



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: EHRM 2009-09-29

Loof, J.P.

Citation

Loof, J. P. (2010). Annotation: EHRM 2009-09-29. *Njcm-Bulletin*, 6, 620-629. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/16365>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/16365>

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

SCHIPHOLBRAND, STRAFRECHTELIJKE MINISTERIËLE VERANTWOORDELIJKHEID EN POSITIEVE VERPLICHTINGEN EX ARTIKEL 3 EVRM

Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 29 september 2009 (ontv. besl.), appl.no 19221/08
(Derde Kamer: Casadevall (pres.) Fura, Bîrsan, Zupančić, Gyulumyan, Myjer, López Guerra)

Van Melle e.a. t. Nederland (appl. no. 19221/08)

Samenvatting | De Schipholbrand die in oktober 2005 het leven kostte aan diverse personen die in een detentiecentrum op de luchthaven in vreemdelingenbewaring zaten te wachten op uitzetting leidde in Nederland tot een diepgravend onderzoek. Er volgde echter geen vervolging van de Minister van Justitie en de Minister voor Vreemdelingenzaken, die politiek verantwoordelijk waren voor de situatie in het detentiecentrum. Een verzoek tot strafvervolging van de bewindspersonen werd uiteindelijk afgewezen door de Hoge Raad, omdat daartoe ex artikel 119 Grondwet slechts kan worden overgegaan na een daartoe strekkend koninklijk besluit dan wel een besluit van de Tweede Kamer. Klagers stellen dat de procedurele verplichtingen die voor de staat voortvloeien uit artikel 3 EVRM vergen dat wel degelijk strafvervolging van de verantwoordelijke bewindspersonen plaatsvindt. Het EHRM verklaart de klacht niet-ontvankelijk.

Trefwoorden | verbod van onmenselijke behandeling, procedurele verplichtingen, strafvervolging
[art. 3 EVRM, art. 199 Grondwet, art. 13a Sv]

Noot | Jan-Peter Loof *

FEITEN EN NATIONALE RECHTSGANG

In de nacht van 26 op 27 oktober 2005 breekt brand uit in het detentie- en uitzetcentrum Schiphol-Oost (de Schipholbrand). Deze kost het leven aan elf personen die daar in vreemdelingenbewaring zaten te wachten op uitzetting, vijftien personen raken gewond. Na de brand wordt duidelijk dat de veiligheidsvoorschriften verbonden aan de gebruiksvergunning voor het detentiecentrum reeds langere tijd niet goed werden nageleefd. Ook komt uit het onderzoek naar voren dat de brand is ontstaan doordat één van de gedetineerden in zijn cel op onachtzame wijze een brandende sigaret in een afvalbak heeft geworpen.

De *Liga voor de Rechten van de Mens* en een dertigtal individuen verzoeken in december 2005 het Openbaar Ministerie (OM) te Den Haag strafvervolging in te stellen tegen de Minister van Justitie en de Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie. Het OM antwoordt geen vervolging van de beide bewindslieden te zullen starten, omdat het daarin niet-ontvankelijk zou zijn. Er is in dit geval namelijk geen opdracht tot vervolging gegeven bij koninklijk besluit (door de regering) of bij besluit van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, hetgeen op grond van artikel 119 Grondwet een voorwaarde is voor het vervolgen van ministers voor ambtsmisdriven. Bij uitspraak van 19 oktober 2007 verklaart de Hoge Raad klagers op diezelfde grond niet-ontvankelijk in hun beklag over de niet-vervolging door het OM. In de tussentijd doet de *Onderzoeksraad voor Veiligheid* onderzoek naar de toedracht van de Schipholbrand. In zijn rapport

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

van september 2006 concludeert de raad dat met name de *Dienst Justitiële Inrichtingen*, het Ministerie van VROM en de gemeente Haarlemmermeer verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor een gebrekkig toezicht op de brandveiligheid in het detentiecentrum. Kort na de publicatie van dit rapport treden de Minister van Justitie en de Minister van VROM af.

DE BESLISSING VAN HET EHRM

Op 16 april 2008 dienen de *Liga voor de Rechten van de Mens* en 36 individuen een klacht in bij het EHRM. Drie van hen stellen familieleden te zijn van slachtoffers van de brand of van een overlevende daarvan. Later voegen vijf gedetineerden die de brand hebben overleefd zich bij hen. De klagers claimen primair dat uit artikel 3 EVRM de verplichting voortvloeit om de toenmalige Minister van Justitie en de Minister van Vreemdelingenzaken en Integratie strafrechtelijk te vervolgen. Op 29 september 2009 beslist het EHRM als volgt:

‘THE LAW

I. PRELIMINARY ISSUES

A. Admissibility *ratione personae*

The applicants argue that the prohibition of torture is a rule of *ius cogens* under international humanitarian law. From this it follows, in their argument, that any person can claim an interest and hence standing to bring proceedings in the event that treatment amounting to “torture” is threatened or such a threat actually materialises.

As to whether all applicants can be regarded as “victims” within the meaning of Article 34 of the Convention, the Court has held that this concept must be interpreted autonomously and independently of domestic concepts such as those concerning the interest in taking proceedings or the capacity to do so. In the Court’s opinion, there must be a sufficiently direct link between the applicant and the damage which he or she claims to have sustained as a result of the alleged violation for an applicant to be able to claim that he or she is the victim of a violation of one or more of the rights and freedoms recognised by the Convention and its Protocols (see, among other authorities, *Association des amis de Saint-Raphaël et de Fréjus and Others v. France* (dec.), no. 45053/98, 29 February 2000, in respect of the applicant association; and *Smits, Kleyn, Mettler Toledo B.V. et al., Raymakers, Vereniging Landelijk Overleg Betuweroute and Van Helden v. the Netherlands* (dec.), nos. 39032/97, 39343/98, 39651/98, 43147/98, 46664/99 and 61707/00, 3 May 2001, in respect of the applicant association *Vereniging Landelijk Overleg Betuweroute*).

Of the forty-two applicants, only five (Mr Muhammed Simsek, Mr Chafik Chnachi, Mr Mustafa Moujahid, Mr Mustafa el Boukhari and Mr Ahmed Issa Al-jeballi) were actually detained in the detention centre at the time of the fire and underwent the events complained of.

Two other applicants claim kinship with detainees killed in the fire. They are Ms Nevin Igli and Mr Erol Sahin, whose status as applicants the Court will consider below.

The remaining thirty-five applicants claim standing not in their own right but as protectors of the interests of the actual victims, both living and dead. However, they were not personally affected by the facts on which their complaint under Article 3 is based. Consequently they cannot claim to be “victims” of a violation of this provision in the sense of Article 34 of the Convention.

It follows that in so far as the application is lodged by those thirty-five applicants it is incompatible *ratione personae* with the provisions of the Convention within the meaning of Article 35 § 3 and must be rejected in accordance with Article 35 § 4.

B. Six months

The final decision in the case was given by the Supreme Court on 19 October 2007.

1. The further complaints

In the original application (lodged on 16 April 2008), the applicants complained only of the failure to prosecute the then Minister of Justice and Minister for Immigration and Integration.

In a letter dated 24 October 2008, more than a year after the final decision of the Supreme Court, the original applicants (nos. 1 through 37) expressed the wish to supplement their application with further complaints, namely that the victims of the fire had been the victims of inhuman or degrading treatment contrary to Article 3 of the Convention.

Even in so far as any of the original applicants have standing before the Court (see below), these further complaints are out of time and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 1 and 4 of the Convention.

2. The applicants who joined the application subsequently

The five applicants who were actually survivors of the fire joined the case as applicants on 30 October 2008 (Mr Muhammed Simsek and Mr Chafik Chnachi), 12 November 2008 (Mr Mustafa Moujahid and Mr Mustafa el Boukhari) and 20 February 2009 (Mr Ahmed Issa Al-jeballi), respectively, that is more than six months after the final decision of the Supreme Court in the case of each.

It follows that, as regards them, the application has been introduced out of time and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 1 and 4 of the Convention.

C. *Locus standi* of the applicants who are surviving kin

Two of the applicants claim kinship with detainees killed in the fire. They are the second applicant, Ms Nevin Igli, sister-in-law of the late Mr Mehmet Ava, and the third applicant, Mr Erol Sahin, cousin of the late Mr Kemal Sahin.

As has been accepted in numerous cases, and as has been stated in *Fairfield v. United Kingdom* (dec.), no. 24790/04, ECHR 2005-VI, "individuals who are the next-of-kin of persons who have died in circumstances giving rise to issues under Article 2 of the Convention may apply as applicants in their own right".

Mr Erol Sahin was not one of the thirty applicants who took part in the domestic proceedings. The Court is however prepared in the circumstances to proceed on the assumption that Ms Nevin Igli and Mr Erol Sahin both have the requisite standing before the Court.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 3 OF THE CONVENTION

Article 3 of the Convention provides as follows: "No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment."

A. Scope of the case before the Court

The complaint, as lodged within the six-month time-limit by the two applicants with standing before the Court, is that the two Ministers were not prosecuted in connection with the events of the night of 26 to 27 October 2005 as they affected the late Messrs Mehmet Ava and Kemal Sahin.

B. Examination of the complaint

As the Court understands the application, the applicants hold the two Ministers responsible for violations of international law. They rely heavily on the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, which contains an obligation to make torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment committed by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity crimes under domestic law (Articles 4 and 16).

The Court reiterates that where an individual makes a credible assertion that he has suffered treatment infringing Article 3 at the hands of the police or other similar agents of the State (or where a surviving

relative of an alleged victim of such treatment who has standing as an applicant before the Court does so), that provision, read in conjunction with the State's general duty under Article 1 of the Convention to "secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in ... [the] Convention", requires by implication that there should be an effective official investigation. As with an investigation under Article 2, such investigation should be capable of leading to the identification and punishment of those responsible (see, for example, *Labita v. Italy* [GC], no. 26772/95, § 131, ECHR 2000-IV).

Let it be assumed that the applicants have presented a case that would be credible under the substantive head of Article 3. It does not follow that the respondent Party was for that reason alone under an obligation to prosecute the persons whom the applicants wished to see held to account. More generally, if the infringement of the right to life or to physical integrity is not caused intentionally, the positive obligation imposed by Article 3 to set up an effective judicial system does not necessarily require the provision of a criminal-law remedy in every case (see, *mutatis mutandis*, *Branko Tomašić and Others v. Croatia*, no. 46598/06, § 64, ECHR 2009-..., with further references).

Turning to the actual circumstances, the Court further observes that there was an investigation by an independent committee, the Investigation Committee for Safety Issues. Its report was made public less than eleven months after the fire. The report, which was extensive and detailed and highly critical and which the Court is prepared to accept as reliable, identified specifically the Government institutions which it blamed for the failure to secure the safety of the detainees and for any inadequacy in the care given to them afterwards (i.e. the Ministry of Justice; the Ministry of Housing Spatial Planning and the Environment; and the Municipality of Haarlemmermeer). In fact, it led to the resignation of the two ministers responsible for the safety and care of the detainees on grounds of political responsibility.

The Court takes the view that, in so far as they were addressed directly to members of the Government at ministerial level, the procedural requirements of Article 3 were satisfied in this case. There is nothing in the application to suggest that the Minister of Justice – one of those who resigned over the matter – and the Minister for Immigration and Integration personally disregarded their duties to the point of criminal responsibility warranting prosecution.

It follows that this part of the application is manifestly ill-founded and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

For these reasons, the Court by a majority
Declares the application inadmissible.'

NOOT

1. *Het slachtoffervereiste en de zes-maandentermijn.* Artikel 34 EVRM stelt het klachtrecht bij het EHRM slechts open voor individuen en organisaties die beweren slachtoffer te zijn van een schending van één of meer van de EVRM-rechten. Op dit vereiste loopt voor het gros van de klagers de Straatsburgse procedure reeds stuk. Het Hof stelt vast dat van de 42 klagers er slechts vijf daadwerkelijk gedetineerd waren in het detentiecentrum ten tijde van de brand. Twee andere klagers stellen familieleden te zijn van gedetineerden die tijdens de brand zijn omgekomen. De overgebleven 35 klagers, waaronder de NGO Liga voor de Rechten van de Mens zijn niet persoonlijk geraakt door de feiten waarop hun klacht is gebaseerd en kunnen niet claimen slachtoffer van een schending van artikel 3 EVRM zijn. Het Hof verklaart hun klacht niet-ontvankelijk *ratione personae*. Daarmee verworpt het Hof hun argument dat het folterverbod van artikel 3 EVRM de status heeft van *ius cogens*, en derhalve een internationaalrechtelijke norm bevat waar alle staten aan gebonden zijn en ten aanzien van welke een ieder belang heeft bij de handhaving ervan, zodat ook een ieder daarover een klacht zou moeten kunnen indienen

bij het EHRM. Ook een beweerde schending van *ius cogens* levert dus geen mogelijkheid voor een Straatsburgse *actio popularis* op.

De vijf overlevenden hebben hun klacht buiten de zesmaandentermijn van artikel 35 lid 1 EVRM ingediend. Ook hun klacht wordt derhalve door het Hof niet-ontvankelijk verklaard. Daarmee blijven alleen de twee familieleden van dodelijke slachtoffers van de brand als klagers over. Eén van die beide familieleden was geen partij in de nationale procedure, maar hoewel het Hof dat constateert, ziet het daarin – opvallend genoeg – geen ontvankelijkheidsbeletsel.

2. *Doel van deze klacht?* Het feit dat de klacht in Straatsburg en de daaraan voorafgegane procedure op nationaal niveau is gestart door personen die uiteindelijk zelf niet zoveel met de Schipholbrand te maken hadden, doet het vermoeden rijzen dat het die groep klagers niet zozeer om genoegdoening voor geleden schade, maar om iets anders te doen was. Dat vermoeden wordt versterkt door het feit dat de klagers zo nadrukkelijk inzetten op de verplichting om naast de Minister van Justitie ook de Minister voor Vreemdelingenzaken te vervolgen. Minister voor Vreemdelingenzaken Verdonk speelde in het publieke debat en in de media rond de Schipholbrand indertijd een belangrijke rol (denk ook aan de Nijmeegse GL-fractievoorzitter die strafrechtelijk vervolgd werd voor het ophangen van posters met de tekst “Reisbureau Rita. Arrestatie, deportatie, crematie. Adequaat tot het bittere eind.”; de Hoge Raad oordeelde uiteindelijk dat deze uitingen niet smadelijk waren: HR 6 juni 2009, LJN BG 7750). Zij was politiek verantwoordelijk voor de beslissingen op grond waarvan de slachtoffers van de Schipholbrand zich in vreemdelingendetentie bevonden. Echter, in die beslissingen schuilt in casu niet de mogelijke schending van het EVRM. Die zit hem namelijk in de manier waarop de vreemdelingendetentie ten uitvoer is gelegd: in een detentiecentrum dat niet aan de brandveiligheidsvoorschriften voldeed. En daarvoor waren minister Donner van Justitie (Dienst Justitiële Inrichtingen) en minister Dekker van VROM (Rijksgebouwendienst) verantwoordelijk. Zij traden naar aanleiding van de uit het rapport van de Onderzoeksraad voor Veiligheid gebleken tekortkomingen in september 2006 dan ook af. De wijze waarop de klacht bij het EHRM is geformuleerd wekt de indruk dat klagers en hun raadsman zich weinig hebben verdiept in de Straatsburgse procedure en in de daadwerkelijke juridische merites van de zaak. Het is bijvoorbeeld opvallend dat de klagers het Hof verzoeken strafvervolgning van onder meer minister Verdonk te bevelen (wat het Hof niet kan) en dat zij zich niet beroepen op het recht op leven van artikel 2 EVRM, terwijl dat gezien de casus van de Schipholbrand dan toch min of meer voor de hand zou hebben gelegen. Het lijkt erop dat het de initiële klagers vooral te doen was om het schandpaaleffect van de procedure ten aanzien van een ‘verfoeide’ (ex-)minister (vergelijk in dit opzicht de opmerkingen van Lawson in zijn noot bij dit arrest: NJ 2010, 360).

3. *Vervolging van politieke ambtsdragers wegens ambtsmisdriven.* Alvorens in te gaan op het inhoudelijke oordeel van het EHRM in deze zaak is het noodzakelijk even stil te staan bij de Nederlandse regeling omtrent de vervolging van politieke ambtsdragers. Als uitwerking van de bij de grondwetsherziening van 1840 ingevoerde strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid wijst artikel 119 Grondwet de Hoge Raad aan als *forum privilegiatum* inzake ambtsmisdriven, gepleegd door ministers en staatssecretarissen (en ook leden van de Staten-Generaal). In zulke zaken beslist de Hoge Raad in een kamer met tien raadsheren, waarbij in het geval de stemmen staken een uitspraak in het voordeel van de verdachte wordt gedaan (zie artikel 76 Wet RO). Het gaat dan om ambtsmisdriven die in betrekking zijn gepleegd, maar de vervolgbaarheid

geldt ook na het aftreden van de betrokken ambtsdrager. De delictomschrijvingen zijn te vinden in artikel 355 e.v. Sr. het gaat hier om een specifieke groep delicten, voor commune delicten staan politieke ambtsdragers terecht als ieder ander.¹

Artikel 119 Grondwet bepaalt dat de opdracht tot vervolging wegens ambtsmisdrijven slechts kan worden gegeven door de regering (bij Koninklijk Besluit) of door de Tweede Kamer. De manier waarop dit geschiedt is geregeld in de Wet ministeriële verantwoordelijkheid van 1855 (Wmv). De Tweede Kamer kan zo'n besluit nemen op een schriftelijk voorstel van vijf leden onder opgaven van de feiten waarop de beschuldiging rust (artikel 7 Wmv). Als de Kamer het voorstel in overweging wil nemen, stelt zij een onderzoekscommissie in (daarvoor is dus een Kamermeerderheid nodig; zie artikel 8 en 9 Wmv). Op een dergelijke commissie zijn de bepalingen van de Wet op de Parlementaire Enquête van toepassing (artikel 11 lid 2 Wmv). Deze commissie brengt verslag uit aan de Tweede Kamer en deze neemt vervolgens (opnieuw bij meerderheid) de beslissing, waarbij de procureur-generaal bij de Hoge Raad met de vervolging wordt belast (artikel 13 en 18 Wmv). De procureur-generaal moet aan deze last tot vervolging terstond uitvoering geven, het opportuniteitsbeginsel geldt niet.² De regering is op grond van artikel 5 Wmv in het algemeen bevoegd om een bevel tot vervolging aan de procureur-generaal te geven. Een afschrift van dat bevel wordt aan beide kamers van de Staten-Generaal verstrekt. Als de regering besluit tot het starten van vervolging, vervalt de bevoegdheid van de Tweede Kamer om een dergelijk besluit te nemen (artikel 6 Wmv). Als de Kamer een voorstel tot vervolging heeft afgewezen, kan de regering niet op basis van dezelfde feiten wél de opdracht tot vervolging geven. Wel is het mogelijk dat nieuwe of aanvullende feiten of beschuldigingen voor de regering of de Kamer aanleiding vormen voor het herstarten van de besluitvormingsprocedure (artikel 15 Wmv).

Doel van de procedure van artikel 119 Grondwet en de Wmv is uiteraard te voorkomen dat op lichtvaardige gronden tot strafrechtelijke vervolging van ministers of andere politieke ambtsdragers wordt overgegaan. Waar het gaat om ambtsmisdrijven van politieke figuren, kunnen de omstandigheden waaronder deze zijn begaan alsmede de gevolgen en effecten ervan sterk politieke dimensies hebben. En daarom vond de regering het bij de grondwetsherziening van 1983 – in antwoord op kritiek dat het hier ging om een procedure die 'niet meer van deze tijd' was – nog steeds nuttig en wenselijk dat 'voor de beoordeling of er reden is over te gaan tot vervolging van zodanige ambtsmisdrijven, de politieke organen bij uitstek, te weten de regering en de Tweede Kamer, worden aangewezen.'³ Daarbij werden overigens noch door de regering bij het wetsvoorstel, noch in de rapporten van de staatscommissie Cals/Donner, noch in de toelichting op de Proeve van een nieuwe Grondwet uit 1966 veel aanvullende argumenten gegeven. Klaarblijkelijk werd het frustrerende effect van een lopende strafvervolging (of die nu uiteindelijk tot een veroordeling zou leiden of niet) op de bestuurlijke en politieke slagvaardigheid van een politieke ambtsdrager zo evident geacht dat een nadere onderbouwing voor de noodzaak van een zware procedure om tot vervolging te kunnen besluiten niet nodig

1 Denk aan de lopende strafprocedure tegen het PVV-Kamerlid Wilders en wat langer geleden de vervolging wegens vermeende discriminerende uitingen jegens homoseksuelen van het RPF-Kamerlid van Dijke.

2 Zo valt af te leiden uit de opmerkingen van de regering in de memorie van antwoord bij het wetsvoorstel herziening van de bepalingen in de Grondwet omtrent de ambtsmisdrijven, *Kamerstukken II* 1980/81, 16 164 (R 1147), nr. 3, p. 5 en nr. 8, p. 2.

3 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 164 (R 1147), nr. 8, p. 1-2.

was. Als voordeel van de hele procedure werd bovendien gezien dat bij een besluit tot vervolging door de regering of de Tweede Kamer, de procureur-generaal ook verplicht zou zijn om deze ter hand te nemen, zodat er geen sprake meer kon zijn van ‘onderhandse’ of ‘indirecte’ beïnvloeding van de vervolging door politieke organen of partijen of door de publieke opinie.⁴

Overigens is de procedure in haar hele bestaansgeschiedenis nog nooit toegepast. Sinds 1855 werd de mogelijkheid om een voorstel te doen tot het starten van de procedure enkele malen in de Tweede Kamer aan de orde gesteld, maar tot een daadwerkelijk voorstel kwam het nooit.⁵ In oktober 2009 door de PVV-fractie evenwel een voorstel gedaan om Minister van Wonen, Werken en Integratie Van der Laan te vervolgen vanwege het niet of onvoldoende willen beantwoorden van vragen over de kosten van de immigratie door niet-westerse allochtonen.⁶ Dit voorstel werd door een grote kamermeerderheid verworpen.⁷

Gevolg van de bijzondere procedure voor vervolging van politieke ambtsdragers is wel dat de beslissing tot vervolging niet (slechts) afhankelijk zal zijn van juridische, maar (vooral ook) van politieke criteria. Er zijn situaties denkbaar waarin er wel juridische argumenten zijn voor strafvervolging, maar politieke redenen ertoe leiden dat een besluit daartoe niet genomen wordt. Om die reden is de bijzondere procedure in het verleden ook wel bekritiseerd.⁸

De nu actuele vraag is hoe de procedure zich verhoudt tot de eisen van het EVRM. Alkema sprak in zijn noot bij de beschikking van de Hoge Raad in bovenstaande zaak (NJ 2008, 26) ernstige twijfels uit over de EVRM-compatibiliteit van de Nederlandse regeling, omdat deze geen rechtsingang biedt voor individuele klagers die eventueel zouden kunnen gelden als een direct of indirect slachtoffer van een schending van artikel 2 of 3 EVRM. In de bovenstaande zaak liep de beklagprocedure die verzoekers op grond van artikel 12 Sv aanspanden bij het gerechtshof – welke door het hof op grond van artikel 13a Sv werd doorverwezen naar de Hoge Raad – ook op niets uit vanwege de exclusieve regeling van artikel 119 Grondwet. Daarmee wordt geïllustreerd dat de Nederlandse rechter in de geldende wetgeving inderdaad geen ruimte ziet voor anderen dan regering of Tweede Kamer om vervolging van bewindspersonen te initiëren (de HR merkte in zijn beschikking ook nog op dat, voor zover het EVRM of ander internationaal recht zou dwingen tot een mogelijkheid voor anderen om vervolging te initiëren, het op de weg van de wetgever – en niet die van de rechter – zou liggen om die mogelijkheid te creëren).

4. *Positieve verplichtingen onder artikel 3 EVRM.* In de procedure voor het EHRM gaat het inhoudelijk om artikel 3 EVRM: het verbod van foltering en onmenselijke behandeling of bestraffing (hierna korthedshalve: het folterverbod). Opvallend is dan weer dat de logische vraag of het vasthouden van uit te zetten asielzoekers in een detentiecentrum dat niet aan de brandveiligheidseisen voldoet een vorm van foltering of onmenselijke behandeling oplevert in de klacht helemaal niet aan de orde wordt gesteld. Wel voegen de klagers een half jaar na indiening van de klacht daaraan nog een element toe: ook de behandeling van de slachtoffers

4 Zie nader: J.L.W. Broeksteeg, *Verantwoording en aansprakelijkheid in het staatsrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2004, p. 147-148.

5 *Idem.*, p. 161-165.

6 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 158, nrs. 1-3.

7 *Handelingen II* 2009/10, afl. 15, p. 1130-1131.

8 Zie Broeksteeg 2004 (*supra* noot 4), p. 148-150 voor een schets van de bezwaren naar voren gebracht door critici (Vlaar, Bos) en de argumenten van verdedigers (Oud, Elzinga) van de procedure.

na afloop van de brand (zij bleven in vreemdelingendetentie om zo snel mogelijk uitgezet te kunnen worden) zou een schending van artikel 3 opleveren. Dit deel van de klacht verklaart het Hof niet-ontvankelijk *ratione temporis*, omdat het pas ruim een jaar na de uitspraak in hoogste instantie op nationaal niveau bij het Hof wordt aangebracht. Zoals ik in punt 2 al onderstreepte blijft het recht op leven van artikel 2 EVRM geheel buiten beeld.

De klacht concentreert zich op de verplichting tot vervolging van de beide ministers. Nu brengt artikel 3 EVRM volgens vaste EHRM-jurisprudentie méér met zich dan de enkele verplichting voor de verdragsstaten om zich te onthouden van bepaalde gedragingen die fysieke pijn of mentaal lijden kunnen veroorzaken. De algemene lijn is dat uit artikel 3 EVRM ook *positieve* verplichtingen voortvloeien tot het treffen van maatregelen die kunnen en moeten bijdragen aan de voorkoming van overtreding van het folterverbod, zowel door overheidsfunctionarissen als door derden. Bovendien brengt artikel 3 (analoog aan artikel 2), in samenhang met artikel 1 EVRM, mee dat de Staat, indien iemand stelt (een ‘arguable claim’ heeft) gefolterd c.q. onmenselijk behandeld te zijn door politie of andere autoriteiten, een doeltreffend officieel onderzoek moet instellen met het oog op de identificatie en bestraffing van de verantwoordelijken.⁹ Zou een dergelijk onderzoek niet plaatsvinden dan zou dat kunnen leiden tot een ondermijning van het folterverbod: ‘the general legal prohibition of torture and inhuman and degrading treatment and punishment, despite its fundamental importance, would be ineffective in practice and it would be possible in some cases for agents of the State to abuse the rights of those within their control with virtual impunity.’¹⁰ Hoewel het EVRM geen onafhankelijk recht op strafvervolging van de verantwoordelijken voor schendingen van artikel 2 of 3 EVRM kent¹¹ en effectieve judiciële bescherming van de rechten van artikel 2 en 3 EVRM niet vergt dat er in elk afzonderlijk geval van vermeende schending van deze rechten een specifiek strafrechtelijk onderzoek moet volgen,¹² is de gerichtheid van het onderzoek op identificatie en bestraffing van daders of verantwoordelijken, met als doel het voorkomen van *impunity*, vaak wél essentieel.¹³ Indien het aansprakelijkheidsrecht van een staat zodanig is dat onderzoek en gerechtelijke procedures slechts kunnen leiden tot betaling van schadevergoeding aan het slachtoffer en niet tot vervolging en bestraffing van de daders of verantwoordelijken, dan acht het Hof een dergelijke procedure niet in overeenstemming met de onderzoeksverplichtingen voortvloeiend uit artikel 3.¹⁴ Het onderzoek dient ook inhoudelijk zorgvuldig (*thorough and effective*) te zijn: vermeende daders, relevante getuigen en eventuele deskundigen moeten worden gehoord en de klager moet ook

9 O.m. EHRM 28 oktober 1998, *RJ&D 1998-VII* (Assenov/Bulgarije), § 93; EHRM 6 april 2000, *RJ&D 2000-IV* (Labita/Italië [GC]), § 131.

10 EHRM 28 oktober 1998, *RJ&D 1998-VII* (Assenov/Bulgarije), § 102; EHRM 11 april 2000, appl.no. 32357/96 (Sevtap Veznedaroglu/Turkije), § 32, *EHRC 2000/48*, m.nt. HvdW; EHRM 30 september 2004, appl.no. 50222/99 (Krastanov/Bulgarije), § 57.

11 EHRM 12 februari 2004, no. 47287/99 (Perez/Frankrijk [GC]), § 70.

12 O.m. EHRM 15 januari 2009, appl.no. 46598/06 (Branko Tomasic e.a./Kroatië), § 64.

13 O.m. EHRM 27 juli 2006, appl.no. 69481/01 (Bazorkina/Rusland), § 117.

14 O.m. EHRM 2 september 1998, *RJ&D 1998-VI* (Yasa/Turkije), § 74; EHRM 14 December 2000, appl.no. 30054/96 (Kelly e.a./VK), § 105, EHRM 4 mei 2001, appl. no. 25657/94 (Avar/Turkije [GC]), § 377; EHRM 8 januari 2004, appl.no. 23656/94 (Ayder/Turkije), § 98; EHRM 30 september 2004, appl.no. 50222/99 (Krastanov/Bulgarije), § 59, *EHRC 2004/90*, m.nt. GdJ; EHRM 24 februari 2005, appl.no. 57942/00 (Khashiyev & Akayeva/Rusland), § 118-122.

een mogelijkheid hebben om de versie van de gebeurtenissen zoals geschetst door de overheidsfunctionarissen te bestrijden.¹⁵

In de bovenstaande uitspraak benadrukt het EHRM evenwel dat het voor de vraag of een strafrechtelijk onderzoek en strafvervolgning noodzakelijk zijn verschil maakt of de inbreuk op het recht op leven of op het recht op lichamelijke integriteit al dan niet *opzettelijk* is gemaakt. In een aantal eerdere zaken waarin dodelijke slachtoffers waren gevallen als gevolg van niet zozeer opzettelijk handelen, maar veeler nalatigheid aan de zijde van overheid om voldoende beschermende maatregelen te treffen overwoog het Hof dat een officieel strafrechtelijk onderzoek onmisbaar was. Het ging in deze zaken echter om slachtoffers van gevaarlijke activiteiten (arrest *Öneryildiz/Turkije*: gasexplosie op vuilstortplaats)¹⁶ respectievelijk natuurrampen (arrest *Murillo Saldias/Spanje*: watersnood op camping; arrest *Budayeva/Rusland*: stadsdeel overspoeld door modderstromen).¹⁷ En de reden voor de onmisbaarheid van een strafrechtelijk onderzoek lag volgens het Hof dan vooral in het gegeven dat ‘public authorities are often the only entities to have sufficient relevant knowledge to identify and establish the complex phenomena that might have caused an incident’ en in de noodzaak te kunnen verzekeren dat ‘criminal penalties are applied to the extent that this is justified by the findings of the investigation’. In zaken waarin geklaagd werd over gebrek aan strafrechtelijke maatregelen jegens artsen die een medische misser hadden begaan overwoog het Hof echter dat toegang voor slachtoffers/nabestaanden tot een (civiele) aansprakelijkheidsprocedure die slechts zou kunnen leiden tot schadevergoeding vanuit het perspectief van de positieve verplichtingen onder artikel 2 voldoende kan zijn.¹⁸ Toegang voor slachtoffers tot een strafrechtelijke procedure achtte het Hof evenmin noodzakelijk in zaken waarin sprake was van (mogelijke) nalatigheid in het spoedig opsporen van ontsnapte gevangenen (arrest *Mastromatteo/Italië*)¹⁹ of het bieden van bescherming tegen een vuurwapengevaarlijke ex-echtgenoot (arrest *Branko Tomasic/Kroatië*).²⁰

Op die laatste jurisprudentielijn borduurt het EHRM in deze zaak door: de inbreuk op het recht op leven of op het recht op lichamelijke integriteit werd in casu niet opzettelijk gemaakt en dan dwingt de positieve verplichting van artikel 3 EVRM niet tot de toegang tot een strafrechtelijke procedure. Het Hof stelt vast dat er in dit geval een uitgebreid, uiterst kritisch en betrouwbaar rapport is opgesteld door de *Onderzoeksraad voor de Veiligheid*, waarin expliciet bepaalde overheidsinstellingen beschuldigd worden van het tekortschieten in het nemen van brandveiligheidsmaatregelen en in het bieden van nazorg. Bovendien merkt het Hof op dat dit rapport

15 O.m. EHRM 4 december 2003 appl.no. 39272/98 (M.C./Bulgarije), § 176-180, *NJCM-Bull.* 2005, p. 295 e.v., m.nt. ES; EHRM 16 december 2003, appl.no. 57967/00 (Kmetty/Hongarije), § 38-43.

16 EHRM 30 november 2004, app.no. 48939/99 (*Öneryildiz/Turkije* [GC]), m.n. § 90. Zie ook annotatie van Kuijer bij Kamer-uitspraak in *NJCM-Bull.* 2003, p. 54 e.v.

17 EHRM 28 november 2006, appl.no. 76973/01 (*Murillo Saldias e.a./Spanje*) en EHRM 20 maart 2008, appl.no. 15339/02 (*Budayeva/Rusland*).

18 O.m. EHRM 8 juli 2004, *RJ&D* 2004-VIII, appl. no. 53924/00 (Vo/Frankrijk [GC]), § 90, *NJCM-Bull.* 2005, p. 579, m.nt. HJL; EHRM 17 januari 2002, appl.no. 32967/96 (Calvelli & Ciglio/Italië [GC]), § 51, *EHRC* 2002/22, m.nt. JvdV; EHRM 14 december 2006, appl.no. 4353/03 (*Tarariyeva/Rusland*), § 75.

19 EHRM 24 oktober 2002, appl. no. 37703/97 (*Mastromatteo/Italië* [GC]), § 90; *EHRC* 2002/107, m.nt. GdJ.

20 EHRM 15 januari 2009, appl.no. 46598/06 (*Branko Tomasic e.a./Kroatië*), § 64. In deze niet volledig heldere rechtsoverweging lijkt het Hof zelfs aan te geven dat de jurisprudentielijn ontwikkeld in de zaken over medische missers (niet in alle gevallen toegang tot strafrechtelijke procedure noodzakelijk) moet gelden voor alle kwesties die te maken hebben met ‘the possible responsibility of State officials for the deaths occurring as a result of their negligence’.

tot het aftreden van de twee politiek verantwoordelijke ministers heeft geleid. Het Hof is van oordeel dat op ministerieel niveau aan de procedurele verplichtingen van artikel 3 EVRM is voldaan. Het Hof merkt nog op dat niets in de feiten er op wijst dat de Minister van Justitie en de Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie persoonlijk hun ambt dusdanig veronachtzaamd hebben dat strafrechtelijke vervolging gerechtvaardigd zou zijn.

5. *Resterende vragen.* Vraag is of het onderscheid tussen opzettelijke en niet-opzettelijke inbreuken op het recht op leven of op het recht op lichamelijke integriteit dat het EHRM aanlegt als het gaat om de mogelijkheid voor slachtoffers om strafvervolging van de verantwoordelijken te initiëren de beoogde duidelijkheid oplevert. Immers, om welke vorm van opzet moet het dan gaan? Terecht wijst Den Houdijker in haar noot bij deze zaak (*Rechtspraak Vreemdelingenrecht* 2009, nr. 95) erop dat in het rapport van de Onderzoeksraad voor Veiligheid vermeld wordt dat bij de bij het cellencomplex Schiphol-Oost betrokken overheidsinstanties sprake was van een 'patroon van het onvoldoende invullen van de eigen verantwoordelijkheid voor veiligheid' (p. 12 van het onderzoeksrapport, raadpleegbaar via www.onderzoeksraad.nl). Kan een opzettelijke inbreuk in de ogen van het Hof misschien ook bestaan uit het willens en wetens de aanmerkelijke kans lopen dat de inbreuk ontstaat (voorwaardelijk opzet)? En hoe groot moet die aanmerkelijke kans dan zijn? Allicht zal niet elke vorm van nalatigheid in het voldoen aan de brandveiligheidsvoorschriften een 'aanmerkelijke kans' op schending van het recht op leven of het folterverbod opleveren, maar langdurige en grootschalige nalatigheid misschien wel, zeker als de mogelijke slachtoffers zich als gedetineerden geheel 'in de macht van de overheid' bevinden.

Een andere vraag die na deze uitspraak blijft staan is die naar de principiële verenigbaarheid met het EVRM van het systeem van artikel 119 Grondwet inzake de vervolging wegens ambtsmisdriven, waarbij het initiatief tot strafvervolging bij uitsluiting geheel in handen ligt van politieke organen. In het arrest *Claes e.a./België* dat betrekking had op de strafvervolging van onder andere twee oud-ministers vanwege een omkoopschandaal, via een met die van onze Grondwet overeenkomende procedure, niet strijdig met artikel 6 EVRM.²¹ De rechtsvraag waar het in die zaak voor wat betreft de beide ministers om ging had echter meer betrekking op de exclusieve berechting door het Hof van Cassatie (*forum privilegiatum*) en niet zozeer op de regeling aangaande het initiatief tot de strafvervolging.

Verwacht mag worden dat het EHRM, in het licht van de ruime margin of appreciation die het Hof de verdragsstaten doorgaans biedt als het gaat om zaken die zeer nauw verweven zijn met het functioneren van het staatkundige en politieke systeem van het land, zich slechts hierover zal uitlaten indien zich een geval zou voordoen waarin Nederlandse bewindspersonen overduidelijk op een met artikel 2 of 3 EVRM strijdige wijze hebben gehandeld zonder dat daar strafrechtelijke verantwoording voor hoefde te worden afgelegd, omdat een kamermeerderheid dat blokkeerde. En we mogen toch nog wel aannemen dat noch bewindspersonen noch Tweede Kamer het ooit zover zullen laten komen. Of niet?

²¹ EHRM 2 juni 2005, appl.no. 46825/99 (*Claes e.a./België*), EHRC 2009/73, m.nt. Van den Driessche & Broeksteeg.