke aanvullende rol vervullen.

In het kader van een landenbezoek of overigens in zijn dialoog met de nationale autoriteiten bepleit de mensenrechtencommissaris met regelmaat een spoedige tenuitvoerlegging van concrete EHRM-arresten die tegen de betreffende staat zijn gewezen. Zijn aandacht is daarbij in het bijzonder gericht op het bewerkstelligen van een wets- of beleidswijziging om zo herhaalde schendingen van het EVRM te voorkomen. Daarnaast is de rol van de commissaris gelegen in het onder de aandacht brengen van de standaarden die in EHRM-jurisprudentie zijn uitgekristalliseerd bij de lidstaten die zelf geen partij waren bij de betreffende uitspraken. De aanvullende rol van de commissaris op dit terrein is met name van belang omdat hij minder dan de andere organen die zich met het toezicht op de implementatie van EHRM-uitspraken bezighouden afhankelijk is politieke of diplomatieke overwegingen bij zijn besluitvorming: anders dan in het Comité van Ministers of in de PACE hoeft er niet gestemd te worden over bevindingen, aanbevelingen of opinies van de mensenrechtencommissaris.⁷⁸

76 Straatsburg 31 mei 2010, CommDH(2010)22 (inzake appl.no. 30696/09: M.S.S. t. België en Griekenland).

77 Zie daarover de bijdrage van Jurgens aan deze bundel.

78 Zie ook R.A. Lawson, *How to Maintain and Improve Mutual Trust amongst EU Member States in Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters? Lessons from the Functioning of Monitoring Mechanisms in the Council of Europe* (WODC-rapport), Leiden 2009, p. 24-25 (te raadplegen via: www.wodc.nl).

Loof

Landenbezoeken of presentaties van bevindingen van de commissaris genereren vaak de nodige media-aandacht, waardoor de dialoog met de verantwoordelijke autoriteiten verbreed wordt. Ten slotte is de aanvullende rol van de commissaris vooral van belang tijdens crisissituaties. Waar de invloed van het EHRM in dat soort situaties noodzakelijkerwijs beperkt is – eventuele mensenrechtenschendingen tijdens een crisissituatie zullen pas na uitputting van de nationale rechtsmiddelen aan het Hof kunnen worden voorgelegd – kan de mensenrechtencommissaris al tijdens of kort na afloop van een (gewapend) conflict naar het betreffende gebied reizen om een dialoog gericht op herstel van respect voor de mensenrechten van alle betrokkenen op gang te brengen. Duidelijk is dat de commissaris er in de afgelopen jaren diverse malen in geslaagd is om in een dergelijke situatie op korte termijn hele concrete resultaten te boeken, onder meer de vrijlating van personen die tijdens het conflict gevangen waren genomen en onder boederde omstandigheden werden vastgehouden.⁷⁹

Risico bij de landenrapporten is overigens wel dat in de bevindingen en aanbevelingen van de mensenrechtencommissaris soms zeer nadrukkelijk het geluid doorklinkt van de NGO's waarmee de commissaris contact heeft gehad en die hem hebben voorzien van informatie. De vraag is of de commissaris met zijn beperkte staf voldoende in staat is om aan informatie die door NGO's aan hem is verstrekt een eigen analyse toe te voegen, zodat de dialoog met de autoriteiten over de naleving van de Europese mensenrechtenstandaarden daadwerkelijk op een hoger plan wordt getild en daardoor (hopelijk) resultaten heeft. Bij het rapport van de mensenrechtencommissaris over Nederland werden op dit punt enige zorgen geuit in de kolommen van dit tijdschrift.⁸⁰ De tot dusverre opgestelde landenrapporten overziend kan – zij het met enige voorzichtigheid – worden geconstateerd dat in landen waar de mensenrechtensituatie over het algemeen wat nijpender is, het eigen onderzoek door en de eigen analyse van de commissaris ook steviger zijn aangezet. En dat is allicht ook nodig omdat het in die landen soms ontbreekt aan andere organisaties of NGO's die toegang hebben tot de relevante informatie.

Wat betreft de rol die de mensenrechtencommissaris kan spelen in klachtprocedures voor het EHRM wordt door de commissaris zelf⁸¹ en door sommige auteurs⁸² betreurd dat in Protocol No. 14 er niet voor is gekozen om de commissaris een recht toe te kennen om zelf klachten in te dienen bij het Hof. Dit dan met name omdat het ontbreken van die zelfstandige mogelijkheid om klachten in te dienen de rol van de commissaris bij urgente mensenrechtenschendingen – die bovendien vaak het gevolg zijn van een crisissituatie in een bepaald gebied – zou beperken. In het licht van de grote stroom klachten die toch al richting het Hof komt, kan ik me evenwel voorstellen dat bij het opstellen van Protocol No. 14 niet is gekozen voor het creëren van een extra toegangsdeur tot het Hof. Voor zover het nog mogelijk is om enig overzicht te

79 Deze rol van de commissaris in crisissituaties werd ook benadrukt in de Verklaring van Madrid van het Comité van Ministers van de Raad van Europa, vastgesteld tijdens de 119e zitting van het Comité op 12 mei 2009, CM(2009)50 (zie nader over deze verklaring de bijdrage van Schokkenbroek aan deze bundel): 'The Council of Europe's Commissioner for Human Rights carries out his mandate in an outstanding way through action in the field and sustained dialogue with member states. The Commissioner's activity has become fundamental, including in times of crisis. We shall continue to lend him our active support, as well as to the Council of Europe independent monitoring mechanisms.'

80 Zie het redactioneel 'Nederland door de ogen van de Europese mensenrechtencommissaris', *NJCM-Bull.* 2009, p. 243-245.

81 Commissioner for Human Rights, Straatsburg 15 december 2004, CommDH(2004)10, 4th Annual Report (January to December 2003) to the Committee of Ministers and the Parliamentary Assembly, p. 17.

82 O.m. Van Leuven 2004 (*supra* noot 52), p. 29-30.

De wisselwerking tussen het EHRM en de commissaris voor de mensenrechten

hebben van de klachten die het Hof bereiken, heb ik ook niet de indruk dat er veel nijpende mensenrechtensituaties zijn waarover het Hof geen individuele klachten bereiken. De in artikel 36 lid 3 EVRM neergelegde 'tussenoplossing' om de mensenrechtencommissaris een zelfstandige mogelijkheid te bieden om te interveniëren in klachtprocedures die door anderen aanhangig zijn gemaakt, biedt denk ik voldoende mogelijkheden om in die zaken waar dat nodig of nuttig is een breder beeld te kunnen schetsen van de mensenrechtelijke problematiek die aan de orde is, zodat het Hof een oordeel kan vellen mede op basis van die achtergrondinformatie. Bovendien is het maar de vraag of het aanhangig maken van een klacht bij het EHRM over een kwestie van een urgente mensenrechtenschending (in een crisissituatie) wel het meest effectieve instrument is om de mensenrechten te beschermen. De andere mogelijkheden die de commissaris heeft – afleggen van een landenbezoek, genereren van nationale en internationale publiciteit (*mobilisation of shame*), dialoog met de autoriteiten, publiceren van een opinie etc. – zijn, zeker in urgente crisisachtige situaties, waarschijnlijk effectiever. Zeker omdat een uitspraak van het Hof doorgaans enkele jaren op zich laat wachten en pas komt (lang) nadat de crisissituatie voorbij is. De wijze waarop de opinie van de mensenrechtencommissaris over de Britse ATCS Act een rol speelde in het parlementaire debat en in de rechtspraak van het House of Lords over de wet is daarvan een treffend voorbeeld.

Met betrekking tot de wijze waarop het EHRM tot dusverre in zijn uitspraken verwijst naar informatie verstrekt door of ontleend aan de mensenrechtencommissaris is duidelijk dat deze informatie in de meeste gevallen geen uitgesproken opvatting van de zijde van de commissaris bevat over al dan niet schending van het EVRM in een bepaalde casus. De informatie dient vooral ter verduidelijking van de feitelijke of juridische (hoe luidt de nationale wetgeving of wat is de nationale beleidspraktijk?) situatie die aan een zaak ten grondslag ligt. In dat opzicht vervult de mensenrechtencommissaris vooral een rol als aanvullende 'fact finder' ten behoeve van het EHRM; een rol die vanwege de beperkte *fact-finding* mogelijkheden die het Hof zelf heeft zeer nuttig is. Denkbaar is dat deze feitelijke informatie ook gebruikt wordt door het Hof bij het identificeren van onderwerpen die zich lenen voor pilot-judgments.

In de twee recente zaken over het overdragen van asielzoekers aan Griekenland, waarin de commissaris door middel van een *amicus brief* heeft geïntervenieerd, heeft hij zich wel duidelijk uitgesproken over strijd met het EVRM. In welke mate dit oordeel een rol zal spelen in de uitspraken van het Hof moet echter nog worden afgewacht, al is wel duidelijk dat de stellingname van de commissaris in lijn is met eerdere jurisprudentie van het Hof over deze problematiek.

Het totaalbeeld van de wisselwerking tussen het EHRM en de mensenrechtencommissaris is in mijn ogen positief. Duidelijk is dat de commissaris met zijn brede mandaat en zijn ontwikkelde werkwijzen bijdraagt aan een versterking van de implementatie van de in de EHRM-jurisprudentie uitgewerkte mensenrechtenstandaarden. De rol die de commissaris kan spelen binnen de klachtprocedures voor het Hof zal door het in Protocol No. 14 geïntroduceerde interventierecht allicht nog verder vorm krijgen en kunnen bijdragen aan een versterking van de argumentatie van het Hof. Denkbaar is tevens dat deze rol van invloed is op de manier waarop het Hof in zijn arrest aanwijzingen geeft aan de verdragsstaat om de met het EVRM strijdige situatie of praktijk op te heffen.