



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten

Jong, T. de; Jong T. de

Citation

Jong, T. de. (2017, September 13). *Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten*. *Meijers-reeks*. Wolters Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/52962>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/52962>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/52962> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Jong, T. de

Title: Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten

Issue Date: 2017-09-13

Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten

Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op woensdag 13 september 2017
klokke 16.15 uur

door

Tessa de Jong

geboren te Leiden in 1986

Promotores: prof. mr. T. Barkhuysen
 prof. mr. Y.E. Schuurmans

Promotiecommissie: prof. mr. J.H. Gerards (Universiteit Utrecht)
 prof. mr. M.L.P. Loenen
 prof. mr. P.R. Rodrigues
 mr. dr. M.L. van Emmerik
 prof. dr. M.F.J.M. de Werd (Universiteit Maastricht)

Dit onderzoek was mogelijk dankzij financiële steun van de Nederlandse
Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO)

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2017 T. de Jong

ISBN 978 90 1314 413 0

*Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden
verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of
op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder
voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.*

*Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel
16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting
Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n)
uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden
tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB
Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).*

*No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without
written permission from the publisher.*

*'Het leven kan slechts achterwaarts begrepen worden,
maar het moet voorwaarts worden geleefd.'*

Søren Kierkegaard

Woord vooraf

Tijdens dit promotieonderzoek is mijn geduld op de proef gesteld. Bovendien is het schrijven van een proefschrift een solitaire bezigheid. Voor een groot liefhebber van (sociale) interactie zoals ik, was dit promotietraject dus een pittige uitdaging. Een uitdaging waarin ik gelukkig ben gesteund door veel mensen.

Om te beginnen wil ik mijn promotoren Tom Barkhuysen en Ymre Schuurmans bedanken. Op onze weg naar de finish bevonden zich af en toe scherpe bochten en (diepe) kuilen. Jullie vertrouwen en het geven van ruimte toen ik daarom vroeg, hebben een belangrijke bijdrage geleverd aan het bereiken van de eindstreep. Op deze plek dank ik ook Wim Voermans voor zijn onmisbare betrokkenheid en ondersteuning bij het voortzetten van dit onderzoek.

Grote dank gaat ook uit naar de leden van de leescommissie – Janneke Gerards, Titia Loenen, Peter Rodrigues, Michiel van Emmerik en Marc de Werd – die het manuscript hebben willen lezen en van zeer waardevol commentaar hebben voorzien.

Ik beschouw het als een groot voorrecht om lange tijd met de fijne Leidse collega's van de afdeling Staats- en Bestuursrecht te hebben mogen werken. Jullie zijn met teveel om bij naam te noemen, maar ik koester de herinneringen aan de gezellige koffietjes in het JuCa en de borrels op de vrijdagmiddag. Ook koester ik de op de afdeling ontstane vriendschap met mijn paranimf Ingrid Leijten. In Ingrid vond ik een hele fijne kamergenote, een scherpe geest waaraan ik vaak mijn EVRM-gedachten scherpten en bovenal een goede vriendin. Al in de beginfase van onze promotietrajecten werd duidelijk dat wij elkaars paranimfen zouden zijn. Ook de keuze voor Madelon Geers als mijn paranimf stond al lange tijd vast. Onze vriendschap gaat ver terug, is hecht en betekent veel voor me. Het delen van lief en leed en een gezonde dosis humor typeert onze vriendschap het beste.

De afronding van een proefschrift is ook op redactioneel vlak een flinke klus. Ik dank daarom student-assistent Koen Giezeman voor zijn waardevolle hulp bij onder meer het maken van de lijst met jurisprudentie.

De bemoediging en broodnodige afleiding van mijn (schoon)familie en vriendinnen hebben mij in mijn 'proefschriftjaren' ontzettend geholpen en goed gedaan. Dank Carolien, Marieke, Steef, Jolanda, Denise, Emilie, Monique, Laura, Jeanile en Daniëlla. Vanaf nu geen woord meer over het 'boekje'... Ook wil ik mijn ouders bedanken. In het bijzonder dank ik mijn moeder voor haar onvoorwaardelijke liefde en rotsvast vertrouwen in mij.

Tot slot dank ik Matthijs. De man die naast, voor en achter me stond gedurende het grootste deel van dit traject. Matthijs, jij laat me zijn wie ik ben. Dank je wel.

Dit onderzoek is afgerond op 21 december 2016. Latere publicaties en jurisprudentie zijn – op een aantal kleine uitzonderingen na – niet meer meegenomen.

Leiden, maart 2017

Verkorte inhoudsopgave

LIJST VAN AFKORTINGEN	xvii
1 Inleiding	1
2 Opmaat: de procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM	17
DEEL I – DE PROCEDURELE WAARBORGEN VAN ARTIKEL 2, 3 EN 8 EVRM EN ARTIKEL 1 EP EVRM	45
3 Aanleiding en opbouw deel I	47
4 De procedurele waarborgen van artikel 2 EVRM	49
5 De procedurele waarborgen van artikel 3 EVRM	89
6 De procedurele waarborgen van artikel 8 EVRM	145
7 De procedurele waarborgen van artikel 1 EP EVRM	211
8 Conclusie deel I	255
DEEL II – DE TOETSINGSPRAKTIJK VAN HET EHRM ONDER DE ARTIKELEN 2, 3 EN 8 EVRM EN ARTIKEL 1 EP EVRM	271
9 Aanleiding en opbouw deel II	273
10 De toetsingspraktijk van het EHRM: feitenvaststelling onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM	275
11 De toetsingspraktijk van het EHRM: bewijs(regels) onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM	319
12 Conclusie deel II	375
DEEL III – AFRONDING	385
13 Samenvattende slotbeschouwing	287
Summary	413
Literatuurlijst	425
Jurisprudentie	449
Trefwoordenregister	465
Vragenlijst interviews en respondenten	471
Curriculum vitae	473

Inhoudsopgave

LIJST VAN AFKORTINGEN	xvii
1 INLEIDING	1
1.1 Achtergrond en aanleiding van het onderzoek	1
1.2 Doel van het onderzoek en onderzoeksvragen	6
1.3 Onderzoeksmethode, afbakening en definitiebepaling	8
1.4 Plan van aanpak	13
2 OPMAAT: DE PROCEDURELE EISEN VAN ARTIKEL 6 EN 13 EVRM	17
2.1 Inleiding	17
2.2 Artikel 6 EVRM	18
2.2.1 <i>Criminal charge of civil rights and obligations</i>	19
2.2.1.1 Uitsluiting van artikel 6 EVRM	24
2.2.2 De procedurele eisen onder artikel 6 EVRM	25
2.2.2.1 Procedurele eisen in de tekst van artikel 6 EVRM, eerste lid	25
2.2.2.2 Het recht op een eerlijk proces in de jurisprudentie	30
2.2.2.3 Het recht op toegang tot de rechter	34
2.2.2.4 De procedurele eisen van artikel 6 EVRM, tweede en derde lid	38
2.2.3 Toepasselijkheid artikel 6 EVRM in de bestuurlijke voorfase	39
2.3 Artikel 13 EVRM	40
2.4 Conclusie	43
DEEL I – DE PROCEDURELE WAARBORGEN VAN ARTIKEL 2, 3 en 8 EVRM EN ARTIKEL 1 EP EVRM	45
3 AANLEIDING EN OPBOUW DEEL I	47
3.1 Inleiding, aanleiding en probleemstelling	47
3.2 Opbouw deel I	47
4 DE PROCEDURELE WAARBORGEN VAN ARTIKEL 2 EVRM	49
4.1 Inleiding	49
4.2 Achtergrond artikel 2 EVRM	50
4.2.1 Het recht op leven	50
4.2.2 Positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM: de materiële component	51

4.3	De procedurele waarborgen van artikel 2 EVRM	60
4.3.1	Kenmerken van de procedurele onderzoeksplicht	61
4.3.2	De procedurele eisen van de onderzoeksplicht	66
4.3.2.1	De toepassing van de procedurele eisen	67
4.4	De procedurele waarborgen van artikel 2 EVRM in relatie tot de artikelen 6 en 13 EVRM en de mogelijke toegevoegde waarde	78
4.5	De procedurele waarborgen: besluitvormingsfase en/of rechterlijke fase	84
4.6	Conclusie	85
5	DE PROCEDURELE WAARBORGEN VAN ARTIKEL 3 EVRM	89
5.1	Inleiding	89
5.2	Achtergrond artikel 3 EVRM	90
5.2.1	Het folterverbod	90
5.2.2	Positieve verplichtingen onder artikel 3 EVRM: de materiële component	95
5.3	De procedurele waarborgen van artikel 3 EVRM	100
5.3.1	De procedurele onderzoeksplicht	101
5.3.1.1	Kenmerken van de procedurele onderzoeksplicht	101
5.3.1.2	De procedurele eisen van de onderzoeksplicht	105
5.3.1.3	De toepassing van de procedurele eisen	106
5.3.2	Procedurele waarborgen in asielzaken onder artikel 3 EVRM en artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM	111
5.3.2.1	Procedurele waarborgen onder artikel 3 EVRM in asielzaken	113
5.3.2.2	Procedurele waarborgen onder artikel 13 en artikel 3 EVRM in asielzaken	116
5.4	De toepassing van de procedurele waarborgen onder artikel 3 en 13 EVRM in asielzaken	122
5.5	De procedurele waarborgen van artikel 3 EVRM in relatie tot de artikelen 6 en 13 EVRM en de mogelijke toegevoegde waarde	137
5.6	De procedurele waarborgen: besluitvormingsfase en/of rechterlijke fase	139
5.7	Conclusie	141
6	DE PROCEDURELE WAARBORGEN VAN ARTIKEL 8 EVRM	145
6.1	Inleiding	145
6.2	Achtergrond artikel 8 EVRM	146
6.2.1	Het recht op respect voor het privé-, familie-, en gezinsleven	146
6.2.2	Positieve verplichtingen onder artikel 8 EVRM: de materiële component	147
6.3	De procedurele waarborgen van artikel 8 EVRM	150
6.3.1	Familie gerelateerde zaken: omgangsrecht met kinderen	152
6.3.2	Milieuzaken: milieu/gezondheidsrisico's	159
6.3.3	Leefomgevingszaken: verplaatsing van groepen personen	173
6.3.4	Privacy kwesties: toegang tot persoonlijke/vertrouwelijke informatie	180
6.3.5	Privé- en familielevens het vreemdelingenrecht	183
6.3.6	Strafrechtelijke bevoegdheden: inzet geheime bevoegdheden en binnentreden woningen	197

6.4	De procedurele waarborgen van artikel 8 EVRM in relatie tot de artikelen 6 en 13 EVRM en de mogelijke toegevoegde waarde	202
6.5	De procedurele waarborgen: besluitvormingsfase en/of rechterlijke fase	205
6.6	Conclusie	206
7	DE PROCEDURELE WAARBORGEN VAN ARTIKEL 1 EP EVRM	211
7.1	Inleiding	211
7.2	Achtergrond artikel 1 EP EVRM	211
7.2.1	Het eigendomsrecht	211
7.2.2	Het begrip 'eigendom'	213
7.2.3	De drie eigendomsregels: genotsregel, ontneming en regulering van eigendom	215
7.2.4	Inmenging in het eigendomsrecht: de toets	216
7.2.5	Positieve verplichtingen onder artikel 1 EP EVRM: de materiële component	223
7.3	De procedurele waarborgen van artikel 1 EP EVRM	226
7.3.1	De procedurele waarborgen onder artikel 1 EP EVRM: een eerste overzicht	226
7.3.2	De toepassing van de procedurele waarborgen	230
7.4	De procedurele waarborgen van artikel 1 EP EVRM in relatie tot de artikelen 6 en 13 EVRM en de mogelijke toegevoegde waarde	248
7.5	De procedurele waarborgen: besluitvormingsfase en/of rechterlijke fase	251
7.6	Conclusie	252
8	CONCLUSIE DEEL I	255
8.1	Inleiding	255
8.2	De procedurele waarborgen in materiële verdragsbepalingen en de verhouding tot de artikelen 6 en 13 EVRM	256
8.3	Het onderscheid tussen absolute rechten en relatieve rechten en de invloed van het materiële recht op de procedurele waarborgen	263
8.4	Factoren die van invloed zijn op de procedurele eisen onder materiële EVRM-rechten	266
8.5	Conclusie	268
	DEEL II – DE TOETSINGSPRAKTIJK VAN HET EHRM ONDER DE ARTIKELEN 2, 3 en 8 EVRM EN ARTIKEL 1 EP EVRM	271
9	AANLEIDING EN OPBOUW DEEL II	273
9.1	Inleiding, aanleiding en probleemstelling	273
9.2	Opbouw deel II	274
10	DE TOETSINGSPRAKTIJK VAN HET EHRM: FEITENVASTSTELLING ONDER DE ARTIKELEN 2, 3 EN 8 EVRM EN ARTIKEL 1 EP EVRM	275
10.1	Inleiding	275
10.2	Het EHRM als 'grensrechter'	276

10.3	Beoordelingskader van het EHRM	280
10.3.1	Ontvankelijkheid van de klacht en de beoordeling ten gronde	281
10.3.2	Schriftelijke procedure: nauwelijks hoorzittingen	283
10.3.3	Does the Court practice what it preaches?	285
10.4	Feitenvaststelling	288
10.4.1	Het vaststellen van de feiten door het EHRM	288
10.4.2	<i>Fact-finding tools</i> van het EHRM	292
10.4.2.1	Verzuim medewerkingsplicht door de Staat: ‘drawing inferences’ als ‘fact-finding tool’	292
10.4.2.2	Tussenkomst van derden: <i>amicus curiae</i> als <i>fact-finding tool</i>	294
10.4.2.3	<i>Fact-finding missions</i> als <i>fact-finding tool</i>	297
10.5	<i>Fact-finding missions</i> : toen en nu en in asielzaken	299
10.5.1	<i>Fact-finding missions</i> : in de jaren ‘90 en anno 2016	299
10.5.2	<i>Fact-finding missions</i> in asielzaken	305
10.6	Feitenvaststelling onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM	306
10.7	De indirecte procedurele implicaties van de feitenvaststellingspraktijk van het Hof in relatie tot de artikelen 6 en 13 EVRM en de mogelijke toegevoegde waarde	313
10.8	Conclusie	314
11	DE TOETSINGSPRAKTIJK VAN HET EHRM: BEWIJS(REGELS) ONDER DE ARTIKELN 2, 3 EN 8 EVRM EN ARTIKEL 1 EP EVRM	319
11.1	Inleiding	319
11.2	Bewijsrecht en mensenrechten	320
11.3	Beweisrechtelijke thema’s in het bestuursrecht: bewijs(lastverdeling/risico), bewijsomvang, bewijsmiddelen, bewijswaardering en bewijsstandaard	322
11.4	Beweisregels voor het EHRM: artikel 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM	323
11.4.1	Standaard artikel 2 en artikel 3 EVRM-zaken	324
11.4.2	Artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM	327
11.4.2.1	Artikel 8 EVRM	327
11.4.2.2	Artikel 1 EP EVRM	341
11.5	Beweisregels voor het EHRM: artikel 3 EVRM in asielzaken	345
11.5.1	Geloofwaardigheid asielrelaas	347
11.5.2	Omvang ‘rigorous scrutiny’-test	351
11.5.3	Bewijs(bronnen): termijnen, type en gewicht	358
11.5.4	Toetsingsmoment	363
11.5.5	Individuele omstandigheden: beoordeling en gewicht	365
11.6	De indirecte procedurele implicaties van de bewijspraktijk van het Hof in relatie tot de artikelen 6 en 13 EVRM en de mogelijke toegevoegde waarde	368
11.7	Conclusie	370
12	CONCLUSIE DEEL II	375
12.1	Inleiding	375
12.2	Indirecte procedurele implicaties uit de feitenvaststellingspraktijk van het Hof	375

12.3	Indirecte procedurele implicaties uit de bewijsregelspraktijk van het Hof	376
12.3.1	EHRM-toetsingspraktijk in asielzaken onder artikel 3 EVRM	376
12.3.2	<i>Ex nunc</i> -toets onder artikel 8 EVRM	377
12.3.3	Karakteristieken van mensenrechtenbeoordeling	378
12.3.3.1	Een op het individu georiënteerde benadering	378
12.3.3.2	Kwetsbare groepen in de jurisprudentie van het Hof	380
12.4	De indirecte procedurele implicaties in relatie tot de artikelen 6 en 13 EVRM en de mogelijke toegevoegde waarde	380
12.5	Conclusie	382
DEEL III – AFRONDING		385
13	SAMENVATTENDE SLOTBESCHOUWING	387
13.1	Inleiding	387
13.2	De procedurele waarborgen van materiële EVRM-artikelen en de mogelijke toegevoegde waarde ten opzichte van de artikelen 6 en 13 EVRM	388
13.2.1	De procedurele waarborgen van de artikelen 2 en 3 EVRM	388
13.2.2	De procedurele waarborgen van artikel 3 EVRM (en in combinatie met artikel 13 EVRM) in asielzaken	389
13.2.3	De procedurele waarborgen van artikel 8 EVRM	390
13.2.4	De procedurele waarborgen van artikel 1 EP EVRM	393
13.2.5	De mogelijke toegevoegde waarde van deze procedurele waarborgen ten opzichte van de artikelen 6 en 13 EVRM	394
13.3	Een samenvattende analyse van de procedurele waarborgen als onderdeel van een materieel EVRM-artikel	397
13.4	De indirecte procedurele implicaties van materiële EVRM-artikelen en de mogelijke toegevoegde waarde ten opzichte van de artikelen 6 en 13 EVRM	400
13.4.1	De indirecte procedurele implicaties van de artikelen 2 en 3 EVRM	400
13.4.2	De indirecte procedurele implicaties van artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM	401
13.4.3	De mogelijke toegevoegde waarde van de indirecte procedurele implicaties ten opzichte van de artikelen 6 en 13 EVRM	402
13.4.4	Karakteristieken van mensenrechtenbeoordeling als meer algemene indirecte procedurele implicaties	403
13.5	De voor- en nadelen van de ‘proceduralisering’ van materiële EVRM-rechten en de (procedurele) toetsingswijze van het EHRM	405
13.6	Besluit	411
SUMMARY		413
LITERATUURLIJST		425
JURISPRUDENTIE		449
TREFWOORDENREGISTER		465
VRAGENLIJST INTERVIEWS EN RESPONDENTEN		471
CURRICULUM VITAE		473

Lijst van afkortingen

AA	Ars Aequi
AB	AB Rechtspraak Bestuursrecht (Administratiefrechtelijke Beslissingen)
ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State
Afdeling (de)	Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State
A-G	advocaat-generaal
AIVD	Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Awir	Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen
BNB	Beslissingen in Belastingzaken/Nederlandse Belastingrechtspraak
BW	Burgerlijk Wetboek
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CDDH	Steering Committee for Human Rights; Stuurgroep voor mensenrechten van de Raad van Europa
CIA	Central Intelligence Agency
College (het)	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CPT	European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman and Degrading Treatment or Punishment
CRvB	Centrale Raad van Beroep
diss.	Dissertatie
e.a.	en anderen
EASO	European Asylum Support Office
ECieRM	Europese Commissie voor de Rechten van de Mens
EHRC	European Human Rights Cases
EHRLR	European Human Rights Law Review
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EP	Eerste Protocol
EU	Europese Unie
EU	Europese Unie
e.v.	en verder
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden; Verdrag; Conventie
German L.J.	German Law Journal
H&I	Highlights & Insights on European Taxation
Hof	Europees Hof voor de bescherming van de Rechten van de Mens
HvEU	Handvest voor de grondrechten van de Europese Unie; Handvest

HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IBR	Instituut voor Bouwrecht
I-CON	the International Journal of Constitutional Law
IND	Immigratie-en Naturalisatiedienst
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten
IVRD	Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie
IVRK	Verdrag inzake de Rechten van het Kind
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
JBplus	Jurisprudentie Bestuursrecht <i>plus</i>
JIN	Jurisprudentie in Nederland
JV	Jurisprudentie Vreemdelingenrecht
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
m.nt.	met noot
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NAV	Nieuwsbrief Asiel-en Vluchtelingenrecht
NBSTRAF	Nieuwsbrief Strafrecht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
nr.	nummer
NJCM-bull.	Nederlands Juristencomité voor de Mensenrechten-Bulletin
NJB	Nederlands Juristenblad
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
NTER	Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NTM/NJCM-Bull.	Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten/Nederlands Juristencomité voor de Mensenrechten-Bulletin
par.	paragraaf
PG	Parlementaire Geschiedenis
Raad (de)	Centrale Raad van Beroep
r.o.	rechtsoverweging
Rb.	Rechtbank
RV	Rechtspraak Vreemdelingenrecht
RvdW	Rechtspraak van de Week
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
VAR	VAR Vereniging voor bestuursrecht
Verdrag	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
V&J	Veiligheid en Justitie
VN	Verenigde Naties
VP	Vierde Protocol
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Vw 2000	Vreemdelingenwet 2000
WHO	World Health Organization

Wivd	Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten
WOB	Wet openbaarheid bestuur
Wet RO	Wet op de rechterlijke organisatie

1 | Inleiding

1.1 ACHTERGROND EN AANLEIDING VAN HET ONDERZOEK

De invloed van de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM of Hof) op de rechtspraktijk van de Verdragstaten is aanzienlijk.¹ In principe zijn de uitspraken van dit Hof alleen bindend voor de Staat die partij is in een geschil.² Toch blijven de consequenties van de EHRM-uitspraken over vermeende schendingen van een of meer bepalingen uit het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM, Verdrag of Conventie) niet te allen tijde beperkt tot de Staat die wordt veroordeeld voor een schending van het EVRM. Gezegd zou kunnen worden dat de uitspraken als *res interpretata* kunnen worden aangemerkt.³ De uitspraken van het EHRM bevatten algemene interpretaties van het EVRM en het bestuderen van de EHRM-rechtspraak loont zowel wanneer een Staat of klager partij is in het geschil als wanneer dat niet het geval is.⁴

In het EVRM vinden we typisch procedurele rechten, zoals het recht op een eerlijk proces neergelegd in artikel 6 EVRM⁵ en het recht op een effectief rechtsmiddel in artikel 13 van het Verdrag. Daarnaast zijn in het EVRM diverse materiële rechten gecodificeerd, zoals het recht op leven in artikel 2 EVRM en het recht op privé- en familielevens in artikel 8 EVRM. Hoewel deze bepalingen naar hun aard materieel zijn, volgt uit de jurisprudentie van het Hof in Straats-

1 Over (onder meer) deze invloed verschenen recent onder meer de dissertaties van Somers over aansprakelijkheidsrecht en mensenrechten (Somers 2016); van Sanderink over het EVRM en het materiële omgevingsrecht (Sanderink 2015a) en van Emaus over handhaving van het EVRM via het aansprakelijkheidsrecht (Emaus 2013). Zie ook in algemene zin over de invloed van het EVRM onder andere: Gerards & Sieburgh 2013 over de invloed van fundamentele rechten op het materiële recht; Barkhuysen & Van Emmerik 2017 over Europese grondrechten en het Nederlandse bestuursrecht.

2 Artikel 46 EVRM.

3 Gerards & Fleuren 2014, p. 350-352; Bodnar 2014.

4 Gerards 2011a, p. 29-30. Vgl. ook: EHRM 7 februari 2013, zaaknr. 16574/08, par. 74-74 (Grote Kamer) (*Fabris t. Frankrijk*).

5 Overigens is ook in de jurisprudentie van het EHRM onder artikel 6 EVRM het recht op toegang tot de rechter ingelezen in artikel 6 EVRM (EHRM 21 februari 1975, *NJ* 1975, 462, m.nt. E.A. Alkema (Grote Kamer) (*Golder t. Verenigd Koninkrijk*). Hoewel dit recht dus niet met zoveel woorden is te lezen in de tekst van het artikel, is de toegang tot de rechter inmiddels wel een vast onderdeel van artikel 6 EVRM. Zie meer uitgebreid over artikel 6 EVRM hoofdstuk 2.

burg dat ook bij dit type rechten procedurele verplichtingen voor de Staten kunnen gelden. Met andere woorden: in de tekst van artikel 2 EVRM lezen we niets over procedurele verplichtingen, terwijl in de jurisprudentie een scala aan procedurele eisen tot stand is gekomen met verplichtingen voor de nationale autoriteiten.⁶

De ‘proceduralisering’ van materiële EVRM-rechten speelt een steeds grotere rol in de EHRM-jurisprudentie. Zo lijkt er een verband te bestaan tussen de afname van het aantal *fact-finding missions* van het Hof onder de artikelen 2 en 3 EVRM en de toename van het aantal veroordelingen gebaseerd op schendingen van de procedurele onderzoeksplicht onder deze artikelen. Een verklaring hiervoor kan zijn dat het aannemen van een procedurele schending van de onderzoeksplicht het Hof tijd en geld bespaart.⁷ Daarnaast weerhoudt de ruime *margin of appreciation* het Hof er niet van om onder geschillen over de artikelen 8 EVRM en 1 EP EVRM procedurele positieve verplichtingen voor de Staat te formuleren. Een ruime beoordelingsruimte in ethisch gevoelige kwesties, belet het Hof niet om de nationale gang van zaken te toetsen op de aanwezigheid en naleving van procedurele eisen als het horen en informeren van de betrokkenen.⁸ Met het inlezen van procedurele verplichtingen in naar hun aard materiële EVRM-bepalingen neemt het aantal verplichtingen voor de nationale autoriteiten toe. De procedurele verplichtingen waaraan de Staat dient te voldoen, beperken zich dus niet langer tot de formele eisen van de artikelen 6 en 13 EVRM. Ze strekken zich ook uit tot de extra procedurele eisen als onderdeel van materiële mensenrechten.

De procedurele verplichtingen die het Hof heeft geformuleerd onder de materiële EVRM-artikelen maken onderdeel uit van de positieve verplichtingen in de EHRM-rechtspraak.⁹ Positieve verplichtingen verlangen een actief optreden van de Staat. Dit in tegenstelling tot de (negatieve) onthoudingsverplichtingen, die de Staat verbieden zich te mengen in de EVRM-rechten van ‘een ieder die ressorteert onder zijn rechtsmacht’.¹⁰ Binnen de positieve verplichtingen is een onderscheid te maken tussen materiële positieve verplichtingen en procedurele positieve verplichtingen.¹¹

6 Zie hoofdstuk 4.

7 Zie hoofdstuk 4 en hoofdstuk 10.

8 Zie in het bijzonder hoofdstuk 6 en 7.

9 Voor het eerst werd een positieve verplichting ingelezen in de *Belgische Taalzaak* uit 1968. Het ging om een positieve verplichting van artikel 2 EP: het recht op onderwijs (EHRM 23 juli 1968, zaaknr. 1677/62, par. 3 (*Belgische Taalzaak*)). Zie ook: Van der Velde 2009, p. 2; Akandji-Kombe 2007, p. 7. Zie over de procedurele positieve verplichtingen verder: Brems 2013 en Christoffersen 2009. Zie ook de handelseditie van de Gentse dissertatie van Laurens Lavrysen en de verwijzing naar deze auteurs: Lavrysen 2016, p. 57-61.

10 Artikel 1 EVRM.

11 Zie o.m. Gerards 2011a, p. 239 e.v. Zie ook Gerards 2017 voor een algemeen overzicht van procedurele verplichtingen.

De materiële positieve verplichtingen kunnen sterk uiteenlopen, nu de inhoud ervan afhankelijk is van de specifieke omstandigheden van het geval.¹² In de zaak *Kayak*¹³ oordeelde het Hof bijvoorbeeld dat voor schoolautoriteiten onder artikel 2 EVRM de materiële verplichting geldt om toezicht te houden bij de schoolgebouwen. Zo kunnen de leerlingen beschermd worden tegen geweld afkomstig van jeugdbendes. Daarom had de school ervoor moeten zorgen dat er tralies en politietoezicht kwamen.¹⁴ De materiële positieve verplichting kan onder omstandigheden dus ook meer faciliterend (tralies/politietoezicht) van aard zijn. Verder werd in *Kolyadenko*¹⁵ bepaald dat onder artikel 2 EVRM op de Staat de preventieve materiële positieve verplichting rust om te voorzien in een waarschuwingssysteem bij overstromingen. Het Hof formuleerde verder onder artikel 8 EVRM onder andere de materiële positieve (faciliterende) verplichting voor de Staat om gedetineerden in de gelegenheid te stellen om zich voort te planten.¹⁶ Onder dit artikel dienen tot slot bepaalde gedragingen voorafgaand strafrechtelijk te worden gesanctioneerd.¹⁷

De procedurele positieve verplichtingen zijn minder gevarieerd, nu deze eisen meer zien op de zorgvuldigheid van de procedure.¹⁸ Het gaat er dan om dat betrokkenen worden gehoord en geïnformeerd over te nemen besluiten en dat de besluitvorming tijdig plaatsvindt.¹⁹ Deze procedurele zorgvuldigheidseisen zijn meer algemeen van toepassing op allerhande geschillen. Anders is dit voor de materiële positieve verplichtingen die zijn geformuleerd op grond van de feiten van de betreffende zaak. De toepassing van de procedurele positieve verplichtingen blijft wel sterk zaaksgebonden. Zo is de wijze waarop het Hof toetst of de betrokkene voldoende is gehoord in de nationale procedure afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Het Straatsburgse Hof lijkt in het bijzonder waarde te hechten aan de naleving van procedurele zorgvuldigheidseisen naarmate de gevolgen voor het individu ernstig(er) zijn.²⁰ Illustratief in dit verband is de procedurele verplichting die op de nationale autoriteiten rust om een grondig onderzoek te doen naar het betoog van de asielzoeker dat hij bij uitzetting naar het land van herkomst een reëel risico

12 Gerards 2011a, p. 239.

13 EHRM 10 juli 2012, NJ 2013, 551, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Kayak t. Turkije*).

14 De Staat schoot hierin tekort: schending 2 EVRM. EHRM 10 juli 2012, NJ 2013, 551, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Kayak t. Turkije*). Zie eerder: EHRM 28 oktober 1998, NJ 2000, 134, m.nt. E.A. Alkema, par. 121 (Grote Kamer) (*Osman t. Verenigd Koninkrijk*).

15 EHRM 28 februari 2012, AB 2012, 314, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2012, 105, m.nt. D.G.J. Sanderink (*Kolyadenko e.a. t. Rusland*), en zie ook hoofdstuk 2.

16 Dit voorbeeld noemt Gerards: Gerards 2011a, p. 239.

17 Grabenwarter 2014, p. 219 e.v. en zie ook hoofdstuk 6.

18 Gerards 2011a, p. 240.

19 Zie hoofdstuk 4 tot en met 7.

20 Zie in dit kader met name de hoofdstukken 5 en 6.

loopt op een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling, met onomkeerbare (eventuele) schade.²¹

Tot slot kan ter illustratie van het verschil in type verplichtingen nog worden gewezen op de ontvankelijkheidsbeslissing in de zaak *Bône*²² waarin beide soorten verplichtingen aan de orde komen. In casu is een veertienjarige jongen komen te overlijden doordat hij aan de verkeerde kant van de trein is uitgestapt en daarbij door een passerende trein is overreden. De ouders van de jongen klagen vervolgens in Straatsburg onder meer over het feit dat de Franse autoriteiten tekort zijn geschoten in hun verplichtingen onder artikel 2 EVRM. De treindeuren bleven in casu niet automatisch vergrendeld. Daarnaast zijn de verantwoordelijken in de nationale procedure niet strafrechtelijk verantwoordelijk gehouden voor het dodelijke ongeval. De positieve verplichting om preventieve veiligheidsmaatregelen voor personen – in dit geval treinreizigers – te nemen is een *materiële* positieve verplichting. Deze plicht ziet op het plaatsen van een waarschuwbord op de treindeur met informatie aan welke zijde de deuren openen. De algemeen geldende plicht om na dit dodelijke incident een effectief officieel onderzoek te starten naar de precieze toedracht (en identificatie en eventuele strafrechtelijke vervolging) is te kwalificeren als een *procedurele* positieve verplichting.²³ Het Hof heeft onder deze procedurele positieve onderzoeksverplichting diverse procedurele eisen geformuleerd. Daaronder valt ook de verplichting dat het onderzoek onafhankelijk dient plaats te vinden, voortvarend moet starten, niet onredelijk lang mag duren en dat de betrokkenen (vaak nabestaanden) in voldoende mate bij (de voortgang van) het onderzoek moeten worden betrokken.

Naast deze procedurele positieve verplichtingen, volgen uit de toetsingswijze van het Hof zelf in sommige gevallen ook indirecte procedurele verplichtingen voor de Staten. Anders dan de eerste categorie verplichtingen, leveren de indirecte procedurele implicaties minder harde vereisten op. Het Hof verlangt namelijk geen expliciete naleving van deze implicaties, maar wanneer de Straatsburgse en nationale beoordelingspraktijk te zeer uiteenlopen kan dit toch problemen opleveren. Een sprekend voorbeeld in dit verband biedt de Nederlandse zaak *Salah Sheekh*.²⁴ In deze *refoulement*-zaak beriep klager zich op artikel 3 EVRM om een uitzetting naar het land van herkomst te voorkomen. Het Straatsburgse Hof beoordeelde de feiten en omstandigheden *ex nunc*.

21 Zie bijvoorbeeld: EHRM 11 juli 2000, *JV* 2000, 240, m.nt. BV, par. 50 (*Jabari t. Turkije*), en zie uitgebreid hoofdstuk 5.

22 EHRM 1 maart 2005, *AB* 2006, 274, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Bône t. Frankrijk*).

23 Het EHRM verklaart de klacht overigens kennelijk ongegrond nu klager zelf onvoorzichtig is geweest om toch de treindeur te openen, hoewel vrienden in de trein hem waarschuwden en op de treindeur een waarschuwbord was geplaatst. Ook de klacht omtrent het tekortschietende onderzoek verklaart het Hof kennelijk ongegrond.

24 EHRM 11 januari 2007, *AB* 2007, 76, m.nt. BPV (*Salah Sheekh t. Nederland*).

Daarnaast betrok het Hof ook meerdere bronnen in zijn oordeel. De beoordeling van het Hof week hiermee af van de nationale beoordeling. Deze uiteenlopende toetsing resulteerde in een veroordeling van Nederland onder artikel 3 EVRM. Bovendien toont deze uitspraak aan dat deze schending in de nationale procedure niet zichtbaar was geworden.²⁵ Uit deze uitspraak, en ook uit latere uitspraken,²⁶ volgen de indirecte procedurele verplichtingen voor de nationale rechters om net als de Straatsburgse rechters *ex nunc* te toetsen en meer bronnen in het nationale oordeel te betrekken.

Wanneer Staten op de hoogte zijn van de toetsingswijze van het Hof, kunnen zij hier op nationaal niveau al op anticiperen. Op die manier kunnen potentiële schendingen worden voorkomen. Bovendien kan zo de door Straatsburg en op nationaal niveau geboden (rechts)bescherming meer op een lijn worden gebracht.

De hiervoor beschreven tendensen vormen de aanleiding voor dit onderzoek. Hierbij gaat het om het aannemen van procedurele waarborgen onder materiële EVRM-rechten in de rechtspraak van het EHRM. Daarnaast gaat het om de indirecte procedurele implicaties die volgen uit de toetsingswijze van het Hof. Hoewel deze tendensen in de rechtswetenschappelijke literatuur zijn opgemerkt,²⁷ ontbreekt tot op heden een meeromvattende studie waarin deze tendensen worden beschreven en geanalyseerd. Dit maakt deze studie ook voor het wetenschappelijke debat relevant. Verder is het niet alleen interessant en nuttig om deze ontwikkelingen in kaart te brengen ten behoeve van de discussie over de betekenis van het EVRM en de rol van het EHRM. Voor de nationale autoriteiten is het bovendien van belang om op de hoogte te zijn en te blijven van de extra procedurele verplichtingen waaraan in het kader van de bescherming van materiële EVRM-rechten op nationaal niveau moet worden voldaan. Het is tenslotte van belang dat schendingen en procedures voor het EHRM hierover zoveel mogelijk worden voorkomen. Gedegen en actuele kennis over deze tendensen is daarom onontbeerlijk. Voor de (gemachtigde van de) persoon in wiens recht een inmenging plaatsvindt, of waarvan juist wordt nagelaten zijn recht te beschermen, is het ook zeer waardevol om te weten welke procedurele waarborgen onderdeel zijn van het betreffende materiële EVRM-recht. Deze procedurele waarborgen verruimen immers potentieel de (rechts)bescherming van het individu. Het is dus zowel van praktisch nut om op de hoogte te zijn van de procedurele waarborgen als onderdeel van de materiële EVRM-bepalingen en de indirecte procedurele implicaties als vanuit de idee van (optimale) effectieve rechtsbescherming.

²⁵ Zie ook hoofdstuk 5 en 11.

²⁶ Zie deel II van deze studie.

²⁷ Vgl. o.m. de diverse handboeken over het EVRM, de literatuur genoemd supra noot 1 van dit hoofdstuk en de dissertatie van Baldinger (Baldinger 2013) over de toetsingspraktijk van het EHRM in asielzaken. Vgl. ook de bijdragen van Brems & Lavrysen uit 2015 en 2013.

1.2 DOEL VAN HET ONDERZOEK EN ONDERZOEKSVRAGEN

Het doel van dit onderzoek is allereerst het in kaart brengen van de procedurele waarborgen die het EHRM heeft ingelezen in de vier volgende materiële EVRM-bepalingen.²⁸ In de eerste plaats gaat het om de procedurele waarborgen als onderdeel van het recht op leven (artikel 2 EVRM). In de tweede plaats zullen de procedurele eisen worden geschetst die het Hof in het kader van het folterverbod heeft ontwikkeld (artikel 3 EVRM). Deze twee absolute rechten mogen niet worden beperkt. In de derde en vierde plaats volgen de ‘proceduralisering’ van respectievelijk het relatieve recht op de bescherming van het privé- en familieleven (artikel 8 EVRM) en het relatieve recht op bescherming van eigendom (artikel 1 EP). In tegenstelling tot de absolute rechten als het recht op leven en het folterverbod (artikelen 2 en 3 EVRM), mogen deze relatieve rechten onder omstandigheden wel worden beperkt, en dient daarbij de proportionaliteit van de inmenging te worden bewaakt.²⁹

Bij het in kaart brengen van de in de vorige paragraaf beschreven tendensen onder voormelde artikelen, zal onder meer worden gekeken of er verschil bestaat tussen de procedurele waarborgen als onderdeel van een absoluut (materieel) recht of een relatief (materieel) recht. Het is tenslotte denkbaar dat onder een absoluut recht dat niet beperkt mag worden het EHRM meer procedurele verplichtingen stelt aan het handelen van de nationale actoren dan onder een relatief recht dat (onder voorwaarden) wel beperkt mag worden. Bovendien komt de vraag aan bod of de procedurele waarborgen vooral voorafgaand aan de inmenging of juist achteraf verplichtingen met zich brengen. Verder wordt, hoewel het EHRM nalaat een specifieke nationale actor aan te wijzen die met de procedurele plicht is belast, toch gekeken of de EHRM-jurisprudentie hiervoor aanknopingspunten biedt. De fase *voorafgaand* aan de rechterlijke fase en de rechterlijke fase zelf dienen als vertrekpunt. Wanneer verlangt het EHRM actief optreden van de Staat? En impliceert dit dan dat in sommige gevallen met name het bestuur aan zet is? Of is in andere gevallen alleen de rechter verplicht om de procedurele eisen na te leven? Door deze vragen te beantwoorden kan duidelijkheid worden gecreëerd ten aanzien van de wirwar aan procedurele verplichtingen die door het EHRM zijn erkend. Door deze vervolgens te categoriseren wordt het duidelijker voor de Staat aan welke eisen in welke gevallen moet worden voldaan. Bovendien kan (de gemachtigde van) het individu zo meer inzicht verkrijgen in zijn fundamentele procedurele rechten.

Naast het eerste doel van dit onderzoek om de procedurele waarborgen als onderdeel van de materiële EVRM-bepalingen uiteen te zetten (deel I), zal

28 In de EHRM-jurisprudentie lijken de procedurele waarborgen het meest aanwezig onder deze vier artikelen. Dit verklaart mede de keuze voor deze vier EVRM-rechten.

29 Zie voor de voorwaarden waaronder 8 EVRM en 1 EP EVRM beperkt mogen worden: hoofdstukken 6 en 7.

in de tweede plaats ook de toetsingspraktijk van het EHRM zelf³⁰ worden bestudeerd onder de hiervoor genoemde vier materiële artikelen (deel II). Deze toetsingspraktijk ziet op de feitenvaststelling door het EHRM en de omgang met het bewijs en de bewijsregels. Bezien wordt of uit deze praktijk van het Hof indirecte implicaties voor de Verdragsstaten volgen. Het gaat dus in dit tweede deel om de vraag naar de mogelijke toegevoegde waarde van de indirecte procedurele implicaties ten opzichte van de eisen van de artikelen 6 en 13 EVRM. Met andere woorden: stelt het EHRM onder de materiële EVRM-rechten indirect via zijn eigen toetsingswijze andersoortige eisen aan de nationale rechter en het bestuur dan de eisen die reeds voor hen gelden op grond van de artikelen 6 en 13 EVRM? De implicaties die voortkomen uit de toetsingspraktijk van het EHRM zelf zijn weliswaar indirecter van aard, maar kunnen niettemin van invloed zijn op de nationale praktijk. Immers: een te zeer uiteenlopende toets op Straatsburgs en nationaal niveau onder dezelfde EVRM-rechten kan tot een toestroom van klachten leiden in Straatsburg.³¹ Door ook de toetsingswijze van het Hof zelf te onderzoeken, kan een compleet beeld worden gegeven van de directe en indirecte procedurele implicaties voortvloeiend uit de EHRM-jurisprudentie.

Het voorgaande heeft geresulteerd in de volgende onderzoeksvragen:

1. *Welke procedurele waarborgen heeft het EHRM ingelezen in de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM?*
2. *Welke indirecte procedurele implicaties volgen uit de toetsingswijze van het Hof zelf onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM?*
3. *Wat is de mogelijke toegevoegde waarde van deze procedurele waarborgen en implicaties ten opzichte van de procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM?*

De beantwoording van de eerste vraag en de derde vraag staat centraal in deel I. In deel II volgt de beantwoording van de vragen twee en (wederom) drie. In deel III, de afronding, volgt de samenvattende slotbeschouwing. In dit laatste hoofdstuk worden alle drie de onderzoeksvragen beantwoord. Aan het begrip *toegevoegde waarde* is een geobjectiveerde betekenis gegeven. Dit betekent dat dus niet zozeer antwoord wordt gegeven op de normatieve vraag of het wenselijk is dat de materiële EVRM-rechten ook een procedurele betekenis krijgen. Het gaat bij de toegevoegde waarde om de nieuwe aspecten van de procedurele waarborgen ten opzichte van de al bestaande procedurele eisen onder de artikelen 6 en 13 EVRM. Met andere woorden, voorzien de artikelen 6 en 13 EVRM al in deze waarborgen, of staan de procedurele eisen op zichzelf?

30 Zie in dit verband ook bundel *Procedural review in European fundamental right cases*, onder redactie van Janneke Gerards en Eva Brems (2017).

31 Zie in dit verband de oratie van Barkhuysen over eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige rechtsorde (Barkhuysen 2006).

Daarnaast komt de vraag aan de orde of de procedurele eisen onder de materiële EVRM-rechten toch van toegevoegde waarde kunnen zijn wanneer deze waarborgen ook reeds onder artikel 6 en/of 13 EVRM gelden.

1.3 ONDERZOEKSMETHODE, AFBAKENING EN DEFINITIEBEPALING

Het vertrekpunt voor deze studie wordt gevormd door literatuuronderzoek. Om een beeld te krijgen van de procedurele eisen die het Hof heeft ingelezen in de hiervoor genoemde EVRM-rechten zijn om te beginnen diverse EVRM-handboeken en -commentaren geraadpleegd.³² De in deze handboeken en commentaren genoemde rechtspraak vormde tevens de basis voor het daarna gestarte jurisprudentieonderzoek en de daar genoemde *landmark cases* dienden als uitgangspunt. Deze zaken zijn vervolgens aangevuld met recentere EHRM-uitspraken waarin het eerdere standpunt werd bevestigd, teruggedraaid of genuanceerd door Straatsburg. Hierbij is in beginsel de rechtspraak over een periode van zes jaar (van begin 2011 tot en met eind 2016) meegenomen, tenzij het ging om *landmark cases* of anderszins belangrijke zaken van eerdere datum. Via de zoekmachine van het EHRM heeft een verdiepend jurisprudentieonderzoek plaatsgevonden.³³ Bovendien zijn de voor dit onderzoek relevante annotaties³⁴ bij EHRM-uitspraken bestudeerd. Tot slot zijn de artikelen in tijdschriften met als onderwerp de ‘proceduralisering’ van materiële EVRM-rechten bestudeerd.

In het kader van deel II van dit onderzoek is naast literatuur- en jurisprudentieonderzoek ook met diverse mensen (waaronder (voormalig) rechters) gesproken die werkzaam zijn (geweest) bij het EHRM of op een andere manier te maken hebben (gehad) met de werkzaamheden van het Straatsburgse Hof.³⁵

32 O.m. Schabas 2015; Grabenwarter 2014; Harris e.a. 2014; White & Ovey 2014; Van Dijk e.a. 2006; Vande Lanotte & Haecck 2004; Sdu commentaar EVRM (online raadpleegbaar) en daarnaast relevante artikelen en blogs (waaronder Strasbourg Observers).

33 Te raadplegen via de website van het EHRM: www.echr.coe.int. Het Hof maakt gebruik van de HUDOC zoek machine. Voor de standaard 2 en 3-EVRM zaken (niet zijnde asielzaken) is op de volgende (combinatie van) termen gezocht: ‘procedural’, ‘positive’, ‘obligation’, ‘safeguard(s)’, ‘effective’, ‘adversarial’, ‘independent’, ‘reasonable time’, ‘participation’, ‘equality of arms’, ‘investigation’, ‘motivation’, ‘independent’, ‘adequate’. Vertrekpunt voor deze termen vormden de in artikel 6 en 13 EVRM (-jurisprudentie) genoemde termen, aangevuld met zoektermen ontleend aan de handboeken. Voor artikel 3 EVRM (asielzaken) en 8 EVRM en 1 EP EVRM-zaken is vanwege de enorme *scope* (vooral artikel 8 EVRM) aangesloten bij de rechtspraak in de handboeken, aangevuld met nadien in juridische tijdschriften gepubliceerde uitspraken. Waaronder: *AB*, *EHRC*, *JV*, *NJ*, *RvdW*. Totaal zijn 540 uitspraken bestudeerd en/of gescand. Waarbij voor het scannen geldt dat slechts is gekeken naar de *general principles* zonder uitgebreid de concrete toepassing op de feiten te bestuderen.

34 Zoals verschenen in: *AB*, *EHRC*, *JV*, *NJ*.

35 Zie onder vragenlijst interviews en respondenten.

Deze gesprekken dienden ter illustratie en beogen dus geenszins een alomvattend beeld te schetsen van de toetsingswijze van het Hof.

Voor wat betreft de afbakening van het onderzoek geldt het volgende. Voor dit onderzoek is gekozen voor een bestuursrechtelijke focus. De EHRM-jurisprudentie is daarom bestudeerd door een bestuursrecht-bril. Dit betekent dat met name is gekeken naar de procedurele consequenties van het inlezen van procedurele waarborgen in materiële EVRM-bepalingen voor het nationale algemeen en bijzonder bestuursrecht. Dit betekent dat de zuiver strafrechtelijke procedurele implicaties onder de materiële rechten niet (of slechts zijdelings) aan bod zullen komen.³⁶ De procedurele eisen van de artikelen 6 en 13 EVRM dienen als vertrekpunt bij het beschrijven en analyseren van de procedurele ontwikkeling van de hiervoor genoemde vier materiële EVRM-rechten. De artikelen 5 en 7 EVRM zijn met name van belang voor het punitief bestuursrecht³⁷ en blijven om die reden verder buiten beschouwing in dit onderzoek.³⁸ Hoewel het voorgaande interessante vragen kan oproepen,³⁹ gaat dit het bestek van dit onderzoek te buiten. Evenmin zal, hoewel procedureel van aard, in dit onderzoek aandacht worden besteed aan het Zevende Protocol bij het EVRM. Dit Protocol is nog niet door Nederland geratificeerd.⁴⁰

³⁶ Zie nader onder par. 1.3 van dit hoofdstuk.

³⁷ Het punitief bestuursrecht komt op punten overeen met het strafrecht. Zie bijvoorbeeld de VAR-Preadviezen uit 2014 (Albers e.a. 2014).

³⁸ Artikel 5 EVRM ziet op de regeling van de persoonlijke vrijheid en veiligheid en stelt regels over (en tegen willekeurige) vrijheidsbeneming en ziet in beginsel op het strafrecht. Barkhuysen en Van Emmerik stellen echter dat de procedurele waarborgen zoals neergelegd in lid 2 tot en met 5 van artikel 5 EVRM een rol kunnen spelen bij vrijheidsberoving via de bestuurlijke weg (vreemdelingendetentie/bestuurlijke ophouding), zie Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 71-72, en ook Barkhuysen e.a. 2014, p. 36. In de desbetreffende leden van voornoemd artikel wordt achtereenvolgens gesproken van het recht om onverwijld op de hoogte te worden gesteld van de redenen van de arrestatie, het recht om onverwijld voor een rechter te worden geleid, het recht om bij de rechter om een voorziening te vragen teneinde een oordeel te krijgen over de (on)rechtmatigheid van de vrijheidsberoving (met als eventueel gevolg een invrijheidsstelling) en tot slot het recht op schadeloosstelling indien sprake is van strijd met artikel 5 EVRM. Meer recent: Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 101-102 over artikel 5 EVRM en daarnaast artikel 6 Handvest.

Het Hof heeft in zijn jurisprudentie bepaald dat artikel 5 EVRM ook de plicht omvat tot het houden van een effectief officieel onderzoek. Het gaat er dan om dat er onderzoek wordt gedaan naar de verdwijning van personen nadat zij gevangen zijn genomen (Mowbray 2002, p. 446 e.v.).

In artikel 7 EVRM is het *nullum crimen sine lege* beginsel gecodificeerd: geen straf zonder wet, het legaliteitsbeginsel.

³⁹ Dit type vragen ziet vooral op de relatie tussen het punitief bestuursrecht en het strafrecht. Zoals de intensiteit van de evenredigheidstoets van de opgelegde bestuurlijke boete, of de procedurele waarborgen die in het geval van een bestuurlijke boete (dienen te) gelden voor de betrokkene. Zie in dit verband opnieuw o.m. de bijdragen in de VAR-Preadviezen uit 2014 (Albers e.a. 2014) en zie ook: Van Emmerik & Saris 2015.

⁴⁰ Voor dit onderzoek zou eventueel artikel 1 van het Zevende Protocol mogelijk relevant kunnen zijn nu dit artikel ziet op procedurele waarborgen met betrekking tot de uitzetting van vreemdelingen. Artikel 2 tot en met 4 zijn in principe strafrechtelijk van aard, met onder

Verder zullen in deze studie de zaken onder artikel 2 en/of 3 EVRM waarin sprake is van een uitzetting (*expulsion*) van een asielzoeker worden meegenomen voor dit onderzoek. Dit type zaken behoort tenslotte tot het bijzonder bestuursrecht (vreemdelingenrecht). Hoewel de uitleveringszaken (*extradition*) onder artikel 2 en/of 3 EVRM vaak nauw verband houden met de *expulsion* zaken, blijven deze in dit onderzoek buiten beschouwing, vanwege hun strafrechtelijke aard. Andere strafrechtelijke of privaatrechtelijke onderwerpen vormen evenmin de kern van dit onderzoek. Indien dit type zaken toch procedureel relevant is en ook (deels) van belang voor het bestuursrecht, wordt hier wel zijdelings aandacht aan besteed.⁴¹ Ook wanneer uit deze zaken meer algemene procedureel interessante conclusies kunnen worden afgeleid, komen die indirect aan de orde in deze studie. Noemenswaardig in dit kader tot slot is het overheidsaansprakelijkheidsrecht, dat onder omstandigheden ook relevant kan zijn voor het bestuursrecht. De start van een civiele procedure (onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW) tegen een overheidsorgaan in combinatie met een beroep op het recht op leven (artikel 2 EVRM) kan voor deze studie van betekenis zijn. Namelijk voor zover het gaat om de procedurele positieve verplichting die op de nationale autoriteiten rust om na de (fatale) gebeurtenis een onderzoek te starten naar de toedracht. Anders is dit voor de materiële positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM (of de artikelen 3 en 8 van het EVRM en artikel 1 EP EVRM).⁴² Hierbij kan het gaan om het treffen van concrete (preventieve) maatregelen om het recht op leven te beschermen. Hoewel zeer interessant, valt deze materie buiten het bereik van dit promotieonderzoek.⁴³

Tot slot blijft het Europese Unie-recht, en dan met name het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, in deze studie buiten beschouwing. De laatste jaren is de invloed van het Handvest op de nationale praktijk van de Lidstaten enorm toegenomen.⁴⁴ Ten tijde van de start van dit onderzoek

meer het *ne bis in idem*-beginsel. In de Awb vinden we dit beginsel echter ook terug in artikel 5:44 Awb, waarin het verboden is om een bestuurlijke boete op te leggen als voor dezelfde gedraging een strafrechtelijke vervolging is ingesteld. Hier zien we de verhouding tussen strafrechtelijke sancties en bestuurlijke boetes. Een in beginsel strafrechtelijke bepaling in het Zevende Protocol kan daarmee in sommige gevallen toch van belang worden voor het punitief bestuursrecht (via artikel 5:44 Awb). Artikel 5 tot slot ziet op de gelijke rechten en verantwoordelijkheden van echtgenoten en de daarop volgende artikelen zien meer op procedure eisen betreffende ondertekening en bekrachtiging van het Protocol en de verhouding tot het Verdrag.

41 Bijvoorbeeld summier het medisch tuchtrecht.

42 Zie hierover wel beknopt: hoofdstuk 4, paragraaf 4.2.2, en ook voor de overige artikelen geldt dat in de hoofdstukken van deel I kort wordt ingegaan op de materiële positieve verplichtingen (hoofdstuk 5 tot en met 7).

43 Zie in dit kader het lopende Utrechtse promotieonderzoek over de doorwerking van positieve EVRM-verplichtingen op het civielrechtelijke en strafrechtelijke (materiële) aansprakelijkheidsrecht van E.C. (Ellen) Gijselaar. Zie ook: Gijselaar & De Jong 2016.

44 Zie o.m. voor de Nederlandse praktijk: Barkhuysen & Van Emmerik 2017; Barkhuysen & Bos 2014; Van Harten & Grootelaar 2014.

– begin 2011 – was dit nog niet in die mate het geval.⁴⁵ Dit is de reden dat het EU-recht niet uitgebreid aan bod komt in deze studie. Daarnaast is het in kaart brengen van de procedurele waarborgen onder de genoemde materiële EVRM-rechten in zichzelf al omvangrijk. Bovendien zijn de rechten uit het Handvest geïnspireerd op het EVRM en de invulling die het EHRM aan het Verdrag heeft gegeven, en deze uitleg speelt ook binnen het Handvest een grote rol.

Nu de afbakening van dit onderzoek duidelijk is, kan kort worden stilgestaan bij de in dit onderzoek gebruikte terminologie en definitiebepaling.

Om te beginnen worden de termen ‘procedurele eisen’, ‘procedurele verplichtingen’ en ‘procedurele waarborgen’ als inwisselbaar beschouwd. Deze termen zullen afwisselend worden gebruikt in deze studie.

Verder staan in deze studie de algemene procesrechtelijke eisen en de procedurele waarborgen die van belang kunnen zijn voor de individuele rechtsbescherming centraal. Zeker in de gevallen waarin het gaat om mensenrechten is rechtsbescherming essentieel. In de kern gaat het bij de individuele rechtsbescherming in het bestuursrecht om het bieden van rechtsbescherming tegen de overheid, en daarmee het bieden van toegang tot de rechter.⁴⁶ In dit onderzoek blijft de betekenis van rechtsbescherming echter niet beperkt tot de fase voor de rechter, maar strekt deze zich ook uit tot de daaraan voorafgaande fase. In bestuursrechtelijke termen: de verlengde besluitvormingsprocedure of bestuurlijke voorprocedure.⁴⁷ Ook de eisen die voorafgaand aan het te nemen besluit door de nationale actoren in acht moeten worden genomen maken deel uit van dit onderzoek.

Bij de algemene procesrechtelijke eisen gaat het bijvoorbeeld om hoe het besluit tot stand komt en de daarbij geldende beslistermijnen.⁴⁸ Voor een groot deel bestaat hier overlap met de procedurele zorgvuldigheidseisen die van belang zijn voor de individuele rechtsbescherming. Daarbij kan het onder andere gaan om (niet uitputtend) het horen van betrokkenen, het motiveren van het besluit en een toegankelijke nationale procedure.⁴⁹ Zo is de hoorplicht tenslotte tevens een algemene procedurele rechtsnorm binnen het bestuursprocesrecht.⁵⁰ Procedurele zorgvuldigheidseisen gelden echter ook buiten de context van de Awb en omvatten ook ongeschreven (rechts)beginselen. De keuze voor de algemene procesrechtelijke en procedurele zorgvuldigheidseisen heeft tot gevolg dat andersoortige procedurele eisen buiten het bereik van dit onderzoek vallen. Zo wordt niet ingegaan op de eisen die het EHRM in het

45 Het Handvest is in werking getreden op 1 december 2009.

46 Zie Barkhuysen e.a. 2014b, p. 193 e.v.; Schreuder-Vlasblom 2013.

47 Opnieuw: Barkhuysen e.a. 2014b; Schreuder-Vlasblom 2013.

48 Zie Barkhuysen e.a. 2014b, p. 117-142.

49 Met name hoofdstuk 3, 7 en 8 van de Awb.

50 Barkhuysen e.a. 2014b, p. 117 e.v.

kader van bijvoorbeeld de inzet van geheime strafrechtelijke bevoegdheden onder artikel 8 EVRM heeft geformuleerd. Dit soort eisen wordt in de EHRM-jurisprudentie vaak in het kader van het vereiste 'bij wet voorzien' genoemd. In de wet wordt de bevoegdheid gereguleerd.⁵¹ Hierbij moet dan worden gedacht aan een begrenzing van de tijd (periode) dat een telefoon wordt afgeluisterd, de procedure die wordt gevolgd bij de beoordeling van het verkregen (bewijs)materiaal, het gebruik en de opslag van het verkregen (bewijs)materiaal en tot slot de voorzorgsmaatregelen die moeten worden genomen wanneer de gegevens met andere partijen worden uitgewisseld.⁵² Dit type eisen is sterk afhankelijk van het type bevoegdheid en het soort zaak waarin de bevoegdheid wordt ingezet. In huiszoekingen in sociale zekerheidszaken onder artikel 8 EVRM gelden bijvoorbeeld weer andere wettelijke regels/voorschriften waaraan de ambtenaar zich dient te houden, dan in het vorige voorbeeld waarbij telefoons worden afgetapt of computers worden uitgelezen. De algemene procesrechtelijke eisen en procedurele zorgvuldigheidseisen gelden in beginsel in elk type (bestuursrechtelijke) zaak. Wel wordt ook de toepassing van deze laatste categorie eisen, zoals eerder opgemerkt in dit hoofdstuk, gekleurd door de omstandigheden van het geval. Over de exacte kwalificatie van de verschillende procedurele eisen/regels kan discussie ontstaan, nu de grens soms wat diffuus is.

Uit de aard van de algemene procesrechtelijke eisen en de procedurele zorgvuldigheidseisen volgt tot slot dat de nadruk van dit onderzoek zal liggen op de verplichtingen die gelden voor de nationale uitvoerende organen en/of de rechter. En dus niet, of slechts sporadisch, op de verplichtingen voor de wetgever. Vanzelfsprekend rust er in de meeste gevallen uiteindelijk ook op de wetgevende autoriteit de plicht om eisen als het horen van betrokkene of het tijdig nemen van besluiten vast te leggen in de wet of om aan het bestuur in de wet eventueel (beslissings/beoordelings)ruimte toe te kennen. Zo kan dan worden gedifferentieerd al naar gelang de omstandigheden van het geval en de belangen die op het spel staan. Bij de eisen die het Hof onder omstandigheden stelt aan een zorgvuldige belangenafweging in het nationale parlement

51 De voorafgaande (rechterlijke) toestemming of de toetsing achteraf door de rechter of een andere nationale autoriteit in dit soort zaken is wel weer te kwalificeren als een procedureel vereiste met betekenis voor de individuele rechtsbescherming. Echter, vanwege de strafrechtelijke bevoegdheden waar het hier om gaat, komt dit slechts beknopt aan de orde in deze studie (zie hoofdstuk 6, paragraaf 6.3.6.).

52 Helder uiteengezet door het Hof in de zaak Weber en Saravia: EHRM 29 juni 2006, EHRM 2007, 13, m.nt. Loof, par. 94-95, (ontv.besl.) (*Weber en Saravia t. Duitsland*). Vgl. ook Veegens 2012, p. 208. Zie van latere datum: EHRM 4 december 2015, EHRM 2016, 87, m.nt. M. Hagens (Grote Kamer) (*Roman Zakharov t. Rusland*) (telefoontaps, ontbreken van procedurele waarborgen tegen misbruik en willekeur, zowel ten aanzien van onder meer de opslag, gebruik en vernietiging van de verkregen data als de afwezige notificatieplicht en beperkte inzageprocedure als gevolg waarvan het rechtsmiddel fictief is geworden, deze laatste procedurele tekortkomingen zijn overigen wel voorwerp van deze studie).

bij het aannemen van nieuwe wetgeving wordt in dit onderzoek echter niet stilgestaan.⁵³

1.4 PLAN VAN AANPAK

Dit onderzoek is als volgt opgebouwd. Gestart wordt met hoofdstuk 2 dat dient als opmaat voor deel I van dit onderzoek. In dit hoofdstuk zal kort in worden gegaan op de standaard procedurele rechten zoals neergelegd in de artikelen 6 en 13 van het EVRM of zijn ontwikkeld in de Straatsburgse jurisprudentie. Dit hoofdstuk beoogt een beeld te schetsen van wat er zoal aan procedurele rechten bestaat in de artikelen 6 en 13 van het EVRM. Vervolgens kan in de daarop volgende hoofdstukken worden gekeken of dit type procedurele eisen overeenkomsten vertoont met de aanvullende eisen die het Hof onder materiële EVRM-bepalingen heeft ingelezen of dat er juist verschillen bestaan. Ook wordt gezien of deze aanvullende procedurele eisen van mogelijke toegevoegde waarde zijn ten opzichte van de procedurele eisen van de artikelen 6 en 13 EVRM.

Daarna volgt deel I waarin de procedurele waarborgen ingelezen in de vier materiële EVRM-bepalingen centraal staan. Ten eerste komt in hoofdstuk 3 de aanleiding en de opbouw van deel I aan bod. Ten tweede komen in hoofdstuk 4 de procedurele eisen aan bod onder artikel 2 EVRM, waarna in hoofdstuk 5 de in artikel 3 EVRM ingelezen procedurele eisen in kaart worden gebracht. Ten derde komen in de hoofdstukken 6 en 7 achtereenvolgens de procedurele waarborgen als onderdeel van artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM aan de orde. Qua opbouw vertonen deze hoofdstukken veel overeenkomsten. Zo wordt in elk hoofdstuk eerst kort de achtergrond van het materiële recht geschetst, gevolgd door een uiteenzetting van de materiële positieve verplichtingen onder het betreffende EVRM-recht. Voor alle vier de hoofdstukken geldt dat de bespreking van de procedurele eisen onder het materiële EVRM-recht het hart van de hoofdstukken vormt. In alle vier de hoofdstukken wordt bovendien gekeken of – vertaald naar de nationale procedure – de procedurele eisen zich met name tot het bestuur en/of de rechterlijke autoriteit van de Staat richten. Daarnaast zal in deze hoofdstukken in worden gegaan op de potentiële toegevoegde waarde van dit type eisen ten opzichte van de procedurele eisen van de artikelen 6 en 13 EVRM. Voor deze hoofdstukken geldt verder dat deze een descriptief karakter hebben. Anders is dit voor het concluderende sluitstuk van deel I, hoofdstuk 8, waarin de bevindingen van de voorgaande hoofdstuk-

53 Hiervan was sprake in de Grote Kamer uitspraak van het Hof in de zaak *Hirst* (EHRM 6 oktober 2005, *EHRC* 2005, 115, m.nt. Broeksteeg, *NJCM-bull.* 2005, p. 234, m.nt. Sackers (Grote Kamer) (*Hirst t. Verenigd Koninkrijk*)), waarin in het parlement niet zorgvuldig was gedebatteerd over de uitsluiting van het kiesrecht voor gedetineerden, zie ook de Nijmeegse oratie van Gerards: Gerards 2011b, p.21 en de verwijzingen onder voetnootnr. 131.

ken worden geanalyseerd aan de hand van de volgende drie vragen. Allereerst de vraag waarom het EHRM de procedurele eisen aan een materieel EVRM-recht ontleent en niet aan artikel 6 en/of 13 EVRM. Kan deze procedurele tendens worden verklaard aan de hand van de EHRM-jurisprudentie? Ten tweede volgt de beantwoording van de vraag of het verschil tussen absolute rechten (artikelen 2⁵⁴ en 3 EVRM) en relatieve rechten (artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM) van invloed is op de procedurele verplichtingen. Wellicht dat er strengere procedurele eisen worden gesteld op het moment dat het gaat om een recht dat niet beperkt mag worden. Verder wordt de vraag beantwoord of het specifieke materiële recht van invloed is op de procedurele verplichtingen. Gelden er misschien onder het recht op leven andere (strikttere) eisen dan onder het eigendomsrecht? Of geven de omstandigheden van het geval (eerder) de doorslag? Tot slot de derde vraag: zijn er andere, meer algemene factoren van invloed op de procedurele verplichtingen onder de materiële EVRM-rechten? Zo ja, bieden deze factoren houvast voor zowel Staat als klager bij het naleven/inroepen van materiële EVRM-bepalingen?

In deel II gaat het vervolgens om de toetsingspraktijk van het Hof onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM. Anders dan in deel I van deze studie gaat het nu niet om wat het EHRM van de Staten verlangt op procedureel vlak, maar om de wijze waarop het Hof *zelf* een vermeende schending van het EVRM beoordeelt. Hoe is de beoordeling van het Hof het beste te typeren? Blijft de beoordeling van het Hof beperkt tot een procedurele toets van de nationale gang van zaken? Of hanteren de Straatsburgse rechters in sommige gevallen een proactieve werkwijze, en zo ja, in welk type zaken en wat is kenmerkend voor deze procedurele gang van zaken? De opbouw van dit tweede deel is als volgt. In hoofdstuk 9 wordt de aanleiding en de opbouw van deel II geschetst. In hoofdstuk 10 wordt ingegaan op de context van het EHRM, gevolgd door de procedure voor het Straatsburgse Hof. Daarna komt de feitenvaststellingspraktijk onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM aan bod. In hoofdstuk 11 staan de bewijsregels die het Hof toepast onder deze artikelen centraal, en in hoofdstuk 12 volgen de conclusies van deel II. Net als in deel I van deze studie worden de bevindingen afgezet tegen de procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM.⁵⁵ Bij deel II gaat het om de mogelijke toegevoegde waarde van de indirecte procedurele implicaties ten opzichte van de procedurele eisen van de artikelen 6 en 13 EVRM. Deze implicaties volgen uit de toetsingswijze van het Hof. Deze toetsingswijze omvat de

54 Voor zover het de negatieve onthoudingsverplichting van artikel 2 EVRM betreft, is het recht op leven eerder relatief. Immers, op grond van artikel 15, tweede lid van het EVRM zijn uitzonderingen op de negatieve verplichting om niet te doden onder omstandigheden toelaatbaar. Ook in het tweede lid van artikel 2 EVRM is te lezen dat de beroving van het leven niet in strijd is met dit artikel indien het gebruik van het geweld absoluut noodzakelijk is gebleken. Op het absolute karakter van artikel 2 EVRM valt dus wel wat af te dingen. Zie ook hoofdstuk 4, paragraaf 4.2.1.

55 Zie ook de derde onderzoeksvraag, paragraaf 1.2.

feitenvaststelling en de omgang met het bewijs en de bewijsregels door het EHRM. Het gaat dus om de vraag of de eisen die het Hof onder de materiële EVRM-rechten indirect – via zijn eigen handelwijze – aan de nationale autoriteiten (rechter en bestuur) stelt, (op punten) overeenkomen met de eisen die voor hen voortvloeien uit de artikelen 6 en 13 EVRM.

Afgesloten wordt met deel III, de afronding, met daarin de samenvattende slotbeschouwing. Als eerder opgemerkt, worden in dit laatste hoofdstuk alle drie de onderzoeksvragen samenvattend beantwoord, waarbij de tendens dat materiële EVRM-rechten een aanvullende procedurele betekenis krijgen ook samenvattend wordt geanalyseerd.⁵⁶ Tot slot komen de voor- en nadelen van de procedurele tendens aan bod, waarbij ook wordt gerefereerd aan de eerder in deel I en deel II weergegeven standpunten uit de doctrine.

⁵⁶ Hoofdstuk 8 levert hiervoor de input.

2 | Opmaat: de procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM

2.1 INLEIDING

Het doel van dit opmaat-hoofdstuk is om een beeld te schetsen van de procedurele eisen die we op basis van het EVRM al hebben onder artikel 6 en 13 EVRM. Vervolgens kan dan in deel I van dit onderzoek worden gekeken of in de EHRM-jurisprudentie nog meer procedurele eisen te vinden zijn waarmee de nationale autoriteiten rekening dienen te houden wanneer zij een vermeende schending van artikel 2, 3 en 8 EVRM of artikel 1 EP EVRM beoordelen. Daarbij zal ook worden gekeken hoe deze eisen zich verhouden tot de procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM, en of deze mogelijk van toegevoegde waarde zijn. Ook zal worden onderzocht of er overeenkomsten bestaan tussen de procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM enerzijds en de procedurele eisen als onderdeel van de materiële Verdragsbepaling anderzijds. Of verschillen de procedurele eisen juist al naar gelang het materiële recht dat op het spel staat, en is dit misschien minder het geval bij de procedurele eisen als het recht op een eerlijk proces (6 EVRM) en het recht op een effectief rechtsmiddel (13 EVRM)?¹

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. In de eerste plaats komt artikel 6 EVRM aan bod (paragraaf 2.2). In deze deelparagraaf wordt ingegaan op de begrippen *criminal charge* en *civil rights and obligations*. Gevolgd door de procedurele eisen van artikel 6 EVRM zoals deze te lezen zijn in de EVRM-tekst van het betreffende artikel en zoals ontwikkeld in de jurisprudentie. Tot slot volgen de andere kenmerken van artikel 6 EVRM. In de tweede plaats komt artikel 13 EVRM aan bod. Hierbij wordt ingegaan op een aantal belangrijke aspecten, zoals de verdedigbaarheid van de inhoudelijke klacht als voorwaarde om met succes een beroep op dit artikel te kunnen doen. Daarnaast komt de verdere invulling van dit accessoire recht in de EHRM-jurisprudentie aan bod (paragraaf 2.3). In het licht van het doel om achtergrondinformatie te verschaffen blijft het bij een korte schets van de verschillende onderdelen van deze artikelen waarbij uitgebreide illustraties achterwege blijven. Afgesloten wordt met de conclusie (paragraaf 2.4).

1 Een nadere analyse waar onder meer deze vragen aan de orde komen, is te vinden in hoofdstuk 8.

2.2 ARTIKEL 6 EVRM

Artikel 6 EVRM omvat het recht op een eerlijk proces en het recht op toegang tot de rechter.²

Voor de laatste eis geldt dat deze niet met zoveel woorden terug te vinden is in de tekst van artikel 6 EVRM, maar op grond van vaste Straatsburgse jurisprudentie inmiddels is verworpen tot onderdeel van artikel 6 EVRM.³ Daarnaast is het recht op een eerlijk proces, zoals ook verderop te lezen zal zijn, opgebouwd uit verschillende procedurele eisen. De tekst van het eerste lid van artikel 6 EVRM luidt als volgt:

‘Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. De uitspraak moet in het openbaar worden gewezen maar de toegang tot de rechtszaal kan aan de pers en het publiek worden ontzegd, gedurende de gehele terechtzitting of een deel daarvan (...)’.

In deze paragraaf volgt allereerst een beknopte weergave van de in artikel 6 EVRM gebruikte termen *criminal charge* (‘strafvervolging’) en *civil rights and obligations* (‘burgerlijke rechten en verplichtingen’) (paragraaf 2.2.1). Vervolgens komen de terreinen aan bod waarop artikel 6 EVRM niet van toepassing is (paragraaf 2.2.1.1). Daarna volgt een uiteenzetting van de procedurele eisen onder artikel 6 EVRM (paragraaf 2.2.2). Hiertoe volgt in de eerste plaats een opsomming van de procedurele eisen zoals we die letterlijk lezen in artikel 6, eerste lid van het EVRM (paragraaf 2.2.2.1). Vervolgens komt het recht op een eerlijk proces aan bod (diverse procedurele eisen inclusief) en het recht op toegang tot de rechter (respectievelijk paragraaf 2.2.2.2 en paragraaf 2.2.2.3). De procedurele eisen van het eerste lid van artikel 6 EVRM zien zowel op een niet-strafrechtelijke procedure als op een strafrechtelijke procedure. Daarna

2 De invulling van wat een *eerlijk proces* is, is echter open en wordt doorgaans in één adem genoemd met het recht op *toegang tot de rechter* wanneer wordt gesproken over de betekenis/kern van artikel 6 EVRM, zie: Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2009. Zie voor een onderzoek naar de vraag of het recht op een eerlijk proces in de Nederlandse Grondwet moet worden opgenomen de dissertatie van Bas Leeuw (Leeuw 2013). De begrippen democratie en een eerlijk proces krijgen een prominentere plek in de Grondwet. Zie het volgende nieuwsbericht d.d. 1 juli 2016: <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2016/07/01/democratie-en-eerlijk-proces-krijgen-prominentere-plek-in-grondwet>. De Rijksministerraad heeft deze Grondwetswijzigingen naar de Tweede Kamer gestuurd. ‘Vóór artikel 1 zal komen te staan: ‘De Grondwet waarborgt de democratie, de rechtsstaat en de grondrechten.’ Aan artikel 117 Grondwet wordt de volgende zin toegevoegd: ‘Ieder heeft bij het vaststellen van zijn rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn van een onafhankelijke en onpartijdige rechter.’

3 White & Ovey 2014, p. 257-262.

volgt in de tweede plaats een beknopte weergave van de tekstuele procedurele eisen van artikel 6, tweede en derde lid EVRM en die het EHRM heeft ontwikkeld onder voornoemde leden in zijn jurisprudentie (paragraaf 2.2.2.4). De weergave van de procedurele eisen onder de leden 2 en 3 van artikel 6 EVRM is beknopt, nu deze eisen strafrechtelijk van aard zijn en de focus in dit onderzoek op het bestuurs(proces)recht ligt.⁴ In de daaropvolgende paragraaf komt de toepassing van artikel 6 EVRM in de bestuurlijke voorfase aan bod (paragraaf 2.2.3).

2.2.1 *Criminal charge of civil rights and obligations*

Criminal charge

Bij een *criminal charge* gaat het om een strafvervolgning. Aan het begrip *criminal charge* komt een autonome betekenis toe.⁵ Dit betekent dat de uitleg dus losstaat van nationale interpretaties. Zo wordt voorkomen dat een Staat zich onttrekt aan de procedurele waarborgen die op grond van artikel 6 EVRM gelden door een sanctie of maatregel als bestuursrechtelijk te kwalificeren.⁶ Wanneer namelijk sprake is van een *criminal charge* gelden doorgaans⁷ ook – naast de procedurele waarborgen zoals genoemd in het eerste lid van voornoemd artikel – de procedurele waarborgen uit het tweede (onschuldpresumptie) en derde lid (onder meer recht op adequate verdediging).⁸

Om vast te stellen of sprake is van een *criminal charge* hanteert het Hof de criteria die het heeft ontwikkeld in de zaak *Engel e.a.* tegen Nederland.⁹ Dit zijn de volgende: (i) classificatie naar nationaal recht, (ii) aard van de

4 De procedurele waarborgen in lid 2 en 3 van artikel 6 EVRM zijn wel van betekenis voor het punitief bestuursrecht. Dit valt, hoe interessant ook, echter buiten het bereik van dit onderzoek (zie hoofdstuk 1).

5 Zie o.m. Harris e.a. 2014, p. 373; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 44; EHRM 17 december 1996, zaaknr. 19187/91, par. 67 (Grote Kamer) (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*). Eerdere jurisprudentie waar het EHRM m.b.t. 'the autonomous meaning' van het concept *criminal charge* naar verwijst: EHRM 25 februari 1993, zaaknr. 10828/84, par. 44 (*Funke t. Frankrijk*). Zie over artikel 6 EVRM ook: Lemmens 2013, p. 294 e.v.

6 Vgl. Vande Lanotte & Haecq (red.) 2004a, p. 412; Van Dijk e.a. 2006, p. 543 en Barkhuysen e.a. 2009, p. 28-29. Zie over de evenredigheid van de bestuurlijke boete het VAR-preadvies van Van Emmerik & Saris 2014.

7 In EHRM 23 november 2006, AB 2007, 51, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Jussila t. Finland*) is bepaald dat, hoewel lichte bestuurlijke boetes binnen de reikwijdte van het begrip *criminal charge* vallen, niet alle procedurele waarborgen (bijvoorbeeld de hoorplicht) altijd moeten worden toegepast. Vgl.: Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 44. Vgl. ook recenter (voortzetting *Jussila*-lijn): EHRM 27 maart 2012, EHRC 2012, 160, m.nt. De Bree (*Berdajs t. Slovenië*) (o.m. eerlijk proces, summiere procedure bij veroordeling voor niet-ernstige feiten, geen mondelinge en openbare zitting).

8 Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 44.

9 EHRM 8 juni 1976, zaaknr. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72 (*Engel e.a. t. Nederland*).

overtreding en (iii) aard en zwaarte van de sanctie.¹⁰ Een toetsing aan het tweede en derde criterium kan achterwege blijven op het moment dat de norm naar nationaal recht als strafrechtelijk wordt gekwalificeerd.¹¹ Wanneer onduidelijkheid bestaat over de aard van de maatregel en in het nationale recht de maatregel als disciplinair of administratief is bestempeld, volgt een toetsing aan het tweede en/of het derde criterium. Het Hof hanteert een cumulatieve toets wanneer twijfel bestaat bij de afzonderlijke invulling van de criteria.¹² Tegelijkertijd kan het Hof de criteria ook alternatief toepassen, waarbij dan slechts aan een of twee van de voorwaarden wordt getoetst.¹³ De omstandigheden van het specifieke geval lijken bij de wijze van toetsing richtinggevend.¹⁴ Ten aanzien van de cumulatieve dan wel alternatieve toetsing aan voornoemde criteria ontbreekt in de jurisprudentie van het Hof om die reden een duidelijke lijn.¹⁵

Met betrekking tot het begrip *charge* is de zaak *Foti e.a.* van belang.¹⁶ Voor het bepalen van de aanvang van de redelijke termijn dient het moment te worden vastgesteld vanaf wanneer sprake is van een *charge*. In *Foti e.a.* overwoog het Hof dat dit dan bijvoorbeeld het moment van arrestatie kan zijn, of de dag waarop de betrokkene officieel op de hoogte is gesteld van zijn vervolging, of de dag waarop de voorbereidende onderzoeken zijn gestart, en dus niet pas vanaf de fase voor de rechter.¹⁷ Van een aanklacht/beschuldiging is sprake vanaf het moment dat de bevoegde autoriteit een officiële mededeling doet, inhoudende de verdenking van een strafbaar feit. Dit is de meer algemene definitie. In sommige gevallen kan ook sprake zijn van een *charge* als de nationale autoriteit een andere maatregel neemt die een dergelijke

10 EHRM 8 juni 1976, zaaknrs. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, par. 82 (*Engel e.a. t. Nederland*).

11 Vande Lanotte & Haeck (red.) 2004a, p. 410.

12 Vande Lanotte & Haeck (red.) 2004a, p. 412; Van Dijk e.a. 2006, p. 548. EHRM 24 september 1997, *Reports* 1997 (*Garyfallou AEBE t. Griekenland*); EHRM 2 september 1998, zaaknr. 26138/95, par. 57 (*Lauko t. Slowakije*) waarin het Hof refereert aan de zaken *Bendenoun* tegen Frankrijk (EHRM 24 februari 1994, zaaknr. 12547/86, par. 47 (*Bendenoun t. Frankrijk*) en *Garyfallou AEBE* tegen Griekenland. En de zaak *Hozee* tegen Nederland waar het Hof de voorwaarden ook cumulatief toetst. EHRM 22 mei 1998, zaaknr. 21961/93 (*Hozee t. Nederland*).

13 Harris e.a. 2014, p. 373-378; Vande Lanotte & Haeck (red.) 2004a, p. 412. EHRM 21 februari 1984, zaaknr. 8544/79, par. 54 (*Öztürk t. Duitsland*); EHRM 22 februari 1996, zaaknr. 18892/91, par. 31 (*Putz t. Oostenrijk*), zie ook: Kuijer 2004, p. 126.

14 Harris e.a. 2014, p. 373-378.

15 Vgl. Vande Lanotte & Haeck (red.) 2004a, p. 412; Harris e.a. 2009, p. 205 e.v.; Van Dijk e.a. 2006, p. 543 e.v. en Viering 1994, p. 148-185.

16 EHRM 10 december 1982, zaaknrs. 7604/76; 7719/76; 7781/77; 7913/77 (*Foti e.a. t. Italië*).

17 EHRM 10 december 1982, zaaknrs. 7604/76; 7719/76; 7781/77; 7913/77, par. 52 (*Foti e.a. t. Italië*).

beschuldiging impliceert en materiële effecten heeft voor de positie van betrokkene.¹⁸

Civil rights and obligations

Het Hof heeft ook aan het concept *civil rights and obligations* een autonome betekenis toegekend.¹⁹ Gelet op de procedurele focus van deze studie voert het te ver om uitgebreid in te gaan op de vaststelling van de inhoudelijke *scope* van de civiele 6 EVRM- rechten en verplichtingen. Daarom wordt volstaan met een korte weergave.

*Civil rights*²⁰

Met de Engel-criteria vergelijkbare standaarden, zoals ontwikkeld in het kader van de invulling van de *criminal charge*, ontbreken bij de invulling van het begrip *civil*.²¹ In de jurisprudentie van het Hof is het lastig gebleken om een consistente lijn te ontdekken aan de hand waarvan het Hof vaststelt of sprake is van een *civil right* in de zin van artikel 6 EVRM.²² De toekenning van een eventuele civielrechtelijke kwalificatie is heel zaaksgebonden. Om van een *right* in de zin van artikel 6 EVRM te kunnen spreken moet het recht in de Verdragsstaat als zodanig erkend zijn.²³

De rechten en verplichtingen van private personen onderling kunnen worden gekwalificeerd als *civil rights and obligations*.²⁴ Denk hierbij aan het contractenrecht, het erfrecht, het familierecht, het arbeidsrecht, het verzekeringsrecht etc.²⁵ Een belangrijk kenmerk van het element *civil* is de geldelijke of economische aard van het recht. Doorgaans wordt bij een recht dat financiële gevolgen heeft voor de betrokkene er vanuit gegaan dat deze valt binnen de reikwijdte van het begrip *civil*.²⁶

Van een *civil right* (opsomming niet limitatief)²⁷ is ook sprake in het geval er nadeelcompensatie of schadevergoeding wordt toegekend voor een (on)-

18 EHRM 10 december 1982, zaaknrs. 7604/76; 7719/76; 7781/77; 7913/77, par. 52 (*Foti e.a. t. Italië*).

19 Vgl. Viering 1994, p. 51; Vande Lanotte & Haeck (red.) 2004a, p. 387; Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 131; Harris e.a. 2014, p. 379-380; EHRM 28 juni 1978, zaaknr. 6232/73, par. 88 (*König t. Duitsland*).

20 In Van Dijk e.a. 2006, p. 519 wordt opgemerkt dat de vaststelling van de *obligation(s)* in de jurisprudentie van het Hof doorgaans geen problemen oplevert, daarom beperk ik mij tot een bespreking van het concept *rights*.

21 White & Ovey 2014, p. 252.

22 Van Dijk e.a. 2006, p. 521; Harris e.a. 2014, p. 391.

23 EHRM 21 februari 1986, zaaknr. 8793/79, par. 81 (*James t. Verenigd Koninkrijk*).

24 Harris e.a. 2014, p. 378 e.v.

25 Harris e.a. 2014, p. 380.

26 Harris e.a. 2014, p. 381 en White & Ovey 2014, p. 251-257.

27 Voor een meer uitgebreid overzicht: Van Dijk e.a. 2006, p. 525-528; Harris e.a. 2014, p. 378-398 en White & Ovey 2014, p. 251-257.

rechtmatige overheidsdaad.²⁸ Het EHRM heeft van steeds meer geschillen bepaald dat deze van invloed zijn op de civiele rechten van betrokkenen, hoewel in dit type zaken de Staat ook vaak partij is. Zo is artikel 6 EVRM ook van toepassing, onder de *civil*-poot, in de gevallen dat het gaat om een geschil inzake de verlening van een bouw-en milieuvergunning,²⁹ of wanneer het gaat om eigendomsrechten en de Staat het eigendom ontnemt, reguleert of anderszins het genotsrecht aantast,³⁰ en daarnaast in sociale zekerheids- en bijstandzaken,³¹ en wanneer sprake is van een vergunning om een commerciële activiteit te ontplooiën.³² Bovendien kunnen onder omstandigheden ook de niet-geldelijke rechten als *civil* worden aangemerkt.³³ Hierbij kan gedacht worden aan het beperken van het contact van gevangenen met familie, het plaatsen van een minderjarig kind onder toezicht, het recht op leven, vrijheid van meningsuiting, het recht op bescherming van de reputatie, etc.³⁴

Determination

Voor de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM is verder van belang dat het gaat om een *vaststelling* van het betreffende recht.³⁵ De uitleg van de term *determination* is ruim, en daarnaast dynamisch. Dynamisch in de zin van wat wel en niet als een civiel recht of civiele verplichting wordt aangemerkt door het Hof.³⁶ Voorts hoeft het doel van de procedure niet (noodzakelijkerwijs) te zien op de vaststelling van een *civil right*. Een relatie tussen de procedure en de vaststelling van voornoemd recht volstaat doorgaans. Uit *Ringeisen*³⁷ volgt dat de mate waarin de procedure beslissend ('decisive')³⁸ kan zijn voor de vaststelling van het civiele recht volstaat. Het Hof verklaarde artikel 6 EVRM

28 Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 130; Van Dijk e.a. 2006, p. 525 e.v. en Harris e.a. 2014, p. 382-383.

29 Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 130.

30 Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 130 en Harris e.a. 2014, p. 381.

31 Harris e.a. 2014, p. 383. Verwezen wordt naar de zaken *Feldbrugge* (EHRM 27 juli 1987, zaaknr. 8562/79 (Grote Kamer) (*Feldbrugge t. Nederland*) en *Deumeland* (EHRM 29 mei 1986, zaaknr. 9384/81 (Grote Kamer) (*Deumeland t. Duitsland*) waarin het Hof bepaalde dat het privaatrechtelijke deel van de sociale zekerheidsrechten zwaarder weegt dan het publiekrechtelijke deel. In *White & Ovey* wordt een kanttekening geplaatst bij de diffuse grens tussen de uitsluiting van artikel 6 EVRM op belastinggeschillen tegenover de toepassing van 6 EVRM op sociale zekerheidszaken. *White & Ovey* 2014, p. 256-257.

32 Harris e.a. 2014, p. 381-382.

33 Harris e.a. 2014, p. 380.

34 Harris e.a. 2014, p. 383-384.

35 Harris e.a. wijzen op de (nauwe) relatie tussen *civil* en *determination*: Harris e.a. 2014, p. 387-388.

36 Harris e.a. 2014, p. 387. Harris e.a. zijn kritisch ten aanzien van de in hun ogen soms wat kunstmatige benadering van het Hof teneinde de kwalificatie *civil* toe te kennen en het onderscheid tussen civiele en publiekrechtelijke aangelegenheden: Harris e.a. 2014, p. 388.

37 EHRM 16 juli 1971, zaaknr. 2614/65 (*Ringeisen t. Oostenrijk*).

38 Zie par. 94 in de *Ringeisen* zaak.

van toepassing in deze zaak.³⁹ Tot slot: de *determination* wordt soms strikter (*directly decisive*)⁴⁰ en dan weer flexibeler (*affect*⁴¹/*relate to*)⁴² geïnterpreteerd door het EHRM.

Dispute

Ook het begrip *dispute* is van belang voor de toepassing van artikel 6. Aan het begrip *dispute* wordt door het Hof een materiële invulling gegeven.⁴³ Uit de Straatsburgse jurisprudentie volgt dat de *dispute* 'genuine and serious' moet zijn.⁴⁴ Het Hof stelt daarnaast als eis dat het recht van klager daadwerkelijk op het spel moet staan.⁴⁵ Bovendien stelt het Hof als eis bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een *dispute* dat het moet gaan om een juridisch geschil.⁴⁶ Het instellen van een claim die ziet op de vergoeding van de (vermeende) geleden schade is geen vereiste om aan de kwalificatie *dispute* te kunnen voldoen:⁴⁷ een verzoek om een declaratoir oordeel volstaat

39 EHRM 16 juli 1971, zaaknr. 2614/65, par. 94 (*Ringeisen t. Oostenrijk*). In casu ging het om de verkoop van een stuk land van het echtpaar Roth aan klager Ringeisen waar een bestuursrechtelijk gerecht geen goedkeuring verleende nu het land voor niet-agrarische doeleinden zou worden gebruikt. Het EHRM overwoog dat hoewel het hier gaat om een toepassing van bestuursrechtelijke regels de beslissing toch bepalend is voor de onderlinge civiele verhoudingen tussen Ringeisen enerzijds en het echtpaar Roth anderzijds.

40 EHRM 23 juni 1981, zaaknr. 6878/75; 7238/75, par. 47 (Grote Kamer) (*Le Compte, Van Leuven en De Meyere t. België*). Zie voor de toepassing van dit criterium o.m. de rechtsoverweging: '(...) the result of the proceedings must be directly decisive for such a right [cursivering: TdJ]' uit de zaak: EHRM 23 oktober 1985, zaaknr. 8848/80, par.32 sub d (Grote Kamer) (*Bentham t. Nederland*). Zie ook: Smits 2008, p. 40 en Harris e.a. 2014, p. 391-392.

41 Van Dijk e.a. 2006, p. 522 en de daar genoemde uitspraken: EHRM 23 april 1987, zaaknr. 9273/81, par. 32 (*Ettl and Others t. Oostenrijk*); zaaknr. 9616/91, par. 62 (*Erkner and Hofauer*), zaaknr. 9816/82, par. 48 (*Poiss*).

42 Opnieuw Van Dijk e.a. 2006, p. 522 en de daar genoemde uitspraken: EHRM 28 juni 1990, zaaknr. 12258/86, par. 27 (*Skärby t. Zweden*) en EHRM 4 maart 2003, zaaknr. 41784/98, par. 46-48 (*A.B. t. Slowakije*).

43 Vande Lanotte & Haeck 2004a, p. 389; Van Dijk e.a. 2006, p. 519.

44 Zie onder meer: EHRM 23 september 1982, zaaknr. 7151/75; 7152/75, par. 81 (Grote Kamer) (*Sporrong en Lönnroth t. Zweden*); EHRM 23 oktober 1985, zaaknr. 8848/80, par. 32 (Grote Kamer) (*Bentham t. Nederland*); EHRM 27 oktober 1987, zaaknr. 10426/83, par. 30-32 (*Pudas t. Zweden*); EHRM 28 juni 1990, zaaknr. 12258/86, par. 27-28 (*Skärby t. Zweden*); EHRM 26 augustus 1997, zaaknr. 67/1996/686/876, par. 32 (Grote Kamer) (*Balmer-Schafroth e.a. t. Zwitserland*). Vande Lanotte & Haeck 2004, p. 388.

45 EHRM 23 april 2003, zaaknr. 23379/94, par. 39 (*Kienast t. Oostenrijk*).

46 EHRM 23 juni 1981, zaaknr. 6878/75; 7238/75, par. 46 (Grote Kamer) (*Le Compte, Van Leuven en De Meyere t. België*); EHRM 23 april 2003, zaaknr. 23379/94, par. 43 (*Kienast t. Oostenrijk*). Zie ook Viering 1994, p. 76 e.v en Van Dijk e.a. 2006, p. 519.

47 Harris e.a. 2014, p. 390 en de daar genoemde uitspraak: EHRM 29 oktober 1991, zaaknr. 11826/85, par. 29 (Grote Kamer) (*Helmers t. Zweden*). Van Dijk e.a. (p. 519) noemen ook nog EHRM 28 september 2004, zaaknr. 62179/00, par. 20 (*Pieniążek t. Polen*).

eveneens.⁴⁸ Wel is het naar het oordeel van het EHRM van belang dat het gaat om een formeel ingestelde claim.⁴⁹

2.2.1.1 Uitsluiting van artikel 6 EVRM

In de praktijk zijn veel rechten dus als civiel te kwalificeren, met als gevolg dat artikel 6 EVRM een breed toepassingsbereik heeft en het onderscheid tussen het publiekrechtelijke – en civiele karakter van de rechten vervaagt.⁵⁰ Toch blijft artikel 6 EVRM niet van toepassing op het vreemdelingenrecht,⁵¹ het belastingrecht,⁵² politieke rechten⁵³ en het ambtenarenrecht (als de uitoefening van de taak een publiekrechtelijk karakter heeft).⁵⁴ In het kader van deze studie roept dit de vraag op of via een materieel EVRM-recht toch 6 EVRM-waarborgen worden toegepast op deze terreinen, en de procedurele plichten in dit type zaken daardoor toeneemt, ondanks het toepassingsverbod.⁵⁵

Op het terrein van ambtenarenzaken heeft een ontwikkeling plaatsgevonden. Zo hanteerde het Hof in de zaak *Pellegrin*⁵⁶ nog een negatieve formulering: het uitgangspunt was geen toepassing van artikel 6 EVRM.⁵⁷ Als reden hiervoor gaf het EHRM dat gelet op de publieke aard, en de daarmee gepaard gaande soevereine macht een grotere loyaliteit mag worden verwacht van een

48 Harris e.a. 2014, p. 390.

49 In het arrest *Moreira de Azevedo* tegen Portugal stond dit ter discussie. Het ging om de vraag of het interveniëren als assistent in een procedure kon worden aangemerkt als een formeel verzoek tot schadevergoeding. Het EHRM oordeelde in deze zaak dat dit het geval was. EHRM 23 oktober 1990, zaaknr. 11296/84, par. 67 (*Moreira de Azevedo t. Portugal*). Vgl. ook *Viering* 1994, p. 74.

50 Zie Harris e.a. 2014, p. 379 e.v. voor voorbeelden.

51 White & Ovey 2014, p. 254-255; Harris e.a. 2014, p. 385-386; Van Dijk e.a. 2006, p. 530-531 en p. 555-556; Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 130. Veelgenoemde zaak in dit verband: EHRM 5 oktober 2000, EHRC 2000, 84, m.nt. A.W. Heringa, (Grote Kamer) (*Maaouia t. Frankrijk*).

52 Vgl. White & Ovey 2014, p. 254; Van Dijk e.a. 2006, p. 528 e.v.; Vande Lanotte & Haeck (red.) 2004a, p. 386 en p. 403 e.v.; Jansen 2004, p.10. Veelgenoemd arrest is *Ferrazzini* tegen Italië. EHRM 12 juli 2001, zaaknr. 44759/98 (Grote Kamer) (*Ferrazzini t. Italië*). Meer recent oordeelde het Hof dat artikel 6 EVRM wel van toepassing kan zijn op een belastingzaak wanneer deze nauw verweven is met een strafzaak. Schending verbod van zelfincriminatie en het vereiste van equality of arms. EHRM 5 april 2012, zaaknr. 11663/04 (*Chambaz t. Zwitserland*). Bovendien is 6 EVRM wel van toepassing in het geval van een fiscale boete, omdat dan sprake is van een *criminal charge*: Pauwels 2016a, p. 21.

53 White & Ovey 2014, p. 255; Van Dijk e.a. 2006, p. 537; Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 130. In dit kader is een veelgenoemde zaak: EHRM 21 oktober 1997, zaaknr. 24194/94 (*Pierre-Bloch t. Frankrijk*).

54 Harris e.a. 2014, p. 386-387; White & Ovey 2014, p. 255-257; Van Dijk e.a. 2006, p. 531 e.v. en Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 130.

55 Zie hierover deel I.

56 EHRM 8 december 1999, zaaknr. 28541/95 (Grote Kamer) (*Pellegrin t. Frankrijk*).

57 Harris e.a. 2009, p. 220 e.v., recenter en korter: Harris e.a. 2014, p. 386-387.

ambtenaar.⁵⁸ Het Hof heeft dit standpunt echter herzien in de *Vilho Eskelinen*-zaak⁵⁹ waarin het overwoog dat toepassing van artikel 6 EVRM in ambtenarenzaken de regel is, tenzij dit in nationale wetgeving expliciet is uitgesloten en dit is gebaseerd op objectieve gronden.⁶⁰ Ten aanzien van het laatste is het zo dat deze redenen dan gelegen moeten zijn in het onderwerp van geschil en niet in de aard van de rechtsverhouding (publiekrechtelijk).⁶¹

Tot slot is in het kader van artikel 6 EVRM en de uitsluiting op belastingheffing een uitspraak van het Hof van eind 2014 noemenswaardig, omdat het in deze zaak besloot dat de onschuldpresumptie zoals neergelegd in het tweede lid van artikel 6 EVRM van toepassing was in een belastingzaak.⁶² In casu ging het om een niet betaalde belastingschuld van een bedrijf waarvoor klaagster in een strafrechtelijke procedure is vrijgesproken. In de fiscale procedure waarbij de invordering van deze schuld centraal stond, beriep klaagster zich echter tevergeefs op de strafrechtelijke vrijspraak. Naar het oordeel van het EHRM zien beide juridische procedures op klaagsters aansprakelijkheid voor de belastingschuld van het bedrijf, en dus verklaart het artikel 6, tweede lid EVRM van toepassing. De nationale rechter had de strafrechtelijke vrijspraak mee moeten nemen in de fiscale procedure en daarnaast is een niet bewezen feit in de strafzaak als waar aangemerkt in de belastingzaak.⁶³

2.2.2 De procedurele eisen onder artikel 6 EVRM

2.2.2.1 Procedurele eisen in de tekst van artikel 6 EVRM, eerste lid

In de tekst van het eerste lid van artikel 6 EVRM⁶⁴ lezen we achtereenvolgens de volgende procedurele eisen: het recht op een *eerlijke*⁶⁵ en *openbare behande-*

58 Harris e.a. wijzen erop dat op de speciale rechtspositie van ambtenaren, en dan met name op de beperkte toegang tot de rechter wel iets af te dingen valt: zij doen dit onder verwijzing naar de dissenting opinion bij de zaak *Pellegrin*. In deze dissenting opinion wordt gewezen op de steeds verdergaande jurisdisering van de positie van ambtenaren in de lidstaten. Harris e.a. 2014, p. 387. Vgl. Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2009, p. 15-16; Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 97.

59 EHRM 19 april 2007, *AB* 2007, 324, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Vilho Eskelinen e.a. t. Finland*).

60 Harris e.a. 2009, p. 221, en recenter: Harris e.a. 2014, p. 386-387. EHRM 19 april 2007, *AB* 2007, 324, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Vilho Eskelinen e.a. t. Finland*).

61 Harris e.a. 2009, p. 221.

62 EHRM 23 oktober 2014, *NTFR* 2014/2995, *EHRC* 2015, 15, *H&I* 2015/29, m.nt. Thomas (*Melo Tadeu t. Portugal*).

63 Zie Pauwel 2016b, p. 115-116.

64 Zie begin paragraaf 2.2.

65 De eerlijke behandeling wordt in de literatuur en jurisprudentie ook wel aangeduid met het begrip *eerlijk proces* of *fair trial*. Vgl. Vande Lanotte & Haeck 2004a, p. 451; Van Dijk e.a. 2006, p. 578; Harris e.a. 2014, p. 370 e.v. en Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2009, p. 14.

ling, het beginsel van de *redelijke termijn*,⁶⁶ de voorwaarde van een *onafhankelijk en onpartijdig gerecht* dat bij wet is ingesteld en het vereiste van de *openbaarheid van de uitspraak*. In de Straatsburgse jurisprudentie zijn deze eisen verder uitgewerkt.⁶⁷

In het hierna volgende komen deze procedurele eisen afzonderlijk aan bod. Hoewel ik deze eisen afzonderlijk bespreek, moet daarbij wel worden opgemerkt dat de eisen/beginselen nauw verband houden met elkaar en samen het recht op een eerlijk proces vormgeven.⁶⁸ De samenhang tussen deze beginselen komt voort uit de gedeelde ratio van de verschillende eisen. Deze ratio ziet op het uitdragen van de beginselen van de rechtsstaat, waarbij het gaat om het vergroten van de legitimiteit van de rechtspraak en het vertrouwen in de rechtspraak.⁶⁹

Openbare behandeling en openbaarheid uitspraak

Bij het recht op de openbare behandeling van een zaak gaat het erom dat de behandeling van de zaak in het openbaar plaatsvindt. Dit betekent dus de vraag naar de toegestane aanwezigheid van publiek. Daarnaast is een mondelinge behandeling (*oral hearing*) van de zaak ook onderdeel van artikel 6 eerste lid EVRM, hoewel dit niet met zoveel woorden in de Verdragstekst is te lezen.⁷⁰

De openbare behandeling van een zaak zorgt ervoor dat controle door het publiek op de rechtspraak mogelijk is (*public scrutiny*). Op die manier draagt het bij aan de doelstelling van artikel 6 EVRM, namelijk een eerlijk proces. Daarnaast draagt de openbare behandeling bij aan het behouden van het vertrouwen in de rechtspraak.⁷¹ Om te beoordelen of de behandeling van de zaak voldoende in de openbaarheid heeft plaatsgevonden, kijkt het EHRM naar de volledige procedure (*procedure as a whole*).⁷² Verder is het recht op een openbare behandeling niet absoluut: beperkingen zijn op grond van de

66 Zie voor een meer uitgebreide bespreking van dit vereiste in de Straatsburgse jurisprudentie: Vande Lanotte & Haec (red.) 2004a, p. 431; Van Dijk e.a. 2006, p. 602 en Harris e.a. 2014, p. 439-446.

67 Zie over artikel 6 EVRM: Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 53-84.

68 Jansen 2004, p. 50.

69 Wenders 2010, o.m. op p. 95 en p. 109. In het kader van het beginsel van hoor en wederhoor wijst zij op de 'proper administration of justice' als achterliggend doel van dit beginsel (Wenders 2010, p. 93).

70 Harris e.a. 2014, p. 433 en p. 436; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 59.

71 EHRM 12 juli 2001, zaaknr. 33071/96, par. 55 (Grote Kamer) (*Malhous t. Tsjechië*).

72 EHRM 8 december 1983, zaaknr. 8273/78, par. 32 (*Axen t. Duitsland*).

tweede volzin van het eerste lid toegestaan.⁷³ Ook kan betrokkene afzien van zijn recht op een openbare behandeling van de zaak.⁷⁴

Van een mondelinge behandeling van de zaak kan worden afgezien als de zaak veelal technisch van aard is, of wanneer het alleen gaat om rechtsvragen.⁷⁵ De zaak kan dan puur schriftelijk worden afgedaan. Ook kan een beperking van het recht op een mondelinge behandeling gerechtvaardigd zijn onder de voorwaarde dat door de persoon in kwestie alsnog om een openbare behandeling kan worden gevraagd.⁷⁶

De beperkingseisen van artikel 6, eerste lid van het EVRM zijn niet van toepassing op het in het openbaar uitspreken van de uitspraak. Toch is het niet zo dat het Hof te allen tijde van de nationale rechters verwacht dat de uitspraak mondeling en in het openbaar wordt gedaan. Openbaarmaking van de uitspraak kan ook plaatsvinden middels publicatie van de uitspraak.⁷⁷

Redelijke termijn uitspraak

In Straatsburg zien veel klachten op de vermeende schending van de redelijke termijn.⁷⁸ Bij dit 6 EVRM-deelvereiste mag de uitspraak van de rechter en/of het besluit van de uitvoerende autoriteit⁷⁹ niet onredelijk lang op zich laten wachten.

Het achterliggende doel van het redelijke termijn-vereiste is dat procespartijen moeten worden beschermd tegen excessieve vertragingen en daarnaast benadrukt dit beginsel het belang van tijdige rechtspraak, opdat de effectiviteit en geloofwaardigheid van de rechtspraak niet in gevaar wordt gebracht.⁸⁰ Bij voorkeur wordt overschrijding van de redelijke termijn zoveel mogelijk

73 De uitzonderingen worden in het betreffende lid als volgt verwoord: '(...). De uitspraak moet in het aar worden gewezen maar de toegang tot de rechtszaal kan aan de pers en het publiek worden ontzegd, gedurende de gehele terechtzitting of een deel daarvan, in het belang van de *goede zeden*, van de *openbare orde* of *nationale veiligheid in een democratische samenleving*, wanneer de *belangen van minderjarigen* of de *bescherming van het privé leven van procespartijen* dit eisen of, in die mate als door de rechter onder *bijzondere omstandigheden* strikt noodzakelijk wordt geoordeeld, wanneer de openbaarheid de belangen van een behoorlijke rechtspleging zou schaden [cursivering: TdJ].’ Zie verder: Harris e.a. 2014, p. 434 e.v.

74 Harris e.a. 2014, p. 437-438.

75 Harris e.a. 2014, p. 436. Zie ook: EHRM 19 februari 1998, *JB* 1998, 24, m.nt. A.W. Heringa (*Allan Jacobsson t. Zweden*).

76 EHRM 12 april 2006, zaaknr. 58675/00, par. 42-44 (Grote Kamer) (*Martinie t. Frankrijk*).

77 Zie voor een heldere weergave van voorbeelden uit de Straatsburgse jurisprudentie t.a.v. beperkingen en uitzonderingen op het in het openbaar uitspreken van de uitspraak: Harris e.a. 2014, p. 438-439.

78 White & Ovey 2014, p. 274.

79 Het redelijke termijn-vereiste kan namelijk ook gelden in de besluitvormingsfase, zie ook verderop in dit hoofdstuk.

80 Harris e.a. 2014, p. 440. In strafrechtelijke procedures komt daar nog bij dat iemand die beschuldigd wordt niet te lang in onzekerheid mag verkeren over zijn lot, aldus Harris e.a. op voornoemde pagina.

voorkomen, in plaats van dat achteraf schadevergoeding⁸¹ wordt betaald.⁸² Bij dreigende langsepende procedures is het dan van belang dat betrokkene over een nationaal rechtsmiddel beschikt (artikel 13 EVRM) om de procedure te kunnen versnellen.⁸³

De aanvang van de redelijke termijn bij een *criminal charge* is bij een bestuurlijke boete het boetebesluit zelf. Bij een andere (strafrechtelijke) leed toevoegende sanctie kan dit de 'daad van vervolging jegens klager' zijn. Soms is dit zelfs het moment dat 'de situatie van de verdachte "substantially affected" kan zijn door een andere handeling.'⁸⁴

Bij de *civil rights and obligations* vangt de termijn doorgaans aan vanaf het moment dat een geschil bestaat: het moment waarop de procedure aanhangig is bij de rechter. Voor het bestuursrecht geldt echter dat de termijn aanvangt op het moment dat bezwaar wordt gemaakt: de bestuurlijke voorprocedure telt hier bij de berekening en vaststelling van de redelijke termijn al mee.⁸⁵ Met de uitspraak van de hoogste rechterlijke instantie op nationaal niveau, of de ten uitvoerlegging van de uitspraak (met name in bestuursrechtelijke procedures)⁸⁶ komt een einde aan de redelijke termijn.⁸⁷

Bij de vaststelling van de duur van de redelijke termijn let het EHRM op de complexiteit van de zaak, het gedrag van klager, de behandelingswijze van het bestuur respectievelijk de rechter en de belangen die op het spel staan voor klager.⁸⁸

81 Aanknopingspunten bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding bieden de zaken: EHRM 10 november 2004, *EHRC* 2005, 22, m.nt. Van der Velde, *JB* 2005, 1, m.nt. A.M.L. Jansen, *JIN* 2005, m.nt. Jansen (*Pizatti t. Italië*) en de latere Grote Kamer-uitspraak: EHRM 29 maart 2016, *JB* 2006, 134, m.nt. A.M.L. Jansen (Grote Kamer) (*Pizatti t. Italië*). EHRM 29 juli 2004, *EHRC* 2004, 94, m.nt. J. van der Velde (*Scordino t. Italië nr. 1*) en de daarna gewezen Grote Kamer uitspraak: EHRM 29 maart 2006, *AB* 2006, 94, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *EHRC* 2006, 61, m.nt. J. van der Velde (Grote Kamer) (*Scordino t. Italië nr.1*).

82 Vgl. Harris e.a. 2014, p. 443-444; White & Ovey 2014, p. 275. Schadevergoeding kan overigens onder omstandigheden wel soelaas bieden. Zie voor de mogelijkheden die naar nationaal recht bestaan (naast andere juridische remedies): White & Ovey 2014, p. 274.

83 EHRM 26 oktober 2000, *EHRC* 2000, 89, m.nt. J. van der Velde (Grote Kamer) (*Kudla t. Polen*); recenter: EHRM 28 oktober 2014, zaaknr. 18393/09, par. 60 (*Panju t. België*). Vgl.: Jansen 2004, p. 71 e.v.; Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 137; Wenders 2010, p. 117 e.v.; White & Ovey 2014, p. 275.

84 Wenders 2010, p. 111, vgl. verder: Harris e.a. 2014, p. 440; White & Ovey 2014, p. 273-274.

85 Vgl.: Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 136; Wenders 2010, p. 111. Zie ook paragraaf 2.2.3.

86 Jansen 2004, p. 71.

87 Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 138. Vgl. ook: Jansen 2004, p. 71; EHRM 19 maart 1997, *JB* 1997, 98, m.nt. A.W. Heringa (*Hornsby t. Griekenland*): ten uitvoerlegging van het rechterlijk oordeel telt mee voor vaststelling redelijke termijn(overschrijding).

88 Wenders 2010, p. 111; Kuijer 2013, p. 781 e.v.; White & Ovey 2014, p. 273; Harris e.a. 2014, p. 440 e.v.; EHRM 27 juni 2000, zaaknr. 30979/96, par. 43 en 45 (Grote Kamer) (*Frydlender t. Frankrijk*).

Onafhankelijk en onpartijdig gerecht

Tot slot moet op grond van artikel 6, eerste lid EVRM een onafhankelijk en onpartijdig gerecht⁸⁹ bij wet zijn ingesteld.

Bij het eerste criterium (onafhankelijk) gaat het er om dat de rechters niet afhankelijk zijn van de uitvoerende macht of de procespartijen.⁹⁰ Het EHRM hanteert hierbij de volgende criteria (geen limitatieve opsomming):⁹¹

‘In determining whether a body can be considered to be “independent” – notably of the executive and of the parties to the case, the Court has had regard to the manner of appointment of its members and the duration of their term of office, the existence of guarantees against outside pressures and the question whether the body presents an appearance of independence.’⁹²

Het gaat dus om de wijze en de duur van de benoeming, de aanwezigheid van garanties tegen druk van buitenaf en dat de schijn van afhankelijkheid ontbreekt.⁹³

Bij het tweede criterium, de onpartijdigheid van het gerecht, dient vooringenomenheid of een vooroordeel te ontbreken.⁹⁴ Het Hof maakt bovendien een onderscheid tussen objectieve en subjectieve onpartijdigheid. Bij de objectieve onpartijdigheid toetst het Hof de aanwezigheid van objectieve factoren die ertoe kunnen leiden dat gerechtvaardigde twijfel (*legitimate doubt*) bestaat ten aanzien van de onpartijdigheid van het gerecht.⁹⁵ De subjectieve onpartijdigheid ziet op de vraag naar de onpartijdigheid van een individuele rechter in een bepaalde zaak. De rechter is onpartijdig, totdat het tegendeel is bewezen.⁹⁶

Tot slot het derde criterium: het gerecht dient bij wet te zijn ingesteld.⁹⁷ Dit voorkomt dat de rechterlijke macht te zeer afhankelijk wordt van de

89 Zie voor een beschrijving van het begrip gerecht: Van den Eijnden 2013, p. 372-375; Harris e.a. 2014, p. 446-447.

90 Harris e.a. 2014, p. 447, en de verwijzing naar: EHRM 16 juli 1971, zaaknr. 2614/65, par. 95 (*Ringelsen t. Oostenrijk*).

91 Van den Eijnden 2013, p. 331.

92 EHRM 28 juni 1984, zaaknrs. 7819/77; 7878/77, par. 78 (*Campbell en Fell t. Verenigd Koninkrijk*).

93 Vgl. o.m.: Van den Eijnden 2013, p. 331; Harris e.a. 2014, p. 448; White & Ovey 2014, p. 270. Zie voor een uitvoerige bespreking van deze afzonderlijke criteria: Van den Eijnden 2013, p. 344-355.

94 Harris e.a. 2014, p. 450; Van den Eijnden 2013, p. 355-372.

95 Vgl. Van den Eijnden 2013, p. 358-359; Harris e.a. 2014, p. 450 e.v.; White & Ovey 2014, p. 268.

96 Harris e.a. 2014, p. 450-457; White & Ovey 2014, p. 268; Van den Eijnden 2013, p. 355-358. Zie EHRM 4 maart 2014, zaaknr. 36073/04, par. 37 e.v. (*Fazli Aslaner t. Turkije*), waarin in de appelinstantie deels dezelfde rechters zitting namen, die al eerder over de zaak hadden geoordeeld en EHRM 23 april 2015, EHRC 2015, 141, m.nt. J. Soeharno & J.D.A. den Tonckelaar (Grote Kamer) (*Morice t. Frankrijk*) (o.m. gebrek aan onpartijdige rechters in smaadprocedure).

97 Vgl. o.m.: Van den Eijnden 2013, p. 372-377; Harris e.a. 2014, p. 458.

uitvoerende macht. Bovendien reflecteert dit vereiste ook het principe van de *rule of law*.⁹⁸ Het is aan de wetgevende macht voorbehouden om gerechten in het leven te roepen en jurisdictie te geven.⁹⁹ Bij wet ingesteld betekent ook dat de inrichting van het gerecht conform de wet gebeurt. Bij dit laatste kan dan gedacht worden aan de aanstelling van rechters.¹⁰⁰

2.2.2.2 Het recht op een eerlijk proces in de jurisprudentie

Zoals eerder opgemerkt, omvat het eerste lid van artikel 6 EVRM het recht op een eerlijk proces. Dit overkoepelende procedurele recht is opgebouwd uit de hiervoor besproken eisen van artikel 6 EVRM, eerste lid.¹⁰¹ Aan de hand van de Straatsburgse jurisprudentie is dit begrip verder ingevuld.¹⁰² Het recht op een eerlijk proces wordt in de jurisprudentie van het Hof ook wel aangeduid met de term *fair trial* of *fair hearing*. Dit recht op een eerlijk proces is onder te verdelen in een aantal procedurele eisen. Zo omvat het recht op een eerlijk proces onder meer het beginsel van een *adversarial proceeding* en het principe van *equality of arms*.¹⁰³ Met de eerstgenoemde term wordt het beginsel van hoor en wederhoor bedoeld, ook wel aangeduid met de term recht op tegenspraak. Het beginsel van hoor en wederhoor en het *equality of arms* principe houden nauw verband met elkaar.¹⁰⁴ In die zin dat beide beginselen zien op verdedigingsrechten. Toch verschillen voornoemde begrippen. Bij het *equality of arms* principe gaat het om een gelijke behandeling van de partijen. Bij het beginsel van hoor en wederhoor gaat het erom dat de toegang tot relevante stukken is gewaarborgd. Dit laatste staat los van de vraag of de *tegenpartij* ook toegang heeft tot de betreffende stukken, wat een element van het *equality of arms* principe is.¹⁰⁵

Hoor en wederhoor

In de kern komt het beginsel van hoor en wederhoor (*adversarial proceeding*) op het volgende neer. Het recht om informatie te verschaffen – en daarmee dus het eigen standpunt voor het voetlicht te brengen. Daarnaast omvat het principe van hoor en wederhoor het recht om informatie te ontvangen waarmee het standpunt van de wederpartij wordt bedoeld, waarop vervolgens kan

98 Harris e.a. 2014, p. 458.

99 Van den Eijnden 2013, p. 375.

100 Harris e.a. 2014, p. 458.

101 Zie paragraaf 2.2.2.1.

102 Vgl. White & Ovey 2014, p. 263.

103 Jansen 2004, p. 49. Vgl.: Van Dijk e.a. 2006, p. 580-584; Peçi 2013a, p. 263.

104 White & Ovey 2014, p. 264.

105 Harris e.a. 2014, p. 417.

worden gereageerd.¹⁰⁶ Het Hof verwoordde dit in de zaak *Vermeulen* tegen België als volgt:

‘the opportunity for the parties to a civil or criminal trial to have knowledge of and comment on all evidence adduced or observations filed (...).’¹⁰⁷

Zowel in civiele als strafrechtelijke procedures geldt dat het recht op hoor en wederhoor niet absoluut is.¹⁰⁸ Het recht op tegenspraak beperkt zich evenmin tot de rechterlijke fase: ook in de bestuurlijke fase kan dit recht al aan de orde zijn.¹⁰⁹ Dit was het geval in de zaak *Mantovanelli* waarin een vrouw na diverse operaties aan haar duim was komen te overlijden.¹¹⁰ In casu zijn klagers (de ouders van de vrouw) niet tijdig betrokken bij de ondervraging van getuigen in de bestuurlijke fase door medische deskundigen en zijn de documenten waaraan in het rapport werd gerefereerd niet aan hen ter beschikking gesteld.¹¹¹ De mogelijkheid voor klagers om op het deskundigenrapport (het belangrijkste bewijsstuk) te reageren na bekendmaking achtte het Hof ineffectief. In het bijzonder nu het eerder betrekken van de klagers bij de totstandkoming van het rapport niet op praktische bezwaren stuitte. Dit had de ineffectiviteit van de mogelijkheid om pas in de rechterlijke fase op het rapport te mogen reageren weg kunnen nemen. Het beginsel van hoor en wederhoor had hier dus reeds in de fase *voorafgaand* aan de rechterlijke fase moeten worden toegepast. Het Hof concludeert dat geen sprake is van een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM.

Equality of arms

Bij het principe van de *equality of arms* gaat het erom dat beide partijen over dezelfde mogelijkheden beschikken om hun zaak te verdedigen.¹¹² Het EHRM heeft dit als volgt verwoord in de zaak *Kress*:¹¹³

106 Wenders 2010, p. 93. Wenders geeft de voorkeur aan de hantering van het beginsel hoor en wederhoor tegenover het gebruik van de term verdedigingsbeginsel (waarvan De Waard stelt dat voornoemde begrippen inwisselbaar zijn). Zie ook: Peçi 2013a, p. 260 e.v.; Harris e.a. 2014, p. 416-418; White & Ovey 2014, p. 264-265.

107 EHRM 20 februari 1996, *RJ&D* 1996 – I, par. 33 (Grote Kamer) (*Vermeulen t. België*).

108 White & Ovey 2014, p. 264.

109 Jansen 2004, p. 51 e.v.

110 EHRM 18 maart 1997, *NJ* 1998, 278 (*Mantovanelli t. Frankrijk*). Vgl. ook meer recent: EHRM 27 maart 2014, *EHRC* 2014, 148 (*Matytsina t. Rusland*) (schending verdedigingsrechten: verdediging heeft deskundigen niet kunnen horen, noch was de verdediging betrokken bij de initiële deskundigenberichten).

111 Jansen 2004, p. 52; Wenders 2010, p. 92 e.v.

112 Harris e.a. 2014, p. 413, en uitvoerig (ook voor de betekenis van dit beginsel in strafzaken): p. 413-418. Het recht is overigens niet absoluut. Beperkingen zijn onder omstandigheden toegestaan: White & Ovey 2014, p. 263.

113 EHRM 7 juni 2001, zaaknr. 39594/98 (Grote Kamer) (*Kress t. Frankrijk*).

‘the principle of equality of arms – one of the elements of the broader concept of a fair trial – requires each party to be given a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent.’¹¹⁴

Bij het beginsel van *equality of arms* dient binnen de procedure sprake te zijn van een *fair balance* tussen de partijen.¹¹⁵ Alkema spreekt in dit kader van een ‘processueel evenwicht’.¹¹⁶ Om dit processuele evenwicht te realiseren is in de jurisprudentie van het Hof een aantal procedurele waarborgen ontwikkeld. Hierbij kan gedacht worden aan (niet uitputtend) een inzagerecht voor procespartijen (participeren in de procedure),¹¹⁷ regeling omtrent bewijs,¹¹⁸ (in sommige gevallen) het vergoeden van de kosten van de rechtsbijstand¹¹⁹ en bepalingen ten aanzien van (de neutraliteit van) deskundigen.¹²⁰

Overige procedurele eisen ontwikkeld in het kader van artikel 6 EVRM

De volgende procedurele eisen zijn niet direct te scharen onder de beginselen van hoor en wederhoor en het beginsel van *equality of arms*. Deze eisen zijn in het kader van het recht op een eerlijk proces ontwikkeld door het Hof.¹²¹

Allereerst het vereiste dat de betrokkene in principe aanwezig dient te zijn tijdens de rechterlijke behandeling van zijn zaak. De aard van de procedure is hierbij bepalend.¹²² Daarnaast is het van belang dat betrokkene effectief kan deelnemen aan de procedure. Dit kan zien op het daadwerkelijk kunnen horen van wat er in de rechtszaal wordt gezegd of op de toegankelijkheid

114 EHRM 7 juni 2001, zaaknr. 39594/98, par. 72 (Grote Kamer) (*Kress t. Frankrijk*).

115 Vgl.: Harris e.a. 2014, p. 414; White & Ovey 2014, p. 263-264

116 Alkema 1996, p. 18.

117 Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 56-57.

118 Harris e.a. 2014, p. 418-421. Waarbij Harris e.a. deze bewijsregels overigens niet behandelen onder het principe van *equality of arms*, maar onder de overkoepelende procedurele eis van een eerlijk proces. Zie ook: EHRM 23 oktober 2014, AB 2016, 70, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Furcht t. Duitsland*) (onrechtmatig bewijs, bewijs uitgesloten).

119 EHRM 15 februari 2005, EHRC 2005, 37, m.nt. J.H. Gerards (*Steel en Morris t. Verenigd Koninkrijk*); Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 138.

120 Vgl.: Jansen 2004, p. 49 e.v.; Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 138 e.v.; Barkhuysen e.a. 2007, p. 196 e.v.; Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2009, p. 16; Wenders 2010; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 57 en daar genoemd: EHRM 5 juli 2007, AB 2009, 319, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Sara Lindt t. IJsland*); Harris e.a. 2014, p. 416. Zie van latere datum: EHRM 8 oktober 2015, RSV 2016, 27, m.nt. W.A. Faas, AB 2016, 167, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Korošec t. Kroatië*) (rechtbank wijst verzoek om inschakeling onafhankelijk medisch deskundige af; vraag naar onafhankelijkheid medische deskundigen in dienst van uitvoeringsorganen; strijd *equality of arms*). Zie ook de uitspraak van het Hof van eerdere datum over het belang van de neutraliteit van deskundigen: EHRM 6 mei 1985, NJ 1989, 385, m.nt. Van Dijk (*Bönisch t. Oostenrijk*) (als een deskundigenadvies zwaar weegt dan is voldoende neutraliteit een vereiste).

121 Vgl. ook: Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 71 e.v.

122 White & Ovey 2014, p. 266-267; Harris e.a. p. 410-412.

van iemand met een beperking tot de rechtbank.¹²³ Daarnaast kan de effectieve participatie van betrokkene zien op de vraag of hij voldoende begrijpt wat er wordt gezegd in de rechtszaal tijdens de behandeling van zijn zaak. Indien dit niet het geval is en op nationaal niveau onvoldoende is gedaan om betrokkene voldoende van de zaak te laten begrijpen, kan dit resulteren in een schending van artikel 6 EVRM.¹²⁴ Van een eerlijk proces in de zin van 6 EVRM is evenmin sprake wanneer de uitspraak niet ten uitvoer is gelegd.¹²⁵

Onderdeel van het recht op een eerlijk proces is voorts dat de rechterlijke uitspraak wordt gemotiveerd.¹²⁶ Hoe ver de motiveringsplicht reikt, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de aard van het te geven oordeel.¹²⁷ Overigens is een (hogere) rechter niet verplicht om op elk detail van de uitspraak in te gaan.¹²⁸ Op het moment echter dat een argument doorslaggevend is voor de uitkomst van het proces is de (hogere) rechter doorgaans verplicht om nadrukkelijk op het betreffende argument in te gaan.¹²⁹ Verder is het naar het oordeel van het EHRM toegestaan dat de hogere beroepsrechter de motivering van de lagere rechter overneemt. De hogere beroepsrechter dient daarbij echter wel in te gaan op de wezenlijke onderwerpen.¹³⁰ Ook geldt dat bij een afwijzing van een hoger beroep de hogere beroepsrechter in principe niet verplicht is om gedetailleerde redenen te geven of in sommige gevallen überhaupt de afwijzing te motiveren.¹³¹

Illustratief voor de grote rol die wordt toegekend aan de omstandigheden van het specifieke geval bij de invulling van de motiveringsplicht is de zaak *Hansen*.¹³² In beginsel is een rechterlijk filtersysteem, waarbij bepaalde type zaken verkort kunnen worden afgedaan (en een uitgebreide motivering dus achterwege kan blijven) Straatsburg-proof.¹³³ De omstandigheden in deze zaak hebben er toch toe geleid dat het EHRM oordeelt dat de Noorse hoger beroepsrechter, met *full jurisdiction*, zijn oordeel om het hoger beroep in een

123 Beide voorbeelden ontleend aan: Harris e.a. 2014, p. 413.

124 Harris e.a. 2014, p. 413 en White & Ovey 2014, p. 267-268. Voornoemde auteurs refereren aan dezelfde EHRM zaken.

125 EHRM 19 maart 1997, JB 1997, 98, m.nt. A.W. Heringa, NJ 1998, 434 (*Hornsby t. Griekenland*); EHRM 5 februari 2015, EHRC 2015, 84, m.nt. L.R. Glas (Grote Kamer) (*Bochan t. Oekraïne (nr.2)*) (o.m. niet tenuitvoerlegging uitspraak, geen mogelijkheid van herziening van in het nadeel van klaagster gewezen uitspraken en derhalve geen eerlijk proces, de motivering van de nationale rechters is ook onvoldoende).

126 Peçi 2013b, p. 288 e.v.; Harris e.a. 2014, p. 430-431; White & Ovey 2014, p. 265.

127 EHRM 19 februari 1998, zaaknr. 20124/92, par. 42 (*Higgins e.a. t. Frankrijk*).

128 Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 59; EHRM 19 april 1994, NJ 1995, m.nt. E.A. Alkema (*Van de Hurk t. Nederland*).

129 Harris e.a. 2014, p. 430, overigens wordt dit wel weer genuanceerd: onder omstandigheden kan ook een impliciete afwijzing volstaan.

130 Harris e.a. 2014, p. 431. Vgl. ook Peçi 2013b, p. 289.

131 White & Ovey 2014, p. 431.

132 EHRM 2 oktober 2014, AB 2015, 54, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2015, 7 (*Hansen t. Noorwegen*).

133 Aldus Barkhuysen en Van Emmerik in hun noot onder punt 3.

eigendomszaak te weigeren met onvoldoende redenen heeft omkleed.¹³⁴ De motivering van de Noorse hoger beroepsrechter dat het beroep van klager geen vooruitzicht bood op succes was naar het oordeel van het EHRM ontoereikend. Daarnaast is de Noorse hoger beroepsrechter niet ingegaan op het essentiële onderdeel van het hoger beroep (de ingekorte hoorzitting bij de lagere rechter). Tot slot heeft klager niet effectief zijn recht op hoger beroep kunnen uitoefenen. Het is de eerste keer dat het Hof tot een schending van artikel 6 EVRM (*fair hearing*) komt vanwege de ontoereikende motivering van een hoger beroepsrechter het hoger beroep niet te behandelen (nu in casu vooruitzicht op succes zou ontbreken).¹³⁵

Het Hof constateerde in een zaak van latere datum een motiveringsgebrek en een schending van het *equality of arms*-principe.¹³⁶ In deze zaak heeft de Nederlandse bestuursrechter ten onrechte het verzoek van betrokkene om getuigen te horen geweigerd, zonder dit te motiveren. Het gaat in casu om een voormalig politieambtenaar. De politieambtenaar stelt dat hij mondeling met een ambtenaar van het tegenwoordige UWV heeft afgesproken dat hij als zelfstandige tijdelijk extra inkomen mocht verdienen (boven het toegestane maximum). Nu schriftelijk bewijs van deze afspraak ontbreekt, wil de voormalige politieambtenaar twee betrokken ambtenaren oproepen als getuigen. Het Hof oordeelt dat het bewijs van getuigen zag op een essentieel feitelijk punt in de procedure. De Centrale Raad van Beroep heeft in casu nagelaten om te motiveren waarom de mondelinge afspraak niet van betekenis was. De Raad heeft volstaan met het oordeel dat de afspraak niet bestond. Daarnaast is de Raad ten onrechte niet ingegaan op de strafrechtelijke vrijspraak van betrokkene voor sociale zekerheidsfraude (vanwege de afspraak tussen klager en de betrokken ambtenaar). Het Hof komt tot een schending van artikel 6, eerste lid EVRM.¹³⁷

2.2.2.3 Het recht op toegang tot de rechter

Het recht op toegang tot de rechter is een vast onderdeel van artikel 6 EVRM. Bij een bespreking van dit recht mag de omvang van de rechterlijke toetsing niet onvermeld blijven.¹³⁸ Deze *full jurisdiction* houdt namelijk sterk verband

134 EHRM 2 oktober 2014, AB 2015, 54, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2015, 7, o.m. par. 83 (*Hansen t. Noorwegen*).

135 Zie ook de press release bij deze zaak.

136 EHRM 15 maart 2016, AB 2016, 132, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Gillissen t. Nederland*).

137 EHRM 15 maart 2016, AB 2016, 132, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Gillissen t. Nederland*).

138 EHRM 21 februari 1975, NJ 1975, 462, m.nt. E.A. Alkema (Grote Kamer) (*Golder t. Verenigd Koninkrijk*), en zie ook: Vandelanotte & Haecck 2004, p. 489; Van Dijk e.a. 2006, p. 561; Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2009, p. 14 en Harris e.a. 2014, p. 398 e.v.

met recht op toegang tot de rechter.¹³⁹ Daarnaast kunnen beperkingen van dit recht onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn.¹⁴⁰

Full jurisdiction

De term *full jurisdiction* houdt in dat de rechter zowel een oordeel moet kunnen geven over het recht als over de feiten.¹⁴¹ Dit wordt ook wel *sufficiency of review* genoemd.¹⁴² Om te beoordelen of de (hogere) beroepsinstantie over een voldoende ruime omvang van de rechtsmacht beschikt, kijkt het Hof naar een aantal factoren:

‘it was necessary to have regard to such factors as the subject-matter of the decision appealed against, the manner in which that decision was arrived at and the content of the dispute, including the desired and actual grounds of appeal’.¹⁴³

Het gaat dus om het onderwerp van de beslissing waartegen beroep is ingesteld, hoe de beslissing tot stand is gekomen en om de inhoud van het geschil.

Relevant in dit kader is verder de uitspraak *Sigma Radio Television*¹⁴⁴ waarin het Hof ingaat op zaken waarin wel en niet is voldaan aan de *full jurisdiction*.¹⁴⁵ Naast de in die uitspraak door het Hof genoemde factoren,¹⁴⁶ dient in ieder geval de rechterlijke (appel)instantie de centrale vraag in een procedure te kunnen behandelen. Verder blijven de omstandigheden van het specifieke geval bepalend voor de vraag of de omvang van de rechtsmacht voldoet.¹⁴⁷ Een beperkte(re) toets in de rechterlijke fase kan toegestaan zijn indien de waarborgen van artikel 6 EVRM (bij onder meer de feitenvaststelling) al in acht zijn genomen door het bestuur(sorgaan).¹⁴⁸ Daarnaast kan een indringende toets door de rechter onder omstandigheden achterwege blijven indien specialistische kennis is vereist en de vaststelling van de feiten in de

139 Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 50. Recenter: Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 75-76.

140 Vgl. Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 46-52.

141 Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 50. Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2009, p. 15. EHRM 17 december 1996, NJCM – bull. 1997, m.nt. Viering, p. 617-628 (*Terra Woningen t. Nederland*). Zie ook: Wenders 2010, p. 76; Jansen 2004, p. 15 e.v.

142 Van den Eijnden 2013, p. 336-337.

143 EHRM 27 oktober 2009, zaaknr. 42509/05, par. 71 (*Crompton t. Verenigd Koninkrijk*).

144 EHRM 21 juli 2011, NJ 2012, 510, m.nt. E. Dommering, EHRC 2012, 6, m.nt. Jansen (*Sigma Radio Television Ltd t. Cyprus*).

145 Van den Eijnden 2013, p. 336-337.

146 Onder meer: puntsgewijze behandeling van de gronden van appellant, mogelijkheid van de rechterlijke instantie om bij een geslaagde grief de zaak voor een nieuw te nemen besluit terug te sturen naar de (zelfde/een andere) uitvoerende instantie). Zie de betreffende overweging (par. 156-157) weergegeven door Van den Eijnden 2013, p. 336-337.

147 Par. 56 in *Sigma Radio Television Ltd t. Cyprus*.

148 Van Dijk e.a. 2006, p. 561; Van Emmerik & Saris 2014, p. 132-134.

administratieve fase reeds met voldoende procedurele waarborgen is omkleed.¹⁴⁹ Bij dit laatste kan gedacht worden aan correcte voorlichting aan betrokkene ten aanzien van zijn bewijslast in de voorfase over wat wel en niet aan te voeren.¹⁵⁰ Het gaan dan voornamelijk om semi-judicial waarborgen die gelden voor de beslissende autoriteit.

In het kader van dit onderzoek is het interessant dat een beperktere toets door de rechter is toegestaan, mits in de voorfase de feitenvaststelling met voldoende (semi-rechterlijke) procedurele waarborgen is omkleed. Artikel 6 EVRM kan hier, wellicht op meer indirecte wijze, reeds van toepassing zijn in de bestuurlijke voorfase.¹⁵¹ In ieder geval mag het niet zo zijn dat de rechter volledig afgaat op het feitenoordeel van de uitvoerende instantie. In dat geval is van een recht op toegang tot de rechter feitelijk geen sprake meer.¹⁵²

Beperkingen

Om het recht op toegang tot de rechter¹⁵³ te kunnen realiseren en te effectueren heeft het EHRM bepaald dat in de nationale procedure geen onevenredige beperkingen mogen worden gesteld.¹⁵⁴ Een eventuele beperking van voor- noemd recht toetst het Straatsburgse Hof aan de eisen van voorzienbaarheid, een legitiem doel en de proportionaliteit.¹⁵⁵ Absoluut is het recht op toegang tot de rechter dus niet en daarnaast komt aan de Staten een *margin of appreciation* toe bij de vormgeving van dit recht.¹⁵⁶ De kern van het recht mag echter niet worden aangetast.¹⁵⁷

Het stellen van ontvankelijkheidsvoorwaarden¹⁵⁸ en de hoogte van de griffierechten¹⁵⁹ kunnen van invloed zijn op de toegang tot de rechter. Daar-

149 Barkhuysen 2004, p. 64, met verwijzing naar: EHRM 22 november 1995, par. 30-47 (*Bryan t. Verenigd Koninkrijk*). Vgl. ook: Van den Eijnden 2013, p. 336-337.

150 Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 51.

151 Zie ook verderop in dit hoofdstuk.

152 Van Emmerik & Saris 2014, p. 133.

153 Zie uitvoerig: Harris e.a. 2014, p. 398-408; White & Ovey 2014, p. 257-262.

154 Zie o.m. EHRM 28 juni 2005, EHRC 2005, 94, m.nt. Fernhout (*Zednik t. Tsjechië*).

155 Harris e.a. 2014, p. 402. Zie de volgende rechtsoverweging in de zaak *Liakopoulou*: 'si la règle appliquée à cet égard par la haute juridiction est claire, accessible et prévisible, au sens de la jurisprudence de la Cour, si la limitation qu'elle impose au droit d'accès à un tribunal poursuit un but légitime et si celle-ci est proportionnelle [cursivering: TdJ] à ce dernier.' EHRM 24 mei 2006, AB 2006, 257, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 20 (*Liakopoulou t. Griekenland*).

156 White & Ovey 2014, p. 258 e.v.; EHRM 22 oktober 1996, NJ 1997, 449, m.nt. De Boer; NJCM – bull. 1997, p. 287-297, m.nt. Loenen, par. 55 (*Stubbings e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

157 EHRM 24 oktober 1979, NJ 1980, 114 (*Winterwerp t. Nederland*); Harris e.a. 2014, p. 402; Wenders 2010, p. 75 en de daar genoemde jurisprudentie.

158 EHRM 11 januari 2001, EHRC 2001, 17, m.nt. A.W. Heringa (*Platakou t. Griekenland*) (het ging om een deurwaarder die te laat beroep heeft ingesteld: naar nationaal recht is dit de taak van de deurwaarder).

159 EHRM 19 juni 2001, EHRC 2001, 54, m.nt. A.W. Heringa, par. 66 en 61 (*Kreuz t. Polen*). De hoogte van de griffierechten stonden hier gelijk aan een Pools jaarsalaris.

naast geldt hetzelfde voor de aanwezigheid van verjaringstermijnen¹⁶⁰ en de regeling inzake beroepstermijnen.¹⁶¹

In de volgende twee zaken was niet voldaan aan een recht op toegang tot de rechter. In de zaak *Zednik*¹⁶² werd op de laatste dag van de termijn een fax verzonden met aanvullende gegevens. Daarnaast stuurde klager per post een bijbehorende bijlage en dit werd na de gestelde termijn ontvangen. Dit leidde tot een niet-ontvankelijk verklaren van het verzoek van *Zednik*. Het Hof oordeelde unaniem dat het recht op toegang zoals dat besloten ligt in artikel 6, eerste lid EVRM is geschonden. Te strikte naleving van in casu de termijnen maakt dat het recht op toegang tot de rechter in de kern wordt aangetast.¹⁶³ Het Hof wijst excessief formalisme in de nationale procedure van de hand, maar tegelijkertijd past het zelf de ontvankelijkheidsvoorwaarden zeer strikt toe. Geldt artikel 6 EVRM alleen voor de Staten, en niet voor het EHRM zelf?¹⁶⁴

In een latere Griekse zaak¹⁶⁵ resulteerde het niet-ontvankelijk verklaren van het cassatieberoep van klaagster in een schending van het recht op toegang tot de rechter. Klaagster heeft nagelaten om de relevante feiten (van de appel-rechter) te vermelden bij de cassatiegronden. Zij heeft deze echter wel genoemd in de inleiding van haar cassatiegeschrift. Voorts heeft klaagster onder andere ook een overzicht gegeven van het verloop van de procedure, en de grieven tegen het bestreden besluit. Bovendien was de bestreden beslissing toegevoegd aan het cassatiegeschrift.¹⁶⁶ Onder deze omstandigheden komt het EHRM tot de conclusie dat sprake is van een excessief formalistische opstelling door de Griekse Hoge Raad. Gelet op de inspanningen van klaagster had de Griekse

160 EHRM 22 oktober 1996, NJ 1997, 449, m.nt. De Boer, NJCM – bull. 1997, p. 287 – 297, m.nt. Loenen (*Stubbings e.a. t. Verenigd Koninkrijk*) (in deze zaak ging het om het vaststellen van de verjaringstermijn inzake seksueel misbruik). In deze zaak oordeelde het Hof dat de termijn redelijk was. In de *Yagtzilar* zaak daarentegen kwam het Hof tot een tegengesteld oordeel. De in 1933 ingestelde procedure werd in 1995, dus na 63 (!) jaar niet ontvankelijk verklaard met de mededeling dat de eis al in 1971 verjaard zou zijn. EHRM 6 december 2001, EHRC 2002, 5, par. 28 (*Yagtzilar t. Griekenland*).

161 EHRM 16 december 1992, NJCM – bull. 1993, p. 330-336, m.nt. J. van der Velde (*Geouffre de la Pradelle t. Frankrijk*). Alkema spreekt in dit verband van de ‘inzichtelijkheid van de procedure’ als onderdeel van een *eerlijk proces*. Alkema 1996, p. 19.

162 EHRM 28 juni 2005, EHRC 2005, 94, m.nt. Fernhout (*Zednik t. Tsjechië*).

163 Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 48. Zie voor excessief formalisme – in een vreemdelingenzaak over de band van artikel 13 EVRM (en dus niet over de band van het materiële artikel 8 EVRM) – ten aanzien van het vorderen van documenten (voor een uitzondering op het betalen van leges in de procedure voor een vergunningaanvraag in het kader van gezinshereniging): EHRM 10 januari 2012, AB 2012, 31, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*G.R. t. Nederland*).

164 Zie ook deel II.

165 EHRM 24 mei 2006, AB 2006, 257, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Liakopoulou t. Griekenland*).

166 EHRM 24 mei 2006, AB 2006, 257, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 14 (*Liakopoulou t. Griekenland*).

Hoge Raad wel degelijk kennis kunnen nemen van de door het Hof van beroep relevante vastgestelde feiten. Het voorgaande leidt ertoe dat het EHRM oordeelt dat het recht op toegang tot de rechter ongerechtvaardigd is beperkt. Barkhuysen en Van Emmerik merken in hun noot bij deze uitspraak op dat het EHRM een strengere lijn hanteert wanneer het gaat om een in de nationale jurisprudentie ontwikkelde procedurele regel. In casu ontbrak een wettelijke basis voor de procedurele regel op grond waarvan de Griekse Hoge Raad het beroep van klagster niet-ontvankelijk had verklaard.¹⁶⁷

2.2.2.4 De procedurele eisen van artikel 6 EVRM, tweede en derde lid

Indien sprake is van een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM gelden er op grond van het tweede en derde lid aanvullende procedurele waarborgen.¹⁶⁸ In het tweede lid wordt de *onschuldpresumptie* genoemd.¹⁶⁹ De betrokkene tegen wie een vervolging is ingesteld, is onschuldig totdat het tegendeel bewezen is. In het derde lid worden expliciet nog een aantal procedurele waarborgen opgesomd.¹⁷⁰

Als gezegd zien de leden twee en drie van artikel 6 EVRM op de procedurele waarborgen bij een *criminal charge*. Deels bestaat er een overlap met de eerder in dit hoofdstuk genoemde procedurele normen die het Hof inleest in het eerste

¹⁶⁷ Zie onder punt 3 van de noot van Barkhuysen & Van Emmerik.

¹⁶⁸ Vgl. o.m. Harris e.a. 2014, p. 460-491; White & Ovey 2014, p. 279-296; Gerards 2013 e.a. p. 382 e.v. Zie ook: EHRM 14 november 2013, EHRC 2014, 37, m.nt. J. H. Crijns (*Blokhin t. Rusland*) en de Grote Kamer-uitspraak: EHRM 23 maart 2016, EHRC 2016, 146, m.nt. M.I. van Drunick, NJ 2016, 260, m.nt. N. Keijzer (Grote Kamer) (*Blokhin t. Rusland*) waarin tijdens het verhoor van de minderjarige klager geen advocaat aanwezig was tijdens zijn verhoor en van een eerlijk proces geen sprake was: schending artikel 6, eerste en derde lid EVRM.

¹⁶⁹ Van Dijk e.a. 2006, p. 624; Vande Lanotte & Haeck 2004a, p. 519.

¹⁷⁰ Ten eerste komt de verdachte het recht toe om onverwijld in een taal die hij verstaat en in bijzonderheden op de hoogte te worden gesteld van de aard en de reden van de tegen hem ingebrachte beschuldiging. Het recht om te beschikken over de tijd en faciliteiten die nodig zijn voor de voorbereiding van zijn verdediging. Daarnaast het recht om zichzelf te verdedigen of daarbij bijstand te hebben van een zelf gekozen advocaat, of indien hij over onvoldoende middelen beschikt om een raadsman te bekostigen kosteloos door een toegevoegd advocaat te kunnen worden bijgestaan indien de belangen van een behoorlijke rechtspleging dit eisen. En ook het recht om de getuigen à charge te ondervragen of te doen ondervragen en het oproepen en de ondervraging van getuigen à décharge te doen geschieden onder dezelfde voorwaarden als het geval is met getuigen à charge. Tot slot het recht om zich kosteloos te doen bijstaan door een tolk, indien hij de taal die ter terechtzitting wordt gebezigd niet verstaat of niet spreekt.

lid van artikel 6 EVRM.¹⁷¹ De nationale bestuursrechter toetst de evenredigheid van punitieve sancties, zoals een bestuurlijke boete, doorgaans indringend.¹⁷²

Naast deze procedurele rechtsnormen ligt volgens vaste jurisprudentie¹⁷³ van het EHRM in het tweede lid van artikel 6 EVRM het *nemo tenetur*-beginsel, het zwijgrecht, besloten: een verdachte is niet verplicht om mee te werken aan zijn eigen veroordeling.¹⁷⁴ Hierbij wordt een onderscheid gemaakt naar het materiaal dat afhankelijk van de wil van betrokkene is verkregen – zoals een schriftelijke of mondelinge verklaring – en materiaal (bijvoorbeeld bankafschriften) waarvoor dat niet geldt.¹⁷⁵ De bescherming van het *nemo tenetur*-beginsel strekt zich niet uit tot het materiaal dat onafhankelijk van de wil van de betrokkene bestaat.

2.2.3 Toepasselijkheid artikel 6 EVRM in de bestuurlijke voorfase

De toepassing van artikel 6 EVRM blijft niet beperkt tot de rechterlijke fase. Als in het nationale recht, het bestuursrecht in dit geval, is bepaald dat toegang tot de rechter pas mogelijk is als eerst bezwaar is gemaakt, dan dient naar het oordeel van het Hof de gang van zaken in deze voorfase ook voortvarend te zijn.¹⁷⁶ Zo wordt bij de beoordeling van het redelijke termijn-vereiste dus niet langer alleen de duur van de rechterlijke fase beoordeeld. Ook de duur van de verlengde besluitvormingsprocedure wordt hierin betrokken (de fase van bezwaar en administratief beroep in het bestuursrecht). Van een ‘geschil’ (*dispute*) in de zin van artikel 6 EVRM kan al sprake zijn vanaf het moment dat betrokkene bezwaren uit tegen bijvoorbeeld een plan van ruilverkaveling van zijn land. Het geschil ontstaat dus niet in alle gevallen pas bij de rechter.¹⁷⁷ Dit heeft tot gevolg dat sommige typische 6-EVRM eisen al in de bestuurlijke

171 Overigens gelden sommige beginselen die behoren tot het recht op een eerlijk proces als onderdeel van artikel 6 EVRM eerste lid alleen in zaken waarin het gaat om een *criminal charge*, zie: White & Ovey 2014, p. 279. Vgl. ook: Harris e.a. 2014, p. 421 en p. 460; Jansen 2004, p. 27; Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 117; Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2009, p. 17.

172 Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 63-64. Meer recent: Van Emmerik & Saris 2014.

173 Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2009, p. 16; Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 116; Vandelanotte & Haeck (red.) 2004, p. 561. Genoemde arresten in dit verband zijn: EHRM 25 februari 1993, zaaknr. 10828/84, par. 44 (*Funke t. Frankrijk*) en EHRM 8 februari 1996, zaaknr. 18731/91, par. 45-47 (*John Murray t. Verenigd Koninkrijk*).

174 Harris e.a. 2014, p. 422-426; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 68 e.v.; Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2009, p. 16.

175 Barkhuysen 2004, p. 63 met een verwijzing naar: EHRM 3 mei 2001, zaaknr. 31827/96, par. 65-71 (*J.B. t. Zwitserland*).

176 Harris e.a. 2014, p. 396. Zie ook eerder in dit hoofdstuk onder paragraaf 2.2.1.

177 Harris e.a. 2014, p. 396 en de daar genoemde jurisprudentie, en zie ook paragraaf 2.2.2.1.

voorfase een rol kunnen spelen.¹⁷⁸ Het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM kan zich tot slot uitstrekken tot de (effectieve en adequate) tenuitvoerlegging van de uitspraak¹⁷⁹ en onder omstandigheden kan artikel 6 EVRM ook van toepassing zijn in het geval van een voorlopige voorzieningsprocedure (mits bepalend voor het civiele recht/de verplichting van betrokkene).¹⁸⁰ In het geval van een voorlopige voorziening kan dit wel betekenen dat vanwege het spoedeisende karakter van dit middel niet alle vereisten (onpartijdigheid/onafhankelijkheid) door de rechter in acht kunnen worden genomen.¹⁸¹

Het is denkbaar dat de procedurele eisen die het Hof heeft ingelezen in de materiële EVRM-bepalingen juist gericht zijn op de (bestuurlijke) voorfase. Artikel 6 EVRM voorziet immers al in de eisen die gelden in de fase voor de rechter (en overigens onder omstandigheden in de bestuurlijke voorfase). Ter effectivering van de materiële rechten kan het Hof dan additionele procedurele eisen in het leven roepen die vooral gelden voor het uitvoerende orgaan. Als bekend laat het Hof na om in zijn uitspraken expliciet een uitvoerende of rechterlijke autoriteit aan te wijzen die belast is met de plicht. Misschien dat echter wel van bepaalde procedurele eisen gezegd kan worden dat deze primair – mede gelet op de bevoegdheidsverdeling in het nationale recht – door het bestuur in acht dienen te worden genomen?¹⁸²

2.3 ARTIKEL 13 EVRM

Artikel 13 EVRM voorziet in een effectief rechtsmiddel.¹⁸³

‘Een ieder wiens rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, zijn geschonden, heeft recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie, ook indien deze schending is begaan door personen in de uitoefening van hun ambtelijke functie.’

178 Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 59. Zie ook: Harris e.a. 2014, p. 395 e.v., en eerder: Simon 2004. Voor het nationale bestuursprocesrecht is de dissertatie van Wenders relevant (Wenders 2010). Wenders overweegt in haar dissertatie dat het redelijke termijnvereiste als beginsel van behoorlijke rechtspleging (met een basis in artikel 6 EVRM) het meest duidelijk doorwerkt in de bestuurlijke voorprocedures: Wenders 2010, p. 421-423. Wenders concludeert dat de doorwerking van de beginselen van behoorlijke rechtspleging in de bestuurlijke voorprocedure niet voor elk beginsel eenduidig is. Daar komt bij dat de bestuursrechter terughoudend is in het toepassen van deze beginselen in de bestuurlijke voorprocedure en soms de beginselen categorisch uitsluit: Wenders 2010, p. 458 e.v.; Wenders 2011, p. 159 e.v.

179 Harris e.a. 2014, p. 396-397; Simon 2004, p. 3, en zie de eerder genoemde jurisprudentie.

180 Harris e.a. 2014, p. 397.

181 Harris e.a. 2014, p. 398.

182 Zie in het bijzonder hoofdstuk 8 voor de beantwoording van deze en andere vragen.

183 Zie over artikel 13 EVRM onder meer: Harris e.a. 2014, p. 764-782; White & Ovey 2014, p. 129-142.

Om te beginnen heeft artikel 13 EVRM een accessoir karakter. Dit betekent dat een klacht over artikel 13 EVRM doorgaans in combinatie met een ander materieel EVRM-recht, of een recht uit een van de aanvullende protocollen moet worden ingediend.¹⁸⁴ Artikel 13 EVRM biedt dus geen zelfstandige grondslag voor een klacht.¹⁸⁵ Tegelijkertijd heeft artikel 13 EVRM toch een autonoom karakter. Dit houdt in dat een zelfstandige *schending* van artikel 13 EVRM wel mogelijk is: een schending van artikel 13 hoeft dus niet per se gekoppeld te zijn aan een schending van een materieel recht.¹⁸⁶

Het is echter wel van belang dat sprake is van een *arguable* claim. Naast het accessoire karakter van artikel 13 EVRM is dit een tweede belangrijk element. Dit houdt in dat de klacht verdedigbaar moet zijn. Voorkomen moet worden dat het Hof zich moet uitspreken over zogenaamde 'onzinkklachten', zo merkt Barkhuysen op.¹⁸⁷ Het vereiste van een *arguable* claim kan dus worden aangemerkt als een beperking van de autonome betekenis van artikel 13 EVRM.¹⁸⁸ Aanknopingspunten bij het vaststellen van de verdedigbaarheid van de klacht vindt het Hof in de feiten van de zaak en de aard van de juridische problematiek. De wijze waarop het Hof het vereiste van een *arguable* claim inkleurt en vormgeeft is zaaksgebonden.¹⁸⁹ Het gaat er om dat klager onderbouwd aan kan geven dat een van zijn rechten zoals vervat in de Conventie en/of een aanvullend protocol is geschonden.¹⁹⁰ Een schending van het materiële recht maakt in ieder geval dat voldaan is aan voornoemd vereiste.¹⁹¹ Zoals gezegd, hoeft van een daadwerkelijke schending echter geen sprake te zijn: een aantoonbare (in de zin van verdedigbare) vermeende schending volstaat om de claim als verdedigbaar te kwalificeren.¹⁹²

Helder brengt Uzman de gezichtspunten in kaart die het Hof hanteert bij de bepaling of sprake is van een *arguable* claim.¹⁹³ Zo is de klacht dus verdedigbaar op het moment dat de toets aan het materiële recht resulteert in een inbreuk op dat recht. Daarnaast is de klacht volgens de maatstaven van het EHRM verdedigbaar als de klacht op nationaal niveau ten gronde is onderzocht. Ten slotte is de klacht doorgaans¹⁹⁴ niet verdedigbaar op het moment dat

184 Barkhuysen 1998, p. 40.

185 Vandelanotte & Haeck (red.) 2004a, p. 80.

186 Barkhuysen 1998, p. 44. Vgl. ook: White & Ovey 2014, p. 130; Vande Lanotte & Haeck (red.) 2004a, p. 80.

187 Barkhuysen 1998, p. 70 en 112.

188 Barkhuysen 1998, p. 55 e.v.

189 White & Ovey 2014, p. 132; Harris e.a. 2014, p. 767; Vande Lanotte & Haeck 2004a, p. 92 e.v.; Barkhuysen 1998, p. 57.

190 Vande Lanotte & Haeck 2004a, p. 92 e.v.

191 Vande Lanotte & Haeck 2004a, p. 93; Barkhuysen 1998, p. 58.

192 Barkhuysen 1998, p. 111; Vande Lanotte & Haeck (red.) 2004a, p. 92.

193 Uzman 2013, p. 242.

194 Terecht merkt Uzman op dat de verdedigbaarheid van de klacht en het kennelijk ongegrond zijn van de klacht niet te allen tijde samenvalt. Nu een klacht die door het Hof als kennelijk ongegrond wordt afgedaan niet per definitie niet verdedigbaar is. Zie Uzman 2013, p. 244.

het Hof de klacht kennelijk ongegrond verklaart (artikel 35 EVRM, derde lid sub a), en de klacht dus niet ontvankelijk is.¹⁹⁵

Zodra sprake is van een *arguable* claim rust op de Staten op grond van artikel 13 EVRM de plicht om te zorgen dat in het nationale recht een middel voor handen is met behulp waarvan een vermeende schending kan worden geconstateerd.¹⁹⁶ In artikel 13 EVRM wordt gesproken van een 'daadwerkelijk rechtsmiddel', een *effective remedy*.

Bij de beoordeling van de effectiviteit van het rechtsmiddel wordt gelet op de volgende aspecten.¹⁹⁷ Allereerst is het van belang dat het rechtsmiddel daadwerkelijk bestaat. Het dient zowel in theorie als in praktijk te bestaan.¹⁹⁸ Verder moet het middel ook voldoende toegankelijk zijn voor klager. Het middel moet voorts doelmatig en voldoende doeltreffend zijn.¹⁹⁹ Daarnaast moet het mogelijk zijn om een inhoudelijke toets uit te kunnen voeren: een te beperkte toets van de vermeende EVRM-schending volstaat niet.²⁰⁰ Ook moet de uitspraak bindend zijn waarbij rechtsherstel moet kunnen worden geboden. In dit verband wordt ook wel gesproken van 'adequate uitspraak-bevoegdheden'. Het Hof stelt overigens geen eisen aan de inhoud van de beslissing: zowel vernietiging als schadevergoeding of een andere vorm van redres kan volstaan.²⁰¹ Een beperking van het recht op een effectief rechtsmiddel is toegestaan mits deze de kern van het recht niet aantast. Daarnaast dient de beperking voorzienbaar en proportioneel te zijn.²⁰²

In de tekst van artikel 13 EVRM is verder te lezen dat dit daadwerkelijke rechtsmiddel *voor een nationale instantie* dient te kunnen worden aangewend. Geen vereiste is dat dit een rechterlijke instantie is. Ook een administratieve instantie kan volstaan. Wel moet het orgaan beschikken over bepaalde bevoegdheden en macht. Bovendien moet de betreffende instelling onafhankelijk en onpartijdig zijn. Tot slot moeten de beslissingen bindende kracht hebben en aan bepaalde procedurevoorschriften voldoen.²⁰³

In relatie tot artikel 6 EVRM kan het volgende worden gezegd. Artikel 6 EVRM overlapt voor een groot deel met artikel 13 EVRM, en absorbeert als het ware grotendeels artikel 13 EVRM.²⁰⁴ De eisen van artikel 13 EVRM zijn minder

195 Uzman 2013, p. 244. Vgl. ook: Harris e.a. 2014, p. 768; White & Ovey 2014, p. 132.

196 Barkhuysen 1998, p. 150.

197 Wenders (Wenders 2010, p. 120) noemt de zaak *Süßmeli t. Duitsland* (EHRM 8 juni 2006, EHRC 2006, 100, m.nt. A.M.L. Jansen) waarin het Hof deze eisen op hoofdlijnen herhaalt. Voor een uitgebreide uiteenzetting van de eisen waaraan een effectief rechtsmiddel moet voldoen zie: Barkhuysen 1998, p. 120-143.

198 Mirgaux 2013b, p. 1112 e.v.

199 Vgl. ook Barkhuysen 1998, p. 117-118.

200 Wenders 2010, p. 120 e.v.

201 Vgl. Uzman 2013, p. 246; Rapport VAR- Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 49; Vande Lanotte & Haec (red.) 2004a, p. 100 e.v.

202 Barkhuysen 1998, p. 159-160; Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 123.

203 Mirgaux 2013b, p. 1121-1123.

204 White & Ovey 2014, p. 137-139.

strikt.²⁰⁵ Voor zover het echter gaat om een excessieve duur van de procedure behandelt het Hof artikel 13 EVRM afzonderlijk, zo heeft het Hof bepaald in de zaak *Kudla* tegen Polen.²⁰⁶ Artikel 13 EVRM kan dan op nationaal niveau voorzien in een middel waarmee de procedure kan worden versneld.²⁰⁷ Dit laatste is ook in lijn met het subsidiariteitsbeginsel waarbij wordt uitgegaan van de gedachte dat de nationale autoriteiten primaire beschermers dienen te zijn van de grond/mensenrechten.²⁰⁸ Voor het overige blijft bestaan dat artikel 6 EVRM artikel 13 EVRM grotendeels absorbeert.²⁰⁹

2.4 CONCLUSIE

Het doel van dit opmaat-hoofdstuk was om in kaart te brengen welke procedurele eisen de artikelen 6 en 13 van het EVRM bieden. Op die manier biedt dit hoofdstuk de nodige achtergrond bij het bekijken van de procedurele eisen die worden ingelezen in de materiële Verdragsbepalingen. Daarnaast geeft het een beeld hoe deze eisen zich verhouden tot hetgeen is beschermd onder artikel 6 en 13 EVRM. Zonder deze uitvoerig te illustreren is daarom in vogelvlucht ingegaan op de diverse procedurele eisen onder voornoemde artikelen.²¹⁰

In dit hoofdstuk is duidelijk geworden dat artikel 6 EVRM niet pas geldt vanaf het moment dat het geschil voor de rechter komt. De eis die het meest duidelijk doorwerkt in andere fases dan de rechterlijke fase is het redelijke termijn-vereiste. Dit vereiste dient, toegespitst op het bestuursrecht, ook in de voorfase (de fase van bezwaar of administratief beroep) in acht te worden genomen door de nationale uitvoerende autoriteiten. Onder omstandigheden kunnen 6 EVRM-waARBorgen bovendien ook al van betekenis zijn in een voorlopige voorzieningsprocedure. Verder geldt artikel 6 EVRM ook totdat het rechterlijk oordeel finaal is geworden – wanneer in beroep gaan dus niet meer mogelijk is. Bovendien strekt dit recht zich uit tot *na* de rechterlijke fase, namelijk de fase waarin de uitspraak ten uitvoer moet worden gelegd. De tenuitvoerlegging van de uitspraak dient namelijk ook voortvarend plaats te vinden, en bovendien adequaat en effectief te zijn.

Kunnen ook andere 6 EVRM-eisen als de onafhankelijkheid van het gerecht en de onpartijdigheid van de rechters onder omstandigheden van betekenis zijn in de voorfase? De eisen richten zich dan op de onafhankelijkheid van de uitvoerende instantie en de onpartijdigheid van de personen die belast zijn

205 White & Ovey 2014, p. 137.

206 EHRM 26 oktober 2000, EHRC 2000, 89, m.nt. J. van der Velde (Grote Kamer) (*Kudla t. Polen*).

207 Harris e.a. 2014, p. 778; EHRM 26 oktober 2000, EHRC 2000, 89, m.nt. J. van der Velde, par. 147, 155 en 158 (Grote Kamer) (*Kudla t. Polen*).

208 Vgl. ook: Harris e.a. 2014, p. 764-765.

209 White & Ovey 2014, p. 139.

210 Zie voor een overzicht van deze eisen, paragraaf 2.2 (6 EVRM) en 2.3 (13 EVRM).

met de uitvoering. Gelet op de grote rol die de feiten in de voorfase nog kunnen spelen, is het denkbaar dat dit een meer zaaksgebonden toepassing met zich brengt. In het geval van toepassing van de eisen die gelden in de rechterlijke fase is dit anders, nu de feiten dan doorgaans een minder grote rol spelen.

Uit dit opmaat-hoofdstuk werd verder duidelijk dat artikel 13 EVRM een accessoir karakter heeft, en dus in principe in combinatie met een materieel EVRM-recht wordt ingeroepen. In de kern ziet artikel 13 EVRM op de aanwezigheid van een effectief rechtsmiddel in de nationale procedure. Dit kan in sommige gevallen betekenen dat naar nationaal recht een recht op schadevergoeding moet bestaan, of een rechtsmiddel om de (bestuurlijke/rechterlijke) procedure te versnellen. In het kader van dit onderzoek is het interessant om te bezien in hoeverre de materiële artikelen de procedurele betekenis van artikel 13 EVRM inkleuren, en eventueel uitbreiden. Het is bijvoorbeeld de vraag of onder artikel 3 EVRM in combinatie met artikel 13 EVRM een effectief rechtsmiddel tegen een uitzettingsbesluit voldoende is. Denkbaar is dat het Hof in dat geval andere additionele eisen onder artikel 13 EVRM verlangt.

Tot slot is het voor dit onderzoek relevant dat artikel 6 EVRM op een aantal rechtsterreinen niet van toepassing is. Zo vallen onder meer fiscaalrechtelijke geschillen en vreemdelingenrechtelijke zaken buiten het bereik van artikel 6 EVRM. Kan via een materieel EVRM-recht toch een typische 6 EVRM-waarborg van toepassing worden op bijvoorbeeld het vreemdelingenrecht? Met als gevolg een potentiële verruiming van 6 EVRM? Of zijn de procedurele waarborgen ingelezen in de materiële EVRM-rechten van een ander kaliber dan de 6 EVRM-eisen? Met deze vragen in het achterhoofd, zal in de navolgende hoofdstukken in worden gegaan op de procedurele eisen als onderdeel van de materiële EVRM-artikelen en de eventuele toegevoegde waarde ten opzichte van de procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM.

DEEL I

De procedurele waarborgen van artikel 2, 3 en 8
EVRM en artikel 1 EP EVRM

3 | Aanleiding en opbouw deel I

3.1 INLEIDING, AANLEIDING EN PROBLEEMSTELLING

In de voorgaande hoofdstukken is onder meer de aanleiding geschetst voor deze studie naar het inlezen van procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten. Bij wijze van opmaat zijn daarom de procedurele eisen uiteengezet die onderdeel zijn van de artikelen 6 en 13 EVRM.

Niet alleen de naar hun aard procedurele EVRM-rechten, waaronder artikel 6 en 13 EVRM, brengen procedurele verplichtingen voor de nationale autoriteiten met zich. Zoals eerder opgemerkt,¹ heeft het Hof ook procedurele verplichtingen gecreëerd onder een aantal materiële EVRM-rechten. Het eerste deel van deze studie heeft primair tot doel om deze procedurele eisen op een beschrijvende wijze uiteen te zetten. Het laatste concluderende hoofdstuk heeft een meer analyserend karakter waarbij deze eisen van meer duiding worden voorzien.

In deel I staat de eerste onderzoeksvraag centraal. Deze vraag zal vervolgens in de afzonderlijke hoofdstukken per EVRM-artikel worden beantwoord. Deze vraag luidt: welke procedurele waarborgen heeft het EHRM ingelezen in de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM? Daarnaast zal in de afzonderlijke hoofdstukken ook antwoord worden gegeven op de derde onderzoeksvraag van dit onderzoek: wat is de mogelijke toegevoegde waarde van deze procedurele waarborgen ten opzichte van de procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM?²

3.2 OPBOUW DEEL I

Uit het voorgaande volgt dat in de hoofdstukken 4 tot en met 7 de procedurele waarborgen onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM in kaart worden gebracht. Daarbij wordt ook ingegaan op de relatie van deze aanvul-

1 Zie hoofdstuk 1.

2 Zie voor deze vragen: hoofdstuk 1, paragraaf 1.2.

lende procedurele waarborgen tot de procedurele eisen van de artikelen 6 en 13 EVRM, en de eventuele toegevoegde waarde.

In het sluitstuk van dit eerste deel (hoofdstuk 8), volgen de conclusies, en komen de in hoofdstuk 1, paragraaf 1.4 vermelde vragen aan bod. Ten eerste wordt ingegaan op de vraag waarom het EHRM de procedurele eisen aan een materieel EVRM-recht ontleent, en niet aan artikel 6 en/of 13 EVRM. Ten tweede wordt een antwoord gegeven op de vraag of het verschil tussen absolute rechten (artikel 2 en 3 EVRM) en relatieve rechten (artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM) van invloed is op de procedurele verplichtingen. In die zin dat er wellicht strengere procedurele eisen worden gesteld op het moment dat het gaat om een recht dat niet beperkt mag worden. Verder wordt de vraag beantwoord of het specifieke materiële recht van invloed is op de procedurele verplichtingen. Ten derde wordt stilgestaan bij de vraag of er andere, meer algemene factoren van invloed zijn op de procedurele verplichtingen onder de materiële EVRM-rechten.

4 | De procedurele waarborgen van artikel 2 EVRM

4.1 INLEIDING

In dit eerste hoofdstuk van deel I staan de procedurele eisen centraal die het Hof heeft ingelezen in artikel 2 EVRM. Dit heeft geresulteerd in de volgende hoofdvraag: welke procedurele waarborgen heeft het EHRM ingelezen in artikel 2 EVRM? Daarnaast zal ook de derde onderzoeksvraag van deze studie worden beantwoord. Hierbij gaat het om de eventuele toegevoegde waarde van de procedurele eisen onder artikel 2 EVRM ten opzichte van de procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM.

In de tekst van artikel 2 EVRM is bepaald dat het recht op leven bij wet moet worden beschermd en dat niemand opzettelijk van het leven mag worden beroofd. Dat is een onthoudingsverplichting voor de Staat. De tekst van artikel 2 EVRM vermeldt geen procedurele eisen. In de jurisprudentie van het EHRM is echter een breed scala aan procedurele eisen geformuleerd waaraan de Staat onder artikel 2 EVRM dient te voldoen. Het is daarom interessant om deze procedurele eisen in kaart te brengen, en om te kijken in welke gevallen en in welke mate deze procedurele eisen verplichtingen voor de Staten met zich brengen. Vanaf wanneer dient de Staat in actie te komen? Hoe ver reikt de plicht die op de Staten rust om het recht op leven van hun burgers te beschermen? Is de Staat ook verplicht om een onderzoek te doen naar de doodsoorzaak als de Staat zelf niet betrokken is geweest bij het dodelijke geweldsincident?

Allereerst zal in dit hoofdstuk de achtergrond van artikel 2 EVRM worden geschetst. Hierbij zal ook uitgebreid stil worden gestaan bij de materiële positieve verplichtingen als onderdeel van artikel 2 EVRM (paragraaf 4.2). Ten tweede volgt een bespreking van de procedurele eisen die het Hof heeft ingelezen in artikel 2 EVRM (paragraaf 4.3). Ten derde wordt gekeken naar de relatie tussen deze procedurele eisen en de procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM en de mogelijke toegevoegde waarde (paragraaf 4.4). Vervolgens wordt gekeken of de procedurele onderzoeksplicht onder artikel 2 EVRM vooral geldt in de besluitvormingsfase en/of de rechterlijke fase (paragraaf 4.5). Afgesloten wordt met de conclusie (paragraaf 4.6).

Vooraf dient opgemerkt te worden dat de termen 'procedurele onderzoeksplicht' en 'effectief officieel onderzoek' inwisselbaar zijn en derhalve door elkaar zullen worden gebruikt. Verder zal in dit hoofdstuk op sommige plaat-

sen een link worden gelegd met de eerder besproken procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM en met de nog te bespreken procedurele eisen onder de artikelen 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM.

4.2 ACHTERGROND ARTIKEL 2 EVRM

4.2.1 Het recht op leven

De tekst van artikel 2 EVRM luidt als volgt.

- ‘1. Het recht van een ieder op leven wordt beschermd door de wet. Niemand mag opzettelijk van het leven worden beroofd, behoudens door de tenuitvoerlegging van een gerechtelijk vonnis wegens een misdrijf waarvoor de wet in de doodstraf voorziet.
2. De beroving van het leven wordt niet geacht in strijd met dit artikel te zijn geschied ingeval zij het gevolg is van het gebruik van geweld, dat absoluut noodzakelijk is:
 - a. ter verdediging van wie dan ook tegen onrechtmatig geweld;
 - b. teneinde een rechtmatige arrestatie te bewerkstelligen of het ontsnappen van iemand die op rechtmatige wijze is gedetineerd, te voorkomen;
 - c. teneinde in overeenstemming met de wet een oproer of opstand te onderdrukken.’

Het recht op leven zoals verwoord in artikel 2 EVRM kan worden beschouwd als een van de meest fundamentele rechten van de Conventie.¹ De effectuering van de andere Verdragsrechten impliceert tenslotte dat het recht op leven wordt gewaarborgd.² Artikel 2 EVRM geldt (in principe) absoluut. Zo is het niet toegestaan om in tijden van oorlog of in het geval dat sprake is van een noodtoestand die het bestaan van het land bedreigt af te wijken van artikel 2 EVRM, zo is te lezen in het eerste lid van artikel 15 EVRM.³ Het tweede lid van

1 EHRM 27 september 1995, zaaknr. 18984/91, par. 147 (*McCann t. Verenigd Koninkrijk*). Vgl. ook: White & Ovey 2014, p. 143; Harris e.a. 2014, p. 203.

2 Vande Lanotte & Haec (red.) 2004a, p. 43.

3 Artikel 15 EVRM luidt als volgt:

1. In tijd van oorlog of in geval van enig andere algemene noodtoestand die het bestaan van het land bedreigt, kan iedere Hoge Verdragsluitende Partij maatregelen nemen die afwijken van zijn verplichtingen ingevolge dit Verdrag, voor zover de ernst van de situatie deze maatregelen strikt vereist en op voorwaarde dat deze niet in strijd zijn met andere verplichtingen die voortvloeien uit het internationale recht.

2. De voorgaande bepaling staat geen enkele afwijking toe van artikel 2, behalve ingeval van dood als gevolg van rechtmatige oorlogshandelingen, en van de artikelen 3, 4, eerste lid, en 7.

3. Elke Hoge Verdragsluitende Partij die gebruik maakt van dit recht om af te wijken, moet de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa volledig op de hoogte houden van de genomen maatregelen en van de beweegredenen daarvoor. Zij moet de Secretaris-Generaal

artikel 15 EVRM noemt echter wel een uitzondering: afwijking van artikel 2 EVRM is wel toegestaan indien sprake is van 'dood als gevolg van rechtmatige oorlogshandelingen'.⁴ Voorts is in het aanvullende Protocol 6 bij het Verdrag vastgelegd dat de doodstraf niet is toegestaan in vreedstijd. Protocol 13 daarentegen verbiedt de doodstraf in alle omstandigheden, dus ook in een oorlogssituatie.⁵ Tot slot dient het gebruik van geweld (en dus een eventuele gerechtvaardigde beperking van artikel 2 EVRM) 'absoluut noodzakelijk' te zijn. Dit is ook te lezen in het hiervoor weergegeven tweede lid van het artikel. De beperking is dus aan een strengere toets (i.e. eisen) onderworpen dan de beperking van andere Verdragsartikelen. Zo lezen we in de artikelen 8 tot en met 11 van het EVRM immers dat de beperking 'noodzakelijk in een democratische samenleving' dient te zijn.⁶

4.2.2 Positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM: de materiële component

In beginsel brengt artikel 2 EVRM een onthoudingsplicht voor de Staten met zich. Dit betekent dat de Staat iemand niet van het leven mag beroven en het recht op leven dient te respecteren.⁷ Naast deze onthoudingsverplichting zijn in de Straatsburgse jurisprudentie positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM ontwikkeld.⁸ Deze positieve verplichtingen kennen zowel een materiële component als een procedurele component.⁹ Bij de positieve verplichtingen verlangt het EHRM een actief optreden van de Staten. Deze verplichtingen volgen niet uit de Verdragstekst zelf, maar kunnen wel vergaande consequenties hebben voor de Staat. Dit maakt het relevant om deze verplichtingen nader te bestuderen en te analyseren.

In het kort ziet de materiële positieve verplichting onder artikel 2 EVRM op de plicht die op de Staten rust om zich in te spannen het recht op leven van zijn burgers te beschermen.¹⁰ Dit vraagt dus om een actieve houding van de Staat. Deze materiële positieve verplichting omvat diverse concrete verplichtingen.

van de Raad van Europa eveneens in kennis stellen van de datum waarop deze maatregelen hebben opgehouden van kracht te zijn en de bepalingen van het Verdrag opnieuw volledig worden toegepast.

4 Harris e.a. 2014, p. 203.

5 Vande Lanotte & Haeck (red.) 2004a, p. 80-81. Vgl. ook: Korff 2006, p. 6-7; White & Ovey 2014, p. 143-144.

6 Vgl: Vande Lanotte & Haeck 2004a, p. 40; Emaus 2013, p. 128-129; EHRM 27 september 1995, zaaknr. 18984/91, par. 149 (*McCann t. Verenigd Koninkrijk*).

7 White & Ovey 2014, p. 145 e.v.; Mirgaux 2013a, p. 42.

8 White & Ovey 2014, p. 153 e.v. Zie over overheidsfalen en het EVRM bij serieuze bedreiging voor de fysieke veiligheid: Gijselaar & De Jong 2016.

9 De procedurele eisen onder artikel 2 EVRM komen in paragraaf 4.3 aan bod.

10 Mirgaux 2013a, p. 42 en p. 57 e.v., vgl. ook: Grabenwarter 2014, p. 21 e.v.

De materiële positieve verplichting die op de Staten rust om het recht op leven van diegenen die onder zijn rechtsmacht ressorteren te beschermen, is voor het eerst geformuleerd in de zaak *L.C.B. tegen het Verenigd Koninkrijk*.¹¹ Klaagster in deze zaak was de dochter van een militair die bij atoomproeven betrokken was geweest. Zij stelde dat deze blootstelling aan radioactieve stoffen ook tot gevaar voor haar eigen gezondheid heeft geleid. Volgens klager had de Staat haar ouders moeten adviseren en eventueel moeten waarschuwen. Daarnaast had de Staat de gezondheidssituatie van klager moeten monitoren.¹² In de onderhavige zaak kwam het Hof echter niet tot een schending. Het causaal verband tussen de bij klager vastgestelde leukemie en de mogelijke blootstelling van de vader aan het radioactieve materiaal ontbrak.¹³ Niettemin formuleerde het Straatsburgse Hof de materiële positieve verplichting in de onderhavige zaak als volgt:

‘In this connection [bedoeld wordt: de inhoud van de klacht], the Court considers that the first sentence of Article 2 § 1 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to *take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction*. It has not been suggested that the respondent State intentionally sought to deprive the applicant of her life. The Court’s task is, therefore, to determine whether, given the circumstances of the case, the State did all that could have been required of it to prevent the applicant’s life from being avoidably put at risk.’¹⁴

Het gaat er dus om dat de Staat de nodige stappen neemt om het leven van degenen die zich onder zijn jurisdictie bevinden te beschermen. Het EHRM toetst vervolgens of de Staat, gelet op de omstandigheden, alles heeft gedaan dat van de Staat in kwestie verlangd mocht worden om het recht op leven van zijn onderdanen te beschermen.

In latere jurisprudentie heeft het Hof deze plicht verder uitgewerkt.¹⁵ De plicht die op de Staat rust om het recht op leven van zijn onderdanen te beschermen is extensief,¹⁶ en strekt zich zowel uit tot publieke als private activiteiten waarbij het recht op leven mogelijk gevaar loopt.¹⁷ Voorts geldt de plicht niet alleen in het geval van gevaarlijke activiteiten waarbij menselijk

11 EHRM 9 juni 1998, *NJ* 1999, 283 (*L.C.B. t. Verenigd Koninkrijk*); Mirgaux 2013a, p. 57; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 80. Zie recenter (en in combinatie met artikel 2 Handvest): Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 96-98. Vgl. eerder: Hendriks & Van Dijk 2008, p. 71.

12 EHRM 9 juni 1998, *NJ* 1999, 283, par. 36 (*L.C.B. t. Verenigd Koninkrijk*).

13 EHRM 9 juni 1998, *NJ* 1999, 283, par. 39 (*L.C.B. t. Verenigd Koninkrijk*).

14 EHRM 9 juni 1998, *NJ* 1999, 283, par. 36 (*L.C.B. t. Verenigd Koninkrijk*).

15 Mirgaux 2013a, p. 57 e.v. en de daar genoemde jurisprudentie. Zie ook helder: Sanderink 2015a.

16 Zo wordt opgemerkt in: White & Ovey 2014, p. 153.

17 EHRM 30 november 2004, *AB* 2005, 43, par. 71, m.nt. A.J.Th. Woltjer (Grote Kamer) (*Öneryildiz t. Turkije*).

handelen is betrokken,¹⁸ maar ook in het geval van milieurisico's¹⁹ en natuurrampen.²⁰

Bij de preventieve beschermingsplicht gaat het er ten eerste om dat de Staat wettelijke normen stelt en handhaaft,²¹ zo is te lezen in de hierna volgende overweging van het Hof in de zaak *Öneryildiz*.²² In deze zaak ging het om een methaangasexplosie op een vuilnisbelt waarbij een groot aantal van de omliggende woningen werd verwoest en er 39 mensen om het leven kwamen. Daaronder waren negen familieleden van klager *Öneryildiz*. De Turkse overheid, in dit geval de burgemeester en wethouder, wordt verweten onvoldoende te hebben gedaan om de explosie te voorkomen. Hoewel zij op de hoogte waren van het mogelijke ontploffingsgevaar. Dat het ging om een illegale bewoning doet hieraan geen afbreuk. Het gedogen van deze bewoning komt in casu meer gewicht toe, aldus het Hof.²³

'The positive obligation [om de nodige stappen te nemen die het recht op leven beschermen: TdJ] entails above all a primary duty on the State to put in place a legislative and administrative framework designed to provide effective deterrence against threats to the right to life'²⁴

Daarnaast, zo vervolgt het Hof, dient de Staat de voor de gezondheid/veiligheid van mensen potentieel gevaarlijke activiteiten te reguleren. Hierbij gaat

18 Bij Gerards is te lezen dat het hierbij kan gaan om: zorgvuldige voorbereiding van levensbedreigende operaties en geweldsinstructies: Gerards 2013, p. 238-243, EHRM 24 maart 2011, zaaknr. 23458/02 (Grote Kamer) (*Guliani en Gaggio t. Italië*), en ook: White & Ovey 2014, p. 154-15 en de daar genoemde jurisprudentie en eerder: Loof 2005, p. 476. De positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM strekken zich ook uit tot medische zaken. Vgl. o.m.: Korff 2006, p. 75-79 en EHRM 17 januari 2002, EHRC 2002, 22 m.nt. J. van der Velde (Grote Kamer) (*Calvelli en Ciglio t. Italië*) (arts nalatig, gevolg: overlijden baby, geen schending omdat wetgeving in orde was en voorzien in effectieve rechtsbescherming); zowel in de publieke als private gezondheidszorg: EHRM 2 december 2008, zaaknr. 42994/05 (niet-ontv.besl.) (*Furdik t. Slowakije*); EHRM 17 januari 2008, zaaknr. 59584/00 (*Dodov t. Bulgarije*).

19 EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43, m.nt. A.J.Th. Woltjer (Grote Kamer) (*Öneryildiz t. Turkije*).

20 EHRM 20 maart 2008, AB 2008, 206 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, NJ 2009, 229, m.nt. E.A. Alkema, RvdW 2008, 794 (*Budayeva t. Rusland*).

21 Zie ook: White & Ovey 2014, p. 153 e.v.; Harris e.a. 2014, p. 204-206; Schokkenbroek 2005, p. 11.

22 EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43, m.nt. A.J.Th. Woltjer (Grote Kamer) (*Öneryildiz t. Turkije*). Zie over het recht op leven in de context van industriebedrijven/fabrieken: Xenos 2007.

23 Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 80- 81. EHRM 30 november 2004, NJ 2005, 210, m.nt. E.A. Alkema (Grote Kamer) (*Öneryildiz t. Turkije*).

24 EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43, m.nt. A.J.Th. Woltjer, par. 89 (Grote Kamer) (*Öneryildiz t. Turkije*).

het dan dus om de vergunningverlening, en om toezicht en handhaving.²⁵ Daarnaast is de Staat verplicht voldoende praktische maatregelen te treffen om de effectieve bescherming van zijn burgers te verzekeren. Zo is te lezen in de hierna volgende overweging van het Hof.

‘This obligation indisputably applies in the particular context of dangerous activities, where, in addition, special emphasis must be placed on regulations geared to the special features of the activity in question, particularly with regard to the level of the potential risk to human lives. They must govern the *licensing, setting up, operation, security and supervision of the activity* and must make it *compulsory* for all those concerned to *take practical measures* to ensure the effective protection of citizens whose lives might be endangered by the inherent risks [cursivering: Td]].’²⁶

Een bevestiging en toepassing van voornoemde verplichtingen is te vinden in de zaak *Kolyadenko e.a. tegen Rusland*.²⁷ Klagers in deze zaak zijn woonachtig in een woonwijk dichtbij een drinkwaterreservoir. In het geval van zware regen wordt water uit het reservoir gelaten dat vervolgens via de rivier weg kan stromen. De rivier is inmiddels echter sterk vervuild, met als gevolg dat bij stevige neerslag overstromingen plaatsvinden met schadelijke gevolgen voor 5000 mensen. In augustus 2001 is sprake van zeer zware regenval en dit heeft tot gevolg dat de huizen van klagers onder water komen te staan.

Het EHRM oordeelt in deze zaak dat Rusland niet heeft voldaan aan zijn materiële positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM (en overigens ook onder artikel 8 EVRM).²⁸ Zo hebben de autoriteiten onder meer nagelaten te voorzien in adequate wet- en regelgeving aangaande het ruimtelijke ordeningsbeleid nabij het reservoir. Voorts ontbrak het aan een coherent toezichtstelsel om de bevolking in het betreffende gebied te beschermen, was er kritiek op het afvoersysteem van de rivier, ontbrak een waarschuwingssysteem en werd de

25 Vgl. o.m.: White & Ovey 2014, p. 153 e.v.; Harris e.a. 2014, p. 204 e.v.; Mirgaux 2013a, p. 63 e.v.; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 81. Zie in dit kader de dissertatie van Sanderink over het EVRM en het materiële omgevingsrecht, en de positieve verplichtingen onder 2 en 8 EVRM en 1 EP EVRM, waaronder de verplichting om regelgeving uit te vaardigen, en toezichtsverplichtingen en handhaving.

26 EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43, par. 90, m.nt. A.J.Th. Woltjer (Grote Kamer) (*Öneryildiz t. Turkije*).

27 EHRM 28 februari 2012, AB 2012, 314, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2012, 105, m.nt. D.G.J. Sanderink (*Kolyadenko e.a. t. Rusland*). Zie voor de herhaling van de general principles: par. 157-161 in de uitspraak. Van latere datum: EHRM 24 juli 2014, AB 2015, 37, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2014, 240, m.nt. J.M. Emaus, par. 101 (*Brincat t. Malta*).

28 EHRM 28 februari 2012, AB 2012, 314, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2012, 105, m.nt. D.G.J. Sanderink, par. 162 e.v., en resumerend in par. 185-187 (*Kolyadenko e.a. t. Rusland*).

bevolking niet geïnformeerd over de potentiële risico's.²⁹ Voor wat betreft het verstrekken van omgevingsgerelateerde informatie geldt onder artikel 2 EVRM dat dit met name uit eigen beweging van de overheid dient te gebeuren: een informatieverzoek van de betrokkenen is dan dus geen vereiste.³⁰

Al eerder heeft het Hof in het kader van de preventieve beschermingsplicht overwogen dat betrokkenen dienen te worden geïnformeerd over potentieel levensbedreigend gevaar:

'Among these preventive measures, particular emphasis should be placed on the public's *right to information*, as established in the case-law of the Convention institutions [cursivering: TdJ].'³¹

Niet alleen artikel 2 EVRM verplicht de Staat om het publiek te informeren, ook artikel 8 EVRM kan van de Staat verlangen dat de burgers de beschikking krijgen over de informatie over mogelijke risico's voor de veiligheid/gezondheid.³² Dit is bevestigd in latere jurisprudentie.³³ Vermeldenswaard in dit verband is bovendien dat de omvang van de positieve verplichtingen onder de artikelen 2 en 8 EVRM in het geval van gevaarlijke activiteiten voor een groot deel overlappen.³⁴ Zo is te lezen in de hierna volgende overweging van het Hof in de zaak *Brincat* e.a. tegen Malta.³⁵

29 Zie ook de heldere weergave van de tekortkomingen in de noot van Sanderink onder de punten 4 tot en met 6. *Kolyadenko* is ook van grote invloed geweest op de Nederlandse Gaswinningszaak Groningen: ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578 (*Gaswinning Groningen*).

30 Aldus Sanderink 2015, p. 293 e.v. Sanderink merkt voorts op dat de informatieverstrekking in omgevingszaken onder artikel 8 EVRM juist meer op verzoek gebeurt, en de EHRM jurisprudentie minder duidelijk is t.a.v. de ambtshalve informatieverstrekking (Sanderink 2015a, p. 288-292). Zie uitgebreider hoofdstuk 6 van dit onderzoek.

31 EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43, m.nt. A.J.Th. Woltjer, par. 90 (Grote Kamer) (*Öneryildiz t. Turkije*).

32 EHRM 19 februari 1998, JB 1998, 48, m.nt. A.W. Heringa, par. 60 (Grote Kamer) (*Guerra e.a. t. Italië*). Zie meer uitgebreid over het recht op informatie als onderdeel van artikel 8 EVRM: hoofdstuk 6.

33 Vgl. o.m.: EHRM 24 juli 2014, AB 2015, 37, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2014, 240, m.nt. J.M. Emaus, par. 101 (*Brincat t. Malta*) en een stap verder: EHRM 5 december 2013, AB 2014, 105, m.nt. T. de Jong, par. 220 (*Vilnes e.a. t. Noorwegen*).

34 Zie ook in het kader van omgevingszaken: Sanderink 2015, p. 203, onder noot 16 waarin de auteur wijst op het doortrekken van lijnen door het EHRM van het ene artikel (1 EP EVRM) naar de andere artikelen (2 EVRM en 8 EVRM). Deze lijnen zien naar mijn opvatting vooral op de materiële positieve verplichtingen, en blijven dus verder buiten beschouwing in dit onderzoek.

35 EHRM 24 juli 2014, AB 2015, 37, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2014, 240, m.nt. J.M. Emaus (*Brincat t. Malta*) (blootstelling ex-werknemers aan asbest gedurende werkzaamheden). De annotator Emaus merkt dit ook op: onder punt 8 en onder verwijzing naar: Harris e.a. 2014, p. 584.

‘It has also recognised that in the context of dangerous activities, the scopes of the positive obligations under Articles 2 and 8 of the Convention largely overlap. Indeed, the positive obligation under Article 8 requires the national authorities to take the same practical measures as those expected of them in the context of their positive obligation under Article 2 of the Convention’.³⁶

Eerder overwoog het Hof hetzelfde in de zaak *Budayeva*³⁷ ten aanzien van de overlap, en ten aanzien van de praktische maatregelen in de zaak *Kolyadenko e.a.*³⁸

Tot slot moet in het kader van de preventieve beschermingsplicht zijn voorzien in adequate procedures, waarbij de technische aspecten van de activiteit worden meegenomen, met behulp waarvan tekortkomingen en door de verantwoordelijken begane fouten kunnen worden opgespoord³⁹ en indien nodig verantwoordelijk kunnen worden gehouden, zo volgt uit de hierna weergegeven overweging.⁴⁰

‘In any event, the relevant regulations must also provide for *appropriate procedures*, taking into account the technical aspects of the activity in question, for identifying shortcomings in the processes concerned and any errors committed by those responsible at different levels [cursivering: TdJ].’⁴¹

Nu in het voorgaande is ingegaan op de diverse plichten als onderdeel van de preventieve beschermingsplicht onder artikel 2 EVRM, volgen ten slotte nog enkele omstandigheden waarin deze plicht ontstaat.

In de eerste plaats is voor de activering van de preventieve beschermingsplicht van belang dat sprake is van een ‘real and immediate danger’.⁴² Daarnaast dienen de nationale autoriteiten op de hoogte te zijn van dit daadwerkelijke en onmiddellijke gevaar: ‘knew or ought to have known’.⁴³ Of de Staat

36 EHRM 24 juli 2014, AB 2015, 37, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2014, 240, m.nt. J.M. Emaus, par. 102 (*Brincat t. Malta*).

37 EHRM 20 maart 2008, AB 2008, 206, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, NJ 2009, 229, m.nt. E.A. Alkema, RvdW 2008, 794, par. 133 (*Budayeva t. Rusland*) en vgl. ook: Harris e.a. 2014, p. 584.

38 EHRM 28 februari 2012, EHRC 2012, 105, m.nt. D.G.J. Sanderink, AB 2012, 314, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 212 en 216 (*Kolyadenko e.a. t. Rusland*).

39 Vgl. ook: Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 81; Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 96-98.

40 De regeling omtrent aansprakelijkheid is procedureel van aard, en komt in paragraaf 4.3.2 aan bod.

41 EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43, m.nt. A.J.Th. Woltjer, par. 90 (Grote Kamer) (*Öneryildiz t. Turkije*).

42 EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43, par. 101, m.nt. A.J.Th. Woltjer (Grote Kamer) (*Öneryildiz t. Turkije*).

43 EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43, par. 101, m.nt. A.J.Th. Woltjer (Grote Kamer) (*Öneryildiz t. Turkije*). Zie eerder: EHRM 28 oktober 1998, NJ 2000, 134, m.nt. E.A. Alkema, par. 116 (Grote Kamer) (*Osman t. Verenigd Koninkrijk*). Vgl. ook: Gijselaar & De Jong 2016, onder 3.3; White & Ovey 2014, p. 154; Mirgaux 2013a, p. 60 e.v.

aan zijn positieve verplichting onder artikel 2 EVRM heeft voldaan beoordeelt het Hof aan de hand van een aantal factoren, waaronder de omstandigheden van het geval, de nationale besluitvormingsprocedure en het al dan niet gerechtvaardigd doen en (na)laten van de nationale autoriteiten.⁴⁴

In de tweede plaats beperkt de preventieplicht zich niet tot een dreiging die uitgaat van overheidsfunctionarissen.⁴⁵ De plicht geldt ook in het geval dat sprake is van een dreiging afkomstig van derden. Illustratief is de zaak *Osman*⁴⁶ waarin het ging om de bedreiging van een leerling door een leraar met als uiteindelijk gevolg een zwaargewonde leerling en de dood van de vader. De veroordeelde leraar werd vervolgens voor onbepaalde tijd opgesloten in een psychiatrische inrichting. Centraal in deze zaak stond de vraag of de autoriteiten meer hadden moeten doen om de verwonding van de leerling en de dood van de vader te voorkomen.⁴⁷ Klagers slaagden er overigens in deze zaak niet in om het beslissende moment van dreiging aan de politie kenbaar te maken. Het Hof oordeelde dat er geen materiële schending van artikel 2 EVRM was.⁴⁸ In een latere zaak oordeelde het EHRM dat wel sprake was van een schending van de materiële positieve verplichting onder artikel 2 EVRM.⁴⁹ In casu ging het om een man die in een echtscheidingsprocedure verwickeld was met zijn vrouw. De man heeft de advocate van zijn echtgenote doodgeschoten, zijn ex-vrouw vervolgens verwond en daarna zichzelf van het leven beroofd. Hieraan voorafgaand had de man (die eerder was veroordeeld voor mishandeling en bedreiging) diverse doodsb bedreigingen jegens zijn vrouw geuit. Na een incident waarbij de man dreigde zichzelf wat aan te doen, is een arts ingeschakeld die psychiatrische hulp aanraadde. Deze hulp was echter niet direct beschikbaar. De nationale politie heeft de man niet gearresteerd, hoewel het wist dat hij een risico vormde. Dit resulteert in een schending van de materiële component van artikel 2 EVRM.

44 EHRM 24 juli 2014, *AB* 2015, 37, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *EHRC* 2014, 240, m.nt. J.M. Emaus, par. 101 (*Brincat t. Malta*). Zie recent: EHRM 2 februari 2016, *EHRC* 2016, 80 (*Cavit Týnarlýoğlu t. Turkije*) (ongeluk met boot tijdens vakantie, met handicap van klager tot gevolg. Staat heeft voldaan aan (materiële en procedurele) positieve verplichtingen om het recht op leven te beschermen. Zowel via regulering en toezicht vooraf als het onderzoek achteraf. Geen schending van artikel 2 EVRM).

45 Mowbray 2002, p. 437 onder verwijzing naar EHRM 28 juli 1998, zaaknr. 23818/94 (*Ergi t. Turkije*). Vgl. ook: Vande Lanotte & Haeck (red.) 2004a, p. 50.

46 EHRM 28 oktober 1998, *NJ* 2000, 134, m.nt. E.A. Alkema, par. 121 (Grote Kamer) (*Osman t. Verenigd Koninkrijk*). Het kan soms ook gaan om een algemeen risico, waarbij de actuele dreiging niet van identificeerbare derden afkomstig is.

47 Vgl.: Van Dijk e.a. 2006, p. 358 e.v.; Korff 2006, p. 66.

48 EHRM 28 oktober 1998, *NJ* 2000, 134, m.nt. E.A. Alkema (Grote Kamer) (*Osman t. Verenigd Koninkrijk*).

49 EHRM 18 september 2014, *EHRC* 2014, 245 (*Bljakaj e.a. t. Kroatië*)

In de derde plaats rust op de Staat een grotere plicht gevangenen en andere kwetsbare personen te beschermen tegen mogelijk levensbedreigend gevaar.⁵⁰ De gevangenen zijn kwetsbaar en bevinden zich bovendien onder de verantwoordelijkheid van de Staat.⁵¹ In de zaak *Paul en Audrey Edwards*⁵² is de zoon van klagers gedood door zijn geesteszieke en gevaarlijke celgenoot.⁵³ Het EHRM bevestigt de kwetsbare positie van gevangenen in deze zaak en daarnaast oordeelt het dat de psychische gesteldheid van de veroordeelde bekend was bij de autoriteiten: schending materiële positieve verplichting artikel 2 EVRM.⁵⁴

In de vierde en tevens laatste plaats kan als kenmerk van de preventieplicht gewezen worden op de omvang van deze verplichting onder artikel 2 EVRM. Een beperking van de verplichting kan worden gevonden in de vrijheid die de Staten hebben ten aanzien van de keuzes rond prioriteiten en financiën: er mag geen onevenredige of disproportionele last op de Staten worden gelegd.⁵⁵ Barkhuysen en Van Emmerik merken op dat de Staten een grotere beoordelingsvrijheid hebben in het geval van natuurrampen, nu in die gevallen de beperking van het gevaar niet altijd binnen de macht van de Staat ligt.⁵⁶ De omvang van de plicht wordt dan ingegeven door de oorsprong van het gevaar en de mate van de beperking van het gevaar.⁵⁷ Interessant in dit kader is voorts dat het Hof in de eerder genoemde zaak *Budayeva*⁵⁸ ingaat op de positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM. Het Hof gaat ook in op wat het van de Staat verlangt onder artikel 1 EP EVRM. Allereerst herhaalt het Hof dat in het geval van natuurrampen minder van de Staat kan worden verlangd. De positieve verplichting om het recht op eigendom te beschermen voor weersgevaaren reiken niet zo ver als de verplichtingen in het geval dat het gevaar wordt veroorzaakt door menselijk handelen.⁵⁹ Vervolgens gaat het

50 EHRM 13 juni 2002, zaaknr. 38361/97, par 125-131 (*Anguelova t. Bulgarije*). EHRM 3 april 2001, zaaknr. 27229/95, par. 89-101 (*Keenan t. Verenigd Koninkrijk*). In de laatste zaak ging het om de plicht van de overheid om zelfmoord door een gedetineerde tegen te gaan. Loof 2005, p. 462.

51 Mirgaux 2013a, p. 61.

52 EHRM 14 maart 2002, NJCM – bull. 2003, 449, m.nt. E. Myjer (*Paul en Audrey Edwards t. Verenigd Koninkrijk*).

53 Schokkenbroek 2005, p. 12.

54 EHRM 14 maart 2002, NJCM – bull. 2003, 449, m.nt. E. Myjer, par. 54 -64 (*Paul en Audrey Edwards t. Verenigd Koninkrijk*). Ook schending procedurele positieve verplichting tot het doen van een effectief officieel onderzoek (par. 69-87 van de uitspraak).

55 Harris e.a. 2014, p. 209.

56 Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 82.

57 Zo merken Barkhuysen en Van Emmerik op: Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 81-82. Vgl. ook: EHRM 24 juli 2014, AB 2015, 37, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2014, 240, m.nt. J.M. Emaus, par. 101 (*Brincat t. Malta*).

58 EHRM 20 maart 2008, AB 2008, 206, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, NJ 2009, 229, m.nt. E.A. Alkema, RvdW 2008, 794 (*Budayeva t. Rusland*).

59 EHRM 20 maart 2008, AB 2008, 206, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, NJ 2009, 229, m.nt. E.A. Alkema, RvdW 2008, 794, par. 174 (*Budayeva t. Rusland*).

Hof in op de positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM zich verhouden tot die van artikel 1 EP EVRM:

‘For this reason the Court considers that for the purposes of the present case a distinction must be drawn between the positive obligations under Article 2 of the Convention and those under Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention. While the fundamental importance of the right to life requires that the scope of the positive obligations under Article 2 includes a duty to do everything within the authorities’ power in the sphere of disaster relief for the protection of that right, the obligation to protect the right to the peaceful enjoyment of possessions, which is not absolute, cannot extend further than what is reasonable in the circumstances. Accordingly, the authorities enjoy a wider margin of appreciation in deciding what measures to take in order to protect individuals’ possessions from weather hazards than in deciding on the measures needed to protect lives.’⁶⁰

Voorgaande overweging laat zien dat het Hof in de onderhavige zaak een onderscheid maakt tussen wat van de Staat onder artikel 2 EVRM mag worden verlangd in het geval dat het gaat om gevaren veroorzaakt door de natuur teneinde het recht op leven te beschermen, en wat het Hof onder het eigendomsrecht van de Staat verlangt. Het absolute en fundamentele karakter van artikel 2 EVRM heeft tot gevolg dat het EHRM meer van de Staat kan vragen. In het kader van artikel 1 EP EVRM mag slechts van de Staat worden gevraagd wat redelijk is in de omstandigheden. Bij de bescherming van het eigendomsrecht komt de Staat dus een *margin of appreciation* toe bij het nemen van de maatregelen om de eigendommen van de burgers te beschermen. Is deze *margin* ook van invloed op de omvang van de procedurele verplichtingen onder het eigendomsrecht?⁶¹

Tot slot: in het kader van dit onderzoek verdient het opmerking dat het EHRM – zoals we hiervoor hebben kunnen lezen – het recht op informatie onder artikel 2 EVRM als een materiële positieve verplichting kwalificeert.⁶² Het recht op informatie is echter eerder te kwalificeren als een procedurele positieve verplichting. Zoals ook in hoofdstuk 1 van dit onderzoek is te lezen kan het recht op informatie onder worden gebracht bij de categorie procedurele zorgvuldigheidseisen die zijn gericht op de rechtsbescherming. Het type procedurele eisen dus dat centraal staat in dit onderzoek. Opvallend in dit verband is echter dat het Hof onder de procedurele component van artikel 2 EVRM de voorwaarde heeft geformuleerd dat nabestaanden in voldoende mate bij het

60 EHRM 20 maart 2008, AB 2008, 206 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, NJ 2009, 229, m.nt. E.A. Alkema, RvdW 2008, 794, par. 175 (*Budayeva t. Rusland*).

61 Zie nader hoofdstuk 7.

62 Het gaat in op deze verplichting onder het kopje ‘substantive aspect of Article 2 of the Convention’. Zie de eerder genoemde zaken in deze paragraaf waaronder *Öneryıldiz* (par. 90) en *Budayeva* (par. 147) en recenter: *Vilnes e.a.* (par. 220).

onderzoek moeten worden betrokken.⁶³ Dit betekent onder meer dat zij voldoende informatie ontvangen met betrekking tot de voortgang van het onderzoek. Dit kan worden gezien als een met het recht op informatie vergelijkbaar recht. Het Hof kwalificeert deze verplichting echter dan wel als procedureel.

Resumerend: in deze paragraaf is allereerst kort ingegaan op de achtergrond van het absolute en fundamentele recht op leven zoals verwoord in artikel 2 EVRM. Daarna is ingegaan op de materiële positieve verplichting als onderdeel van artikel 2 EVRM. Hierbij passeerden de diverse verplichtingen die deel uit maken van deze materiële preventieve beschermingsplicht de revue. Zo is het aan de Staat om stappen te nemen teneinde zijn burgers die onder zijn rechtsmacht ressorteren te beschermen tegen potentieel levensbedreigend gevaar. Dit betekent onder meer dat de Staat dient te zorgen voor adequate wet- en regelgeving en potentieel gevaarlijke activiteiten reguleert (vergunningen, toezicht en handhaving). Ook moet de Staat praktische maatregelen nemen die erop zijn gericht het leven van zijn burgers te beschermen tegen levensbedreigende gevaren, en dient de Staat het publiek hierover te informeren. Tot slot moet zijn voorzien in adequate procedures waarmee tekortkomingen en fouten van de verantwoordelijken kunnen worden opgespoord.

Vervolgens is een aantal kenmerken van de preventieve beschermingsplicht besproken. Daaronder vallen de vraag naar het moment vanaf wanneer de plicht geldt en de reikwijdte van de bescherming (ook in horizontale verhoudingen). Ook de aanscherping van de plicht in het geval van (kwetsbare) personen die zich onder de verantwoordelijkheid van de Staat bevinden en de omvang van de plicht kwamen aan de orde.

In het licht van de centrale vraagstelling en afbakening van dit onderzoek is tot slot ingegaan op de kwalificatie van het EHRM van het recht op informatie als materiële positieve verplichting onder artikel 2 EVRM. Mijns inziens is deze verplichting procedureel van aard, en daarom behandel ik dit recht op informatie als onderdeel van artikel 8 EVRM onder de procedurele noemer.

4.3 DE PROCEDURELE WAARBORGEN VAN ARTIKEL 2 EVRM

Als overkoepelende procedurele positieve verplichting kan uit artikel 2 EVRM de plicht tot het opzetten van een effectief rechterlijk systeem – ‘judicial system’⁶⁴ – worden gerekend.⁶⁵ Binnen deze verplichting bestaat onder arti-

⁶³ Zie paragraaf 4.3.

⁶⁴ Akandji-Kombe 2007, p. 32. Akandji-Kombe spreekt van deze verplichting als een meer bredere verplichting waar de plicht van een effectief onderzoek deel van uitmaakt. Vgl. Barkhuysen & Van Emmerik 2005a, p. 79 (toegespitst op de zaak *Öneryildiz*).

⁶⁵ Deze plicht vertoont mijns inziens raakvlakken met artikel 13 EVRM waarover verderop in dit hoofdstuk meer.

kel 2 EVRM de plicht tot het houden van een effectief officieel onderzoek naar de doodsoorzaak.⁶⁶ Deze procedurele onderzoeksplicht is opgebouwd uit afzonderlijke procedurele eisen. Deze eisen zijn omvangrijk en het is daarom van belang dat de nationale autoriteiten goed op de hoogte zijn van de omvang en de striktheid waarmee het Hof deze eisen toepast in de gevallen waarin het recht op leven bedreigd wordt/is. De Staten dienen niet alleen ter preventie het recht op leven te beschermen (materiële positieve verplichting). Maar ook indien het levensbedreigende gevaar zich al heeft verwezenlijkt rusten op de Staten dus diverse procedurele onderzoeksverplichtingen.

Hierna komen allereerst de meer algemene kenmerken van de procedurele onderzoeksplicht aan bod (paragraaf 4.3.1). In de tweede plaats gevolgd door de meer concrete procedurele eisen van de procedurele onderzoeksplicht (paragraaf 4.3.2).

4.3.1 Kenmerken van de procedurele onderzoeksplicht

Autonoom karakter

In de jurisprudentie van het Hof heeft de onderzoeksplicht zich ontwikkeld tot een autonome plicht. Dit betekent dat een puur procedureel ingestoken klacht eveneens tot de mogelijkheden behoort.⁶⁷ Het Hof heeft dit als volgt verwoord in de Grote Kamer uitspraak in de zaak *Šilih*.⁶⁸

‘What is more, on several occasions a breach of a procedural obligation under Article 2 has been alleged in the absence of any complaint as to the substantive aspect of Article 2.

(...) Against this background, the Court concludes that the procedural obligation to carry out an effective investigation under Article 2 has evolved into a *separate and autonomous duty*. Although it is triggered by the acts concerning the substantive aspects of Article 2 it can give rise to a finding of a separate and independent “interference” (...). In this sense it can be considered to be a detachable obligation arising out of Article 2 capable of binding the State (...) [cursivering: TdJ].’⁶⁹

Doel en onderzoeksobject van de onderzoeksplicht

Het essentiële doel van het onderzoek is om de effectieve implementatie van de nationale wetgeving te verzekeren die het recht op leven beschermt.⁷⁰ In de gevallen waarin overheidsfunctionarissen betrokken zijn bij gewelddadige

66 Deze plicht geldt ook onder artikel 3 EVRM, zie hoofdstuk 5. Vgl. ook: Lavrysen 2016, p. 61 e.v.

67 Vgl. ook Gerards 2011a, p. 250-251.

68 EHRM 9 april 2009, zaaknr. 71463/01, par. 158 – 159 (Grote Kamer) (*Šilih t. Slovenië*).

69 EHRM 9 april 2009, zaaknr. 71463/01, par. 158 – 159 (Grote Kamer) (*Šilih t. Slovenië*). Zie ook later: EHRM 24 maart 2011, zaaknr. 23458/02, par. 299 (Grote Kamer) (*Guliani en Gaggio t. Italië*).

70 McIntosh 2016, p. 145; Harris e.a. 2014, p. 215.

potentieel levensbedreigende gebeurtenissen, moeten zij verantwoordelijk kunnen worden gehouden indien het geweld onder hun verantwoordelijkheid heeft plaatsgevonden.⁷¹ Op welke wijze het onderzoek precies dient plaats te vinden, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.⁷² Het onderzoek dient wel effectief te zijn.⁷³ In de zaak *Paul en Audrey Edwards*⁷⁴ is het doel van het onderzoek als volgt geformuleerd:

‘The essential purpose of such investigation is to secure the effective implementation of the domestic laws which protect the right to life and, in those cases involving State agents or bodies, to ensure their accountability for deaths occurring under their responsibility.’⁷⁵

Daarnaast is het met het doen van onderzoek beoogd om te achterhalen of het geweldsgebruik door de nationale autoriteiten ‘absoluut noodzakelijk’ was. Dit betekent dat de nationale autoriteiten in hun onderzoek ook de voorafgaande planning van de actie moeten onderzoeken. De al dan niet adequate voorbereiding vormt het centrale (inhoudelijke) onderzoeksobject.⁷⁶ Wanneer deze planning gebreken vertoont, is het geweld doorgaans niet ‘absoluut noodzakelijk’ en daarom onverenigbaar met 2 EVRM.⁷⁷

Omvang van de onderzoeksplicht

In relatie tot de omvang van de onderzoeksplicht is het ten eerste van belang dat het doen van een effectief onderzoek niet beperkt is tot de gevallen waarin het geweld afkomstig is van overheidsfunctionarissen. Ook in de gevallen dat het gaat om geweld gepleegd door particulieren of door onbekende personen zijn de nationale autoriteiten verplicht om een effectief onderzoek te starten.⁷⁸ De onderzoeksplicht is evenmin beperkt tot dood door geweld: het geldt in

71 EHRM 14 maart 2002, zaaknr. 46477/99, par. 69 (*Paul en Audrey Edwards t. Verenigd Koninkrijk*) en zie ook: Mowbray 2002, p. 438.

72 White & Ovey 2014, p. 160.

73 Harris e.a. 2014, p. 215 en zie paragraaf 4.3.2.

74 EHRM 14 maart 2002, zaaknr. 46477/99 (*Paul en Audrey Edwards t. Verenigd Koninkrijk*).

75 EHRM 14 maart 2002, zaaknr. 46477/99, par. 69 (*Paul en Audrey Edwards t. Verenigd Koninkrijk*). Later bevestigd in onder meer: EHRM 6 juli 2005, zaaknrs. 43577/98 en 43579/98, par. 110 (Grote Kamer) (*Nachova e.a. t. Bulgarije*) en EHRM 15 mei 2007, EHRC 2007, 83, m.nt. De Jonge, par. 321 (Grote Kamer) (*Ramsahai e.a. t. Nederland*).

76 Mirgaux 2013a, onder C. 7.3.3. (digitaal geraadpleegd). Denk hierbij ook aan het politieoptreden bij demonstraties en de voorafgaande planning, zie Mirgaux 2013a onder voormeld onderdeel.

77 Zie EHRM 16 januari 2014, EHRC 2014, 66, par. 258 (*Shchiborshch en Kuzmina t. Rusland*) (transport psychiatrisch patiënt naar een instelling, patiënt verzet zich tegen de assisterende politie, dodelijke verwonding tot gevolg, onderzoek naar onder meer voorbereiding transport onvoldoende, onderzoek niet grondig: schending 2 EVRM).

78 Harris e.a. 2014, p. 214; Mirgaux 2013a, p. 49 en 51. Genuanceerder: White & Ovey 2014, p. 164-165, daar is te lezen dat de onderzoeksplicht op de autoriteiten rust in het geval dat sterfgevallen potentieel onder de verantwoordelijkheid van de Staat kunnen vallen.

alle sterfgevallen⁷⁹ met uitzondering van de gevallen waarin sprake is van een natuurlijke doodsoorzaak.⁸⁰

In het kader van de materiële positieve verplichting onder artikel 2 EVRM is in het voorgaande opgemerkt dat de preventieplicht ziet op (potentieel) levensbedreigend menselijk handelen, en daarnaast ook van toepassing kan zijn in het geval van natuurrampen, zij het in beperktere zin nu dit afhangt van de mate van beperking van het gevaar.⁸¹ Dat wil zeggen: is het voor de Staat mogelijk om het levensbedreigende gevaar te beperken of ligt dit buiten de macht van de Staat. Anders is dit voor de procedurele onderzoeksplicht. Deze geldt onverkort in het geval dat sprake is van een natuurramp.⁸² Of het onderzoek nadien onafhankelijk plaatsvindt, met voldoende snelheid wordt uitgevoerd en of de verantwoordelijken aansprakelijk kunnen worden gesteld, staat immers los van de vraag of het gevaar eerder kon worden beperkt.

In de gevallen waarin de nationale autoriteiten betrokken zijn, beperken de uit artikel 2 EVRM voortvloeiende procedurele eisen zich niet tot het onderzoek door de uitvoerende autoriteiten alleen. Wanneer een rechterlijke procedure is gestart moet deze ook voldoen aan het vereiste om het recht op leven bij wet te beschermen. Handelingen in strijd met het recht op leven mogen niet onbestraft blijven. Dit betekent dat ook de nationale rechters de zaak zorgvuldig moeten onderzoeken,⁸³ bijvoorbeeld door getuigen te horen, en het EHRM hier ook een oordeel over geeft. In de woorden van het Hof:

‘Where the official investigation leads to the institution of proceedings in the national courts, the proceedings as a whole, including the trial stage, must satisfy the requirements of the positive obligation to protect the right to life through the law. In this regard, the national courts should not under any circumstances be prepared to allow life-endangering offences to go unpunished (...). The Court’s task therefore consists in reviewing whether and to what extent the courts, in reaching their conclusion, may be deemed to have submitted the case to the careful scrutiny required by Article 2 of the Convention, so that the deterrent effect of the judicial system in place and the significance of the role it is required to play in preventing violations of the right to life are not undermined.’⁸⁴

79 Harris e.a. 2014, p. 214 en daar genoemd: EHRM 8 juli 1999, zaaknr. 23657/94 (Grote Kamer) (*Çakici t. Turkije*).

80 Harris e.a. 2014, p. 214.

81 Zie paragraaf 4.3.2.

82 Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 82. Zie ook: EHRM 22 januari 2016, EHRC 2016, 33 (*Özel e.a. t. Turkije*) (aardbeving, onderzoek duurde te lang: geen effectief onderzoek en dus schending 2 EVRM).

83 Zie ook White & Ovey 2014, p. 218.

84 EHRM 30 maart 2016, zaaknr. 5878/08, par. 239 (algemeen) en par. 257-258 (toepassing in casu) (Grote Kamer) (*Armani da Silva t. Verenigd Koninkrijk*), zie eerder: EHRM 24 maart 2009, zaaknr. 11818/02, par. 53 (*Mojsiejew t. Polen*) en EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43, par. 95-96, m.nt. A.J.Th. Woltjer (Grote Kamer) (*Öneryildiz t. Turkije*). Zie ook: Mowbray 2012, p. 134.

Het Hof hecht tot slot belang aan het houden van een effectief onderzoek. Zo geldt de onderzoeksplicht onverkort in de gevallen waarin niet absoluut zeker is dat de Staat verantwoordelijk is of een private partij.⁸⁵ Daarnaast blijft de procedurele onderzoeksplicht onverkort op de Staat rusten in het geval dat het gaat om onderzoek naar een schending van artikel 2 EVRM in (gewapende) conflictgebieden, hoewel lastiger uitvoerbaar.⁸⁶

Bewijsstandaard

De bewijsstandaard die het Hof zelf hanteert onder artikel 2 EVRM is streng. Het moet namelijk gaan om verkregen bewijs waarbij onomstotelijk ('beyond reasonable doubt') komt vast te staan wat er is gebeurd.⁸⁷ Dit betekent dat bewijs kan volgen uit 'voldoende sterke, duidelijke en overeenstemmende conclusies of uit vergelijkbare niet weersproken vermoedens over de feiten.'⁸⁸

'In assessing evidence, the Court has adopted the standard of proof "*beyond reasonable doubt*". According to its established case-law, proof may follow from the *coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact*. Moreover, the level of persuasion necessary for reaching a particular conclusion and, in this connection, the distribution of the burden of proof are intrinsically linked to the specificity of the facts, the nature of the allegation made and the Convention right at stake. In this context, the conduct of the parties when evidence is being obtained has to be taken into account. The Court is also attentive to the seriousness that attaches to a ruling that a Contracting State has violated fundamental rights (...) [cursivering: TdJ]'.⁸⁹

In deel II van dit onderzoek komen de bewijsregels die het Hof zelf hanteert onder de artikelen 2 en 3 EVRM (en ook artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM voor zover van toepassing) meer uitgebreid aan bod.⁹⁰

Activering van de onderzoeksplicht en type zaken

Voor de activering van de onderzoeksplicht is het geen vereiste dat de nabestaanden een klacht hebben ingediend. De nationale autoriteiten dienen uit

85 Mirgaux 2013a, p. 53 en de verwijzing naar: EHRM 10 mei 2001, EHRC 2001, 41, m.nt. J. van der Velde (Grote Kamer) (*Cyprus t. Turkije*) en EHRM 2 september 1998, zaaknr. 22495/93 (*Yasa t. Turkije*).

86 EHRM 20 november 2014, EHRC 2015, 35, m.nt. De Lange, par. 164 (Grote Kamer) (*Jaloud t. Nederland*).

87 Mirgaux 2013a, p. 41.

88 Vgl. ook: Haeck & Herrera 2011, p. 364.

89 EHRM 24 juni 2008, zaaknr. 44587/98, par. 107 (*Isaak t. Turkije*).

90 Zie hoofdstuk 11, i.h.b. paragraaf 11.4.1 (standaard 2 en 3 EVRM-zaken), paragraaf 11.4.2 (8 EVRM en 1 EP EVRM) en paragraaf 11.5 (3 EVRM in asielzaken).

eigen beweging een onderzoek te starten naar de doodsoorzaak, vanaf het moment dat zij op de hoogte zijn van de kwestie.⁹¹

Daarnaast kan potentieel levensbedreigend gevaar voldoende zijn om een onderzoek te moeten starten: het is dus geen voorwaarde dat sprake is van een dodelijk slachtoffer.⁹² Illustratief is de zaak *Makaratzis*⁹³ waarin het leven van betrokkene op het spel stond, en dus op de Staat de plicht rustte om nadien een onderzoek te houden. In deze zaak vuurden dertig politieagenten tijdens een achtervolging meer dan zestien kogels af op de auto van Makaratzis, waardoor hij ernstig gewond raakte.⁹⁴

Voor wat betreft het type zaken⁹⁵ waarin de onderzoeksplicht vaak een rol speelt, geldt het volgende. Zoals gezegd, is de plicht niet beperkt tot sterfgevallen als gevolg van geweld en rust deze plicht ook op de Staat in horizontale verhoudingen. Op de Staat rust tevens de plicht om een onderzoek te starten in het geval dat iemand is overleden door medische nalatigheid.⁹⁶ Daarnaast dienen de nationale autoriteiten dus een onderzoek te starten als sprake is van geweld waarbij politieagenten zijn betrokken.⁹⁷ Verder is de onderzoeksplicht vaak aan de orde geweest in het geval dat mensen zijn vermist of (gedwongen) verdwenen (*forced disappearance*) in een levensbedreigende situatie.⁹⁸ Ter illustratie kan gewezen worden op de Grote Kamer uitspraak in de zaak *Cyprus* tegen Turkije⁹⁹ waarbij de Turkse overheid geen onderzoek heeft gedaan naar het lot van de bijna 1500 Noord Cyprische burgers die zijn verdwenen na de Turkse inval in 1974: dit resulteerde in een schending van de procedurele onderzoeksplicht onder artikel 2 EVRM.¹⁰⁰ De (aangescherpte)

91 Harris e.a. 2014, p. 215; White & Ovey 2014, p. 160; Grabenwarter 2014, p. 27. EHRM 14 maart 2002, NJCM – bull. 2003, 449, par. 69, m.nt. E. Myjer (*Paul en Audrey Edwards t. Verenigd Koninkrijk*).

92 Vgl.: Harris e.a. 2014, p. 214 en 218 (m.b.t. zowel de materiële als de procedurele verplichting); Mirgaux 2013a, p. 37.

93 EHRM 20 december 2004, zaaknr. 50385/99 (Grote Kamer) (*Makaratzis t. Griekenland*). Zie voor een vergelijkbare situatie meer recent de uitspraak: EHRM 23 februari 2010, zaaknr. 28975/04, i.h.b. par. 59 e.v. (*Wasilewska en Kalucka t. Polen*).

94 Harris e.a. 2014, p. 214; Van Dijk e.a. 2006, p. 371.

95 Geen uitputtende opsomming. Voor een illustratie van een aantal zaken waarin de procedurele onderzoeksplicht een rol speelde, zie paragraaf 4.3.2.

96 EHRM 17 januari 2002, EHRC 2002, 22, m.nt. J. van der Velde (Grote Kamer) (*Calvelli en Ciglio t. Italië*). Recenter: EHRM 15 december 2015, EHRC 2016, 41, m.nt. A.C. Hendriks (*Lopes de Sousa Fernandes t. Portugal*) (overlijden, medische aansprakelijkheid, doodsoorzaakonderzoek: materiële en procedurele schending – o.m. duur onderzoek, niet zeker of betrokkene voldoende is geïnformeerd over risico's van de operatie – artikel 2 EVRM).

97 EHRM 15 mei 2007, EHRC 2007, 83, m.nt. De Jonge (Grote Kamer) (*Ramsahai e.a. t. Nederland*).

98 Harris e.a. 2014, p. 214; White & Ovey 2014, p. 149-151; Van Dijk e.a. 2006, p. 378. Zie ook dissertatie van Vermeulen over gedwongen verdwijningen (Vermeulen 2012).

99 EHRM 10 mei 2001, zaaknr. 25781/94, par. 132 – 136 (Grote Kamer) (*Cyprus t. Turkije*).

100 White & Ovey 2014, p. 160 en de daar verder genoemde jurisprudentie; Harris e.a. 2014, p. 214.

onderzoeksplicht geldt verder in de gevallen waarin gedetineerden zijn overleden in de gevangenis.¹⁰¹ Tot slot kan de procedurele onderzoeksplicht onder artikel 2 EVRM dus ook een rol spelen in het geval van natuurrampen en milieurisico's. Het onderzoek vindt dan tenslotte plaats *na* de gebeurtenis.

De procedurele onderzoeksplicht onder artikel 2 EVRM (en overigens ook onder artikel 3 EVRM) heeft het aantal *fact-finding missions* van het Hof in gedwongen verdwijningszaken (en vermeende foltering onder 3 EVRM) doen afnemen. Met het aannemen van een procedurele schending kan tenslotte geld en tijd worden bespaard.¹⁰² Bovendien is met het inlezen van de procedurele plicht tot het houden van een effectief officieel onderzoek naar de doodsoorzaak onder artikel 2 EVRM de verantwoordelijkheid voor het beschermen van het recht op leven nog meer op de Staat komen te rusten. De bescherming van de EVRM-rechten was al primair de taak van de Staat. Door van de Staten te verlangen dat zij een onderzoek starten en uitvoeren, is de noodzaak van het EHRM om zelf ter plaatse onderzoek te doen afgenomen. De procedurele onderzoeksplicht is daar als het ware voor in de plaats gekomen. Dit komt meer uitgebreid aan bod in deel II.¹⁰³

4.3.2 De procedurele eisen van de onderzoeksplicht

In de zaak *McCann e.a.*¹⁰⁴ heeft het Hof overwogen dat op de Staten de plicht rust om een effectief officieel onderzoek te doen in de gevallen waarin individuen om het leven zijn gekomen als gevolg van geweld afkomstig van overheidsfunctionarissen.¹⁰⁵ Een onderzoek achteraf is nodig om uitvoering te geven aan de wetten die het willekeurig doden (door overheidsfunctionarissen) verbiedt.¹⁰⁶

'The obligation to protect the right to life under this 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 *some form of effective official investigation* when individuals have been killed as a result of the use of force by, inter alios, agents of the State [cursivering: Td]'.¹⁰⁷

Ter invulling van het effectiviteitsvereiste van het onderzoek heeft het EHRM verschillende procedurele voorwaarden geformuleerd die met elkaar verband

101 White & Ovey 2014, p. 149-151.

102 Zie ook hoofdstuk 10 en de daar genoemde literatuur.

103 Zie meer precies hoofdstuk 10.

104 EHRM 27 september 1995, zaaknr. 18984/91 (*McCann e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

105 De plicht geldt ook indien geweld afkomstig is van derden, zie paragraaf 4.3.1.

106 Zie: Mirgaux 2013a, p. 51; White & Ovey 2014, p. 158-159.

107 EHRM 27 september 1995, zaaknr. 18984/91, par. 161 (*McCann e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

houden.¹⁰⁸ Of het onderzoek effectief is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Het is daarom niet mogelijk om een checklist op te stellen met onderzoeksactiviteiten of andere gesimplificeerde criteria.¹⁰⁹

Wel vinden we onder de *general principles* in de jurisprudentie van het Hof een opsomming van effectiviteitsvereisten, waaraan vervolgens in de specifieke zaak wordt getoetst. Kort samengevat moet een effectief officieel onderzoek in de eerste plaats voldoen aan het vereiste van onafhankelijkheid.¹¹⁰ In de tweede plaats moet uit het onderzoek volgen of het gebruik van het geweld gerechtvaardigd is en moeten de verantwoordelijken kunnen worden geïdentificeerd en eventueel worden bestraft.¹¹¹ In de derde plaats dient het onderzoek onmiddellijk en voortvarend plaats te vinden.¹¹² Het tussentijds stilleggen van het onderzoek en het vervolgens weer oppakken dient dus zoveel mogelijk te worden vermeden.¹¹³ Dit snelheidsvereiste toont overeenkomsten met het *redelijke termijn* vereiste zoals we dat kennen van artikel 6 EVRM.¹¹⁴ Tot slot dient het onderzoek voldoende openbaar te zijn, waarbij het er dan in het bijzonder om gaat dat de nabestaanden bij het onderzoek worden betrokken.¹¹⁵

4.3.2.1 De toepassing van de procedurele eisen

Voordat de verschillende eisen worden geïllustreerd dient te worden opgemerkt dat de sterk casuïstische jurisprudentie van het EHRM het lastig maakt om meer algemene conclusies te trekken. De standaardoverwegingen (*general principles*) zijn helder, de toepassing is echter afhankelijk van de omstandigheden van het geval, en daarmee lastiger voorspelbaar.

108 Zie o.m.: Harris e.a. 2014, p. 214 e.v.; White & Ovey 2014, p. 158 e.v.; Gerards 2011a, p. 248 e.v. In de zaak *Hugh Jordan* vat het Hof deze eisen als ook de kenmerken van de onderzoeksplicht (zie paragraaf 4.3.1) samen (EHRM 4 mei 2001, zaaknr. 24746/94, par. 105-108 (*Hugh Jordan t. Verenigd Koninkrijk*)). Zie ook: EHRM 30 maart 2016, zaaknr. 5878/08, par. 240 (Grote Kamer) (*Armani da Silva t. Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 25 juni 2013, EHRC 2013, 234, m.nt. L. Lavrysen, par. 225 (*Mustafa Tunç en Fecire Tunç t. Turkije*).

109 Aldus de Grote Kamer van het Hof in: EHRM 25 juni 2013, EHRC 2013, 234, m.nt. L. Lavrysen, par. 176 (*Mustafa Tunç en Fecire Tunç t. Turkije*).

110 EHRM 15 mei 2007, EHRC 2007, 83, m.nt. De Jonge, par. 325 (Grote Kamer) (*Ramsahai e.a. t. Nederland*).

111 White & Ovey 2014, p. 159.

112 EHRM 9 april 2009, zaaknr. 71463/01, par. 195 (Grote Kamer) (*Šilih t. Slovenië*). Zie ook eerder: EHRM 14 maart 2002, zaaknr. 46477/99, par. 72 (*Paul en Audrey Edwards t. Verenigd Koninkrijk*).

113 EHRM 29 mei 2008, zaaknr. 29133/03, par. 181 (*Utsayeva e.a. t. Rusland*).

114 Zie hoofdstuk 2.

115 White & Ovey 2014, p. 161 en de daar genoemde jurisprudentie.

Onafhankelijk onderzoek

Op de nationale autoriteiten rust ten eerste de plicht om het onderzoek onafhankelijk uit te voeren. Wanneer een onderzoek wordt gestart naar het mogelijk onrechtmatige doden door Staatsagenten, mogen de personen die het onderzoek uitvoeren en die verantwoordelijk zijn voor het onderzoek niet afhankelijk zijn van de personen die zijn betrokken bij de gebeurtenis. De standaardoverweging van het Hof luidt als volgt:

'For an investigation into an alleged unlawful killing by State agents to be effective, it may generally be regarded as necessary for the persons responsible for and carrying out the investigation to be *independent* from those implicated in the events (...). This means not only a lack of hierarchical or institutional connection but also a *practical independence* [cursivering: TdJ].'¹¹⁶

Uit de hiervoor weergegeven overweging volgt dat het Hof niet alleen van de Staten verlangt dat er geen hiërarchische of institutionele afhankelijkheid bestaat. Bovendien mogen de autoriteiten in de praktijk geen persoonlijke relatie hebben met de personen waar het in het specifieke geval om gaat. Deze praktische onafhankelijkheid verwijst naar de subjectieve onpartijdigheid van artikel 6 EVRM.¹¹⁷

In de zaak *Jaloud*,¹¹⁸ oordeelt de Grote Kamer van het Hof dat het onderzoek onafhankelijk is uitgevoerd (artikel 2 EVRM, procedurele component is echter wel geschonden).¹¹⁹ In casu is de zoon van klager in 2004 omgekomen tijdens een schietpartij bij een Iraakse controlepost. Bij de schietpartij is een Nederlandse luitenant betrokken. Klager stelt onder meer dat het onderzoek niet onafhankelijk is. Klager meent dat de Koninklijke Landmacht verantwoordelijk is voor de dood van zijn zoon. De Koninklijke Marechaussee leidt het onderzoek, maar verblijft nabij het personeel van de Koninklijke Landmacht. Klager betwist de onafhankelijkheid van de Koninklijke Marechaussee bij het onderzoek.

Het Hof herhaalt in deze context allereerst dat een te nauwe relatie tussen de onderzoekers en de personen die het onderzoeksobject vormen niet is toegestaan.¹²⁰ In de onderhavige zaak was daarvan echter geen sprake, aldus het Hof:

116 EHRM 4 mei 2001, zaaknr. 24746/94, par. 107 (*Hugh Jordan t. Verenigd Koninkrijk*).

117 Zo merkt Grabenwarter op: Grabenwarter 2014, p. 27. In de zaak EHRM 6 juli 2005, zaaknr. 43577/98 en 43579/98, par. 112 (Grote Kamer) (*Nachova e.a. t. Bulgarije*) spreekt het Hof van een onafhankelijk én onpartijdig onderzoek. In andere standaardoverwegingen zien we meestal alleen het onafhankelijkheidsvereiste terug.

118 EHRM 20 november 2014, EHRC 2015, 35, m.nt. De Lange (Grote Kamer) (*Jaloud t. Nederland*).

119 Par. 228 van de uitspraak.

120 EHRM 20 november 2014, EHRC 2015, 35, m.nt. De Lange, par. 188 (Grote Kamer) (*Jaloud t. Nederland*).

‘(...) The Government did not deny that at the relevant time the Royal Military Constabulary unit shared its living quarters with Royal Army personnel. However, no circumstances have been suggested, or become apparent, that might lead the Court to find that this in itself affected the independence of the Royal Military Constabulary unit to the point of impairing the quality of its investigations (...).’¹²¹

Hoewel de Koninklijke Marechaussee dus zijn woonvertrekken deelt met de Koninklijke Landmacht, ziet het Hof hierin geen reden om aan te nemen dat dit de onafhankelijkheid van de Koninklijke Marechaussee heeft beïnvloed. Evenmin heeft dit de kwaliteit van het onderzoek op het spel gezet.

Het Hof overweegt verder dat de fysieke afstand tussen de Koninklijke Marechaussee (gestationeerd in Irak) en de openbaar aanklager (gestationeerd in Arnhem) onder wiens leiding het onderzoek staat, er niet toe leidt dat de Koninklijke Marechaussee in Irak op dagelijkse basis afhankelijk is van de bataljon leiding van de Koninklijke Landmacht.¹²²

De overige klachten van klager waarin het de onafhankelijkheid betwist, zien op het te zeer steunen van het Openbaar Ministerie op het rapport van de Koninklijke Marechaussee en de ontbrekende onafhankelijkheid van het militaire lid van de militaire kamer van het Arnhemse Gerechtshof. Het Hof wijst beide klachten af. De betreffende overweging van het Hof is zaaksgebonden. Toch kunnen we wel concluderen dat aan de voorwaarde van een onafhankelijk onderzoek is voldaan. Namelijk wanneer het militaire lid in zijn rol als rechter geen verantwoording hoeft af te leggen aan het leger.

In een latere uitspraak (opnieuw tegen Nederland),¹²³ waarin klagers nabestaanden zijn van moslims die zijn vermoord bij de val van Srebrenica in 1995, bevestigt het Hof de onafhankelijkheid van de militaire kamer, inclusief het militaire lid, van het Gerechtshof in Arnhem.¹²⁴ Bovendien oordeelt een Kamer van het EHRM de klacht kennelijk ongegrond. Nederland heeft aan zijn onderzoeksverplichting onder artikel 2 EVRM voldaan.

Identificatie en bestraffing/aansprakelijkheid van verantwoordelijken

De tweede voorwaarde die het EHRM heeft gecreëerd ter invulling van het effectiviteitsvereiste van het onderzoek is omvangrijk.¹²⁵ In de eerste plaats gaat het erom vast te stellen of onder de omstandigheden het geweldsgebruik gerechtvaardigd was. In de tweede plaats moeten de verantwoordelijken kunnen worden geïdentificeerd en gestraft of anderszins aansprakelijk kunnen worden gesteld. Hierbij gaat het om een middelenverplichting, en geen resul-

121 EHRM 20 november 2014, EHRC 2015, 35, m.nt. De Lange, par. 189 (Grote Kamer) (*Jaloud t. Nederland*).

122 EHRM 20 november 2014, EHRC 2015, 35, m.nt. De Lange, par. 189-190 (Grote Kamer) (*Jaloud t. Nederland*).

123 EHRM 30 augustus 2016, EHRC 2017, 18 (*Mustafić-Mujić e.a. t. Nederland*).

124 Zie par. 111-114 van de uitspraak.

125 Harris e.a. 2014, p. 217.

taatsverplichting. De kernoverweging waarin het Hof het voorgaande overweegt, is de volgende:

‘The investigation must also be effective in the sense that it is capable of leading to a determination of whether the *force used was or was not justified* in the circumstances and to the *identification and punishment of those responsible* (...). This is not an obligation of result, but of means [cursivering: TdJ].’¹²⁶

Teneinde de verantwoordelijken te identificeren, en waar nodig te bestraffen, dienen de nationale autoriteiten redelijke (tot hun beschikking staande) stappen te nemen om het bewijs te vergaren. De conclusies dienen een grondige, objectieve en onpartijdige analyse te bevatten van alle relevante elementen. Elke tekortkoming die ertoe leidt dat de feiten of de verantwoordelijke personen niet kunnen worden vastgesteld maakt dat het onderzoek niet als effectief kan worden aangemerkt, zo overweegt het Hof:

‘The authorities must have taken the reasonable steps available to them to secure the evidence concerning the incident, including *inter alia* eye witness testimony and forensic evidence. The investigation’s conclusions must be based on thorough, objective and impartial analysis of all relevant elements and must apply a standard comparable to the ‘no more than absolutely necessary’ standard required by Article 2 par. 2 of the Convention. Any deficiency in the investigation which undermines its capability of establishing the circumstances of the case or the person responsible is liable to fall foul of the required measure of effectiveness (...).’¹²⁷

Of het onderzoek in een strafrechtelijke sanctionering dient te resulteren, is afhankelijk van de vraag of de materiële bescherming van het recht op leven een strafrechtelijke sanctionering vereist.¹²⁸ Een strafrechtelijke sanctionering volgt in de regel op een gebeurtenis waarbij sprake is van opzet.

In de veelbesproken zaak *Öneryildiz*¹²⁹ heeft het Hof echter bepaald dat ook in het geval dat opzet ontbreekt, maar aan de zijde van de nationale autoriteiten sprake is van grove nalatigheid (bijvoorbeeld het niet nemen van preventieve maatregelen) aansprakelijkheid via het strafrecht niet uit mag blijven.

‘Where it is established that the *negligence attributable to State officials or bodies* on that account goes beyond an error of judgment or carelessness, in that the authorities in question, fully realising the likely consequences and disregarding the powers vested

126 EHRM 4 mei 2001, zaaknr. 24746/94, par. 107 (*Hugh Jordan t. Verenigd Koninkrijk*).

127 EHRM 6 juli 2005, zaaknrs. 43577/98 en 43579/98, par. 113 (*Grote Kamer*) (*Nachova e.a. t. Bulgarije*).

128 Harris e.a. 2014, p. 207 en p. 214-215.

129 EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43, m.nt. A.J.Th. Woltjer (*Grote Kamer*) (*Öneryildiz t. Turkije*).

in them, failed to take measures that were necessary and sufficient to avert the risks inherent

in a dangerous activity (...), the fact that those responsible for endangering life have not been charged with a criminal offence or prosecuted may amount to a violation of Article 2, irrespective of any other types of remedy which individuals may exercise on their own initiative ... this is amply evidenced by developments in the relevant European standards (...).¹³⁰

Zoals uit deze overweging valt op te maken brengt het aanwenden van andere beschikbare nationale rechtsmiddelen hier geen verandering in.¹³¹ In de gevallen waarin echter geen sprake is van opzet, kan een civiel redres, herstel via de bestuursrechtelijke weg of een tuchtprocedure volstaan. Hierbij kan gedacht worden aan niet opzettelijke medische fouten. In de Grote Kamer uitspraak in de zaak *Calvelli en Ciglio*¹³² waarin een baby kort na de geboorte in een privé kliniek is komen te overlijden als gevolg van medisch nalaten, heeft het Hof overwogen dat in dat geval een civiele procedure kan volstaan, en een strafrechtelijke bestraffing dus geen vereiste is. Allereerst overweegt het Hof opnieuw in deze zaak dat, hoewel het EVRM geen recht op vervolging omvat, in de meeste gevallen toch een strafrechtelijke sanctionering onder artikel 2 EVRM is vereist. In de gevallen waarin opzet echter ontbreekt in medische nalatigheidszaken, kan een andere vorm van redres volstaan, zo is te lezen in deze overweging van het Hof:

‘However, if the infringement of the right to life or to personal integrity is *not caused intentionally*, the positive obligation imposed by Article 2 to set up an effective judicial system *does not necessarily require the provision of a criminal-law remedy in every case*. In the specific sphere of medical negligence the obligation may for instance also be satisfied if the legal system affords victims a remedy in the civil courts, either alone or in conjunction with a remedy in the criminal courts, enabling any liability of the doctors concerned to be established and any appropriate civil redress, such as an order for damages and for the publication of the decision, to be obtained. Disciplinary measures may also be envisaged.’¹³³

Ter illustratie van de procedurele verplichting dat de verantwoordelijken geïdentificeerd en eventueel (strafrechtelijk) aansprakelijk kunnen worden gesteld de volgende twee EHRM-zaken.

130 EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43, m.nt. A.J.Th. Woltjer, par. 93 (Grote Kamer) (*Öneryildiz t. Turkije*).

131 Vgl. ook: Harris e.a. 2014, p. 214.

132 EHRM 17 januari 2002, EHRC 2002, 22, m.nt. J. van der Velde (Grote Kamer) (*Calvelli en Ciglio t. Italië*). Recenter: EHRM 22 mei 2014, EHRC 2014, 173, m.nt. A.C. Hendriks (*Gray t. Duitsland*) (civiele of tuchtrechtelijke procedure volstaat).

133 EHRM 17 januari 2002, EHRC 2002, 22, m.nt. J. van der Velde, par. 51 (Grote Kamer) (*Calvelli en Ciglio t. Italië*).

Ten eerste de eerder besproken Grote Kamer uitspraak van het Hof in de zaak *Jaloud*¹³⁴ (dodelijk schietincident bij Iraakse controlepost) waarin het naast de vraag naar de extraterritoriale toepassing van het EVRM¹³⁵ ook gaat om de vraag of Nederland zijn procedurele positieve verplichting onder artikel 2 EVRM is nagekomen. Voor zover het de onafhankelijkheid betreft, oordeelt het Hof dat hieraan is voldaan.

Anders is dit echter voor de wijze waarop het onderzoek is uitgevoerd. Samenvattend overweegt het Hof dat het onderzoek de volgende gebreken vertoont. Zo is nagelaten om maatregelen te treffen om te voorkomen dat de Nederlandse luitenant met andere getuigen zou spreken, voordat hij zelf zou worden verhoord. Voorts is de autopsie niet conform de voorwaarden passend bij het onderzoek naar de strafrechtelijke aansprakelijkheid uitgevoerd, dit resulteert erin dat het onderzoeksrapport inadequaat is. Tot slot zijn de uit het lichaam gehaalde kogelfragmenten (belangrijk bewijsmateriaal) onder onbekende omstandigheden verdwenen. De lastige omstandigheden waaronder het onderzoek moest worden gedaan, verhinderen niet dat de genoemde gebreken voorkomen hadden kunnen worden.¹³⁶

Dit resulteert in een procedurele schending van artikel 2 EVRM.¹³⁷ Als gevolg van de hiervoor uiteengezette tekortkomingen in het onderzoek, kan niet worden vastgesteld of de luitenant nu wel of niet verantwoordelijk is voor de dood van de zoon van klager. Als eerder opgemerkt dienen de onderzoekshandelingen (horen van getuigen, autopsie etc.) dus ter identificatie en mogelijke bestraffing van de verantwoordelijken.

Ten tweede de zaak *Oruk* tegen Turkije¹³⁸ ter illustratie van het belang dat het Hof hecht aan bestraffing via het strafrecht in het geval dat het feitencomplex en de aard van de zaak dit verlangen. De eis dat de verantwoordelijken – indien gepast¹³⁹ – strafrechtelijk worden vervolgd zagen we eerder in de Grote Kamer uitspraak in de zaak *Öneryildiz*.¹⁴⁰ Het feitencomplex in *Oruk* is tragisch: het zoontje van klager is tijdens het spelen met andere kinderen, nabij een oefengebied van het Turkse leger, omgekomen door geëxplodeerde legermunitie. De openbaar aanklager in deze zaak oordeelde niet over te gaan tot vervolging nu de precieze toedracht niet duidelijk is geworden uit het onderzoek. Het beroep van *Oruk* tegen dit besluit is tevergeefs.

134 EHRM 20 november 2014, EHRC 2015, 35, m.nt. De Lange, (Grote Kamer) (*Jaloud t. Nederland*).

135 Het EHRM neemt jurisdictie van Nederland in Irak aan (zie par. 153 van de uitspraak).

136 EHRM 20 november 2014, EHRC 2015, 35, m.nt. De Lange, par. 227 (Grote Kamer) (*Jaloud t. Nederland*).

137 Par. 228 van de uitspraak.

138 EHRM 3 april 2014, EHRC 2014, 85 (*Oruk t. Turkije*).

139 Nuance afkomstig uit: EHRM 24 maart 2011, zaaknr. 23458/02, par. 301 (Grote Kamer) (*Giuliano en Gaggio t. Italië*) en EHRM 14 april 2015, EHRC 2015, 150, m.nt. J.H. Gerards, par. 172 (Grote Kamer) (*Mustafa Tunç en Fecire Tunç t. Turkije*).

140 EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43, m.nt. A.J.Th. Woltjer (Grote Kamer) (*Öneryildiz t. Turkije*).

Naar het oordeel van het EHRM hebben de militaire autoriteiten verzuimd om de nodige veiligheidsmaatregelen te treffen. Hierbij kan gedacht worden aan het afzetten van het terrein en het ophangen van waarschuwingsborden. Het nemen van maatregelen geldt te meer nu het in het onderhavige geval gaat om kinderen (behorend tot een kwetsbare groep). De ernst van het nalaten van de autoriteiten leidt ertoe dat het Hof onder artikel 2 EVRM een strafrechtelijke vervolging van de verantwoordelijken verlangt.

Het voorgaande maakt dat op nationaal niveau niet aan klager mag worden tegengeworpen dat hij niet alle nationale rechtsmiddelen heeft uitgeput (te weten: civiele/administratieve procesgang).¹⁴¹ Dit standpunt heeft het Hof eerder ingenomen in de zaak *Öneryildiz*.¹⁴² Het Hof komt tot de slotsom dat de autoriteiten de nodige veiligheidsmaatregelen hadden moeten nemen om de levens van de burgers te beschermen (dit is dus een schending van de materiële component van artikel 2 EVRM, waarbij zij opgemerkt dat het Hof in casu – in tegenstelling tot eerdere zaken – de materiële en procedurele component niet afzonderlijk behandelt) en daarnaast had de doodsoorzaak van het zoontje van klager moeten worden achterhaald en diende vast te worden gesteld wie hiervoor verantwoordelijk is (procedurele component).¹⁴³ Het gegeven dat het in deze zaak gaat om het overlijden van een kind, behorend tot een kwetsbare groep, lijkt ook extra gewicht in de schaal te leggen bij de toets aan de nakoming van de positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM door de Staat.

Onmiddellijk en voortvarend onderzoek

Op de nationale autoriteiten rust voorts de derde plicht om het onderzoek onmiddellijk en voortvarend uit te voeren. De standaardoverweging van het Hof met betrekking tot dit snelheidsvereiste:

‘A requirement of promptness and reasonable expedition is implicit in this context [in het kader van een effectief onderzoek] ... It must be accepted that there may be obstacles or difficulties which prevent progress in an investigation in a particular situation. However, a prompt response by the authorities in investigating a use of lethal force may generally be regarded as essential in maintaining public confidence in their adherence to the rule of law and in preventing any appearance of collusion in or tolerance of unlawful acts.’¹⁴⁴

Het snelheidsvereiste betekent dus dat niet te lang mag worden gewacht met de aanvang van het onderzoek en ook het verdere verloop van het onderzoek mag niet onnodig lang duren. In de hiervoor weergegeven overweging lezen

141 EHRM 3 april 2014, EHRC 2014, 85, par. 66 (*Oruk t. Turkije*).

142 EHRM 30 november 2005, AB 2005, 43, m.nt. A.J.Th. Woltjer (Grote Kamer) (*Öneryildiz t. Turkije*).

143 EHRM 3 april 2014, EHRC 2014, 85, par. 66 (*Oruk t. Turkije*).

144 EHRM 4 mei 2001, zaaknr. 24746, 94, par. 108 (*Hugh Jordan t. Verenigd Koninkrijk*).

we ook de ratio van de snelheidseis. Het gaat erom dat het vertrouwen in de rechtsstaat blijft bestaan, en dat elke schijn van samenzwering of tolerantie ten aanzien van onrechtmatig handelen wordt voorkomen.

De invulling van de snelheid waarmee het onderzoek van start gaat en wat een redelijke duur van het onderzoek is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In de gevallen waarin een onderzoek ruim elf jaar duurt, is het evident dat dit niet kwalificeert als een voortvarend onderzoek.¹⁴⁵ Ook een onderzoek dat totaal zes en een half jaar in beslag nam, was niet voortvarend naar het oordeel van het Hof. Het Hof neemt ook mee of de betreffende Staat een reden geeft voor de vertraging.¹⁴⁶ Daarnaast speelt ook de complexiteit van de zaak een rol bij de toelaatbare duur van het onderzoek.

De casuïstische benadering van het Hof zien we ook terug in *Shchiborshch en Kuzmina*,¹⁴⁷ waarin een psychiatrische patiënt zich verzette tegen de assisterende politie bij het transport naar een instelling met als gevolg een dodelijke verwonding. Ondanks het feit dat het onderzoek ruim drie en een half jaar heeft geduurd, oordeelde het Hof toch dat het onderzoek voldeed aan het vereiste van voortvarendheid. De reden hiervoor is dat het Hof geen uitstelgedrag bij de nationale autoriteiten bespeurt en de autoriteiten bovendien extra onderzoeksactiviteiten hebben verricht teneinde de conflicterende conclusies verder te onderzoeken.¹⁴⁸

Tot slot geldt het snelheidsvereiste ook in medische zaken,¹⁴⁹ zo bepaalde het Hof in de eerder in dit hoofdstuk genoemde zaak *Šilih*, waarin klagers stellen dat hun zoon is komen te overlijden als gevolg van nalatigheid aan de zijde van de arts.¹⁵⁰ De Sloveense autoriteiten hebben de klacht van klagers niet conform het 'diligence' (zorgvuldigheid) vereiste van artikel 2 EVRM behandeld.¹⁵¹ De Grote Kamer overweegt onder meer dat gedurende het beroep in eerste aanleg al zes verschillende rechters zich over de zaak hebben gebogen, dit botst met het effectiviteitsvereiste als onderdeel van de procedurele component van artikel 2 EVRM.¹⁵² In meer algemene bewoordingen heeft het Hof in de onderhavige zaak overwogen dat kennis van de feiten en mogelijke fouten gedurende de medische zorg essentieel zijn om de potentiële

145 Dit was bijvoorbeeld het geval in de zaak: EHRM 28 januari 2014, EHRC 2014, 82, par. 51 e.v. (*Camekan t. Turkije*).

146 EHRM 24 april 2014, EHRC 2014, 156, par. 108-113 (*Perevedentsevy t. Rusland*).

147 EHRM 16 januari 2014, EHRC 2014, 66 (*Shchiborshch en Kuzmina t. Rusland*) (transport psychiatrische patiënt naar instelling, verzet met dodelijk verwonding tot gevolg).

148 EHRM 16 januari 2014, EHRC 2014, 66, par. 256 (*Shchiborshch en Kuzmina t. Rusland*).

149 'The same applies to Article 2 cases concerning medical negligence' (par. 195).

150 EHRM 9 april 2009, zaaknr. 71463/01, par. 197 (Grote Kamer) (*Šilih t. Slovenië*). Vgl. ook: White & Ovey 2014, p. 164.

151 EHRM 9 april 2009, zaaknr. 71463/01, par. 211 (Grote Kamer) (*Šilih t. Slovenië*).

152 EHRM 9 april 2009, zaaknr. 71463/01, par. 210-211 (Grote Kamer) (*Šilih t. Slovenië*). Vgl. ook: Grabenwarter 2014, p. 28.

gebreken te herstellen en vergelijkbare fouten te voorkomen. Een snel onderzoek is derhalve van belang voor alle gebruikers van de gezondheidszorg.¹⁵³

Openbaarheid onderzoek

Het is tot slot, en in de vierde plaats, aan de autoriteiten om ervoor te zorgen dat het onderzoek voldoende openbaar ('public scrutiny') wordt uitgevoerd. Dit betekent dat de nabestaanden in voldoende mate bij het onderzoek moeten worden betrokken.¹⁵⁴ Meer concreet kan het dan dus gaan om het verstrekken van informatie over de voortgang van het onderzoek:

'For the same reasons [verwezen wordt naar de vorige overweging waarin de ratio van het snelheidsvereiste is genoemd, namelijk: dat het vertrouwen in de rechtsstaat blijft bestaan, en dat elke schijn van samenzwering of tolerantie ten aanzien van onrechtmatig handelen wordt voorkomen: TdJ] there must be a sufficient element of *public scrutiny* of the investigation or its results to secure accountability in practice as well as in theory...'¹⁵⁵

Daarnaast dient het onderzoek zowel in de praktijk als in theorie openbaar te zijn. Het Straatsburgse Hof vervolgt zijn standaardoverweging door te overwegen dat de mate waarin het onderzoek openbaar is en dus in hoeverre nabestaanden bij het onderzoek moeten worden betrokken per zaak verschilt. Tegelijkertijd formuleert het Hof wel een soort ondergrens. Nabestaanden dienen in ieder geval in de procedure te worden betrokken voor zover dit noodzakelijk is om hun legitieme belangen te waarborgen:

'The degree of public scrutiny required may well vary from case to case. In all cases, however, the next-of-kin of the victim must be involved in the procedure to the extent necessary to safeguard his or her legitimate interests (...)'.¹⁵⁶

Vervolgens zijn de omstandigheden van het geval bepalend voor de vraag of het onderzoek openbaar of besloten plaatsvindt. Het is denkbaar dat het onderzoek besloten plaatsvindt, maar dat de uitkomst wel openbaar moet zijn.¹⁵⁷ Onder omstandigheden kan het Hof van de Staat verlangen dat rechtsbijstand beschikbaar is voor betrokkenen, in de gevallen waarin dit nodig is voor de effectieve participatie van betrokkenen.¹⁵⁸ De plicht om de nabestaanden in de procedure te betrekken is niet onbegrensd: de betrokkenheid van de nabestaanden reikt niet zo ver dat het een recht voor de nabestaanden

153 EHRM 9 april 2009, zaaknr. 71463/01, par. 196 (Grote Kamer) (*Šilih t. Slovenië*). Dit is onder meer herhaald in: EHRM 28 juli 2009, zaaknr. 30754/04, par. 63 e.v. (*Dvořáček en Dvořáčková t. Slowakije*) en EHRM 23 maart 2010, zaaknr. 4864/05, par. 76 (*Oyal t. Turkije*).

154 Vgl. White & Ovey 2014, p. 161-162; Harris e.a. 2014, p. 217.

155 EHRM 4 mei 2001, zaaknr. 24746/94, par. 109 (*Hugh Jordan t. Verenigd Koninkrijk*).

156 EHRM 4 mei 2001, zaaknr. 24746/94, par. 109 (*Hugh Jordan t. Verenigd Koninkrijk*).

157 Harris e.a. 2014, p. 217-218.

158 Harris e.a. 2014, p. 218.

omvat om een vertegenwoordiger aan te wijzen die aanwezig is bij de te verrichten autopsie.¹⁵⁹

In de zaak *Perevedentsevy* tegen Rusland¹⁶⁰ stapelen de tekortkomingen ten aanzien van het betrekken van de nabestaanden bij het onderzoeksproces zich op. In deze zaak heeft de zoon van klagers in militaire dienst zelfmoord gepleegd. Klagers stellen dat de pesterijen in het leger hier mede debet aan zijn. Het strafrechtelijk onderzoek wordt afgesloten vanwege gebrek aan bewijs.

Ten aanzien van het niet betrekken van klagers bij de voortgang van het onderzoek wordt om te beginnen het verzoek van klager om de slachtofferstatus te krijgen (teneinde te kunnen interveniëren in het onderzoek) afgewezen. Aan klagers is bovendien geen informatie over het bewijs/de getuigen en de deskundigenrapporten verstrekt, noch zijn zij geïnformeerd over de voortgang van het onderzoek, en pas ruim vijftien maanden later ontvangen zij het bericht dat het onderzoek is gestopt.¹⁶¹

Voorts geeft de openbaar aanklager pas na drie en een half jaar uitvoering aan het herroepingsbesluit om klagers alsnog de slachtofferstatus te verlenen.¹⁶² Ruim een jaar nadat de onderzoeksprocedure is hervat en de klagers bij nieuw besluit de slachtofferstatus hebben gekregen, worden de klagers op de hoogte gebracht. De betrokkenheid van klagers bij de procedure in 2010 is dan slechts verworden tot formaliteit, nu hun zoon reeds in 2004 is komen te overlijden.¹⁶³ Het voorgaande maakt dat niet voldaan is aan de voorwaarde om de nabestaanden te betrekken bij het onderzoek.

Tot besluit: bij de voorwaarde om de nabestaanden bij de voortgang van het onderzoek te betrekken valt het volgende op. Allereerst zien we deze voorwaarde – zoals eerder opgemerkt in het kader van de bespreking van de materiële positieve verplichting onder artikel 2 EVRM – ook onder artikel 8 EVRM, waar het Hof deze voorwaarde formuleert als het recht op informatie, en waarbij dit meer concreet kan betekenen dat aan betrokkenen informatie wordt verstrekt over de voortgang van de (onderzoeks)procedure.¹⁶⁴

In de tweede plaats hebben we eerder in dit hoofdstuk kunnen lezen dat het Hof het recht op informatie ook heeft geformuleerd in het kader van de materiële positieve verplichting onder artikel 2 EVRM. Een belangrijk verschil met het recht op informatie als onderdeel van de materiële positieve verplichting en het betrekken van de nabestaanden in de onderzoeksprocedure (de procedurele positieve verplichting) is dat in het laatste geval dit betrekken van de nabestaanden *achteraf* gebeurt, en dat bij de materiële positieve verplichting de informatie juist *vooraf* (ter preventie) dient te worden verstrekt. Sa-

159 EHRM 24 maart 2011, zaaknr. 23458/02, par. 315 (Grote Kamer) (*Guliani en Gaggio t. Italië*).

160 EHRM 24 april 2014, EHRC 2014, 156 (*Perevedentsevy t. Rusland*).

161 EHRM 24 april 2014, EHRC 2014, 156, par. 120 (*Perevedentsevy t. Rusland*).

162 EHRM 24 april 2014, EHRC 2014, 156, par. 121 (*Perevedentsevy t. Rusland*).

163 EHRM 24 april 2014, EHRC 2014, 156, par. 122 (*Perevedentsevy t. Rusland*).

164 Zie hoofdstuk 6.

menvattend: op de Staat rust dus zowel vooraf de plicht om zijn burgers over potentieel levensbedreigende gevaren te informeren als achteraf de plicht om zijn burgers over (de voortgang van) het onderzoek op de hoogte te houden.

Tot slot, en in de derde plaats, kan het EHRM soms ook onder artikel 6 EVRM verlangen van de nationale autoriteiten dat zij de betrokkenen in voldoende mate bij (de voortgang van) het onderzoek betrekken. In dit verband is gewezen op de zaak *Mantovanelli*¹⁶⁵ waarin het Hof dit gebrek onder het recht op tegenspraak (hoor en wederhoor) van artikel 6 EVRM schaarde. In sommige gevallen kan dit betrekken van nabestaanden dus al volgen uit artikel 6 EVRM. Onder artikel 2 EVRM noemt het Hof dit vereiste expliciet in het kader van de procedurele onderzoeksplicht. Ook het bieden van rechtsbijstand zagen we eerder onder artikel 6 EVRM, en onder artikel 2 EVRM kan dit ook aan de orde zijn wanneer het gaat om het betrekken van de nabestaanden in de procedure.

Resumerend: om het onderzoek effectief te laten zijn, dient het ten eerste onafhankelijk te worden uitgevoerd. Ten tweede dient door het onderzoek vast komen te staan of het geweldsgebruik gerechtvaardigd was, en wie hiervoor verantwoordelijk is. Degene die verantwoordelijk is, dient ook verantwoordelijk te kunnen worden gehouden (in sommige gevallen strafrechtelijk, en soms via bijvoorbeeld de civiele weg). Om de verantwoordelijken te kunnen identificeren moet het onderzoek grondig zijn, en dienen diverse onderzoekshandelingen te worden verricht (autopsie, horen van getuigen). Ten derde dient het onderzoek voldoende snel van start te gaan en voortvarend te gebeuren. Ten vierde moeten de nabestaanden in voldoende mate bij (de voortgang van) het onderzoek te worden betrokken.

Bij de bespreking van de toepassing van de procedurele eisen viel een aantal zaken op. Zo is de EHRM-rechtspraak erg casuïstisch. Het feitencomplex is heel bepalend voor de manier waarop het Hof de procedurele eisen toetst. Dit bemoeilijkt het trekken van meer algemene conclusies. Het onderzoek moet voldoen aan de hiervoor genoemde eisen, maar tegelijkertijd worden de eisen in andere zaken ook weer in onderlinge samenhang beoordeeld. Onder artikel 2 EVRM wordt soms een typische 6 EVRM-eis toegepast. Zo vertoont het snelheidsvereiste van het onderzoek overeenkomsten met het *redelijke termijn* vereiste zoals we dat kennen van artikel 6 EVRM. Het snelheidsvereiste onder artikel 2 EVRM ziet echter vooral op de duur van het onderzoek, terwijl de redelijke termijn onder artikel 6 EVRM in beginsel op de rechterlijke fase ziet.

Tot slot brengt artikel 2 EVRM zowel de materiële positieve verplichting met zich om vooraf te informeren over potentieel levensbedreigend gevaar als de procedurele positieve verplichting om de nabestaanden achteraf te informeren over (de voortgang van) het onderzoek.

165 EHRM 18 maart 1997, NJ 1998, 278 (*Mantovanelli t. Frankrijk*).

4.4 DE PROCEDURELE WAARBORGEN VAN ARTIKEL 2 EVRM IN RELATIE TOT DE ARTIKELN 6 EN 13 EVRM EN DE MOGELIJKE TOEGEVOEGDE WAARDE

Het meest expliciet over de relatie tussen artikel 2 en 6 EVRM over de relatie tussen artikel 2 en 6 EVRM is de Grote Kamer van het Hof in de *Tunç en Tunç*-zaak.¹⁶⁶

In casu is de zoon van klagers tijdens een militaire dienst om het leven gekomen door geweerschoten. De kern van het geschil richt zich op de vraag uit wiens geweer de dodelijke kogel is afgevuurd. Naar het oordeel van de Turkse autoriteiten heeft de zoon van klagers zichzelf per ongeluk neergeschoten. Dit heeft geresulteerd in het uitblijven van een strafrechtelijke procedure nu de verantwoordelijken niet kunnen worden aangewezen.

Naar het oordeel van de Kamer voldoet het onderzoek op de punten van adequaatheid, snelheid en volledigheid.¹⁶⁷ De Kamer oordeelt echter anders ten aanzien van de onafhankelijkheid van het onderzoek. De Kamer verwijst daarbij naar een eerdere uitspraak,¹⁶⁸ waarin het oordeelde dat de militaire rechtbank niet voldoet aan het onafhankelijkheidsvereiste ex artikel 6 EVRM. In die uitspraak is een van de drie rechters die zitting neemt in deze rechtbankformatie door het leger benoemd en blijft daarmee in een hiërarchische relatie staan tot het leger. In *Tunç en Tunç* is hier ook sprake van.¹⁶⁹ De Kamer van het Hof oordeelt dat het onderzoek naar de doodsoorzaak niet onafhankelijk is, en concludeert met vier tegen drie stemmen tot een procedurele schending van artikel 2 EVRM.¹⁷⁰

Als gevolg van het toegewezen verzoek van de regering buigt de Grote Kamer zich vervolgens over de zaak. Anders dan de Kamer van het Hof concluderen de zeventien rechters (met twaalf tegen vijf) dat de procedurele component van artikel 2 EVRM niet is geschonden ten aanzien van het onafhankelijkheidsvereiste. Hoewel (vanuit artikel 6 EVRM bezien) absolute institutionele onafhankelijkheid bij de militaire openbare aanklager en de militaire rechtbank¹⁷¹ ontbreekt, zijn de aanklager en de rechters niet persoonlijk bij de zaak betrokken. De ontbrekende absolute onafhankelijkheid heeft de effecti-

166 EHRM 14 april 2015, *EHRC* 2015, 150, m.nt. J.H. Gerards (Grote Kamer) (*Mustafa Tunç en Fecire Tunç t. Turkije*). Zie ook het jaarverslag van het Hof van 2015, digitaal te raadplegen en Nussberger 2017, hoofdstuk 7.

167 EHRM 25 juni 2013, *EHRC* 2013, 234, m.nt. L. Lavrysen, par. 106-125 (*Mustafa Tunç en Fecire Tunç t. Turkije*).

168 EHRM 3 juli 2012, zaaknr. 10987/10, par. 13-19 (*Gürkan t. Turkije*).

169 EHRM 25 juni 2013, *EHRC* 2013, 234, m.nt. L. Lavrysen, par. 130-131 (*Mustafa Tunç en Fecire Tunç t. Turkije*).

170 EHRM 25 juni 2013, *EHRC* 2013, 234, m.nt. L. Lavrysen, par. 132 (*Mustafa Tunç en Fecire Tunç t. Turkije*).

171 Zie par. 235-253.

viteit van het onderzoek naar de toedracht onder 2 EVRM niet op een negatieve manier beïnvloed.¹⁷²

Hoewel de Grote Kamer oordeelt dat artikel 6 EVRM niet van toepassing is op deze zaak, nu het aanvechten van klagers van het weigeringsbesluit om tot vervolging over te gaan niet als een *civil right of obligation* kwalificeert, en evenmin sprake is van een *criminal charge* ten aanzien van klagers, gaat de Grote Kamer van het Hof toch in op de verhouding tussen artikel 6 en 2 EVRM.¹⁷³

In de kern heeft de toets aan het onafhankelijkheidsvereiste onder artikel 6 EVRM een abstract en absoluut karakter. Dit betekent dat aan dit vereiste op zichzelf voldaan dient te zijn. Hierbij gaat het dan onder meer om vereisten als de duur en wijze van benoeming van rechters.¹⁷⁴ Anders is dit bij het onafhankelijkheidsvereiste als onderdeel van artikel 2 EVRM waarbij de toets in *concreto* plaatsvindt en het onderzoek als geheel op effectiviteit wordt beoordeeld. Onder artikel 2 EVRM is absolute onafhankelijkheid van de personen die het onderzoek leiden/uitvoeren geen vereiste: het gaat erom dat er *voldoende* onafhankelijkheid is tussen de onderzoekers en de subject(en) van het onderzoek.¹⁷⁵ De beoordeling van de vraag naar de onafhankelijkheid vindt plaats in het licht van de omstandigheden van het geval.¹⁷⁶ Wanneer het idee bestaat dat de institutionele onafhankelijkheid ontbreekt, kan de toets van het Hof wel strikter zijn. Hierbij wordt dit vereiste dan beoordeeld in het licht van de andere procedurele eisen onder artikel 2 EVRM, zoals de snelheid en het betrekken van nabestaanden bij het onderzoek. Een eventueel afwezige institutionele onafhankelijkheid is onder artikel 2 EVRM, anders dan onder artikel 6 EVRM, dus niet op zichzelf beslissend of absoluut. De procedurele criteria onder artikel 2 EVRM gezamenlijk zijn van belang om vast te stellen of het onderzoek effectief is. In het licht van het doel dat het onderzoek effectief dient te zijn, worden de verschillende aspecten in samenhang beoordeeld.¹⁷⁷ In de kern gaat het er dan dus om dat de ontbrekende onafhanke-

172 EHRM 14 april 2015, EHRC 2015, 150, m.nt. J.H. Gerards, par. 254 (Grote Kamer) (*Mustafa Tunç en Fecire Tunç t. Turkije*).

173 EHRM 14 april 2015, EHRC 2015, 150, m.nt. J.H. Gerards, par. 217-219 (Grote Kamer) (*Mustafa Tunç en Fecire Tunç t. Turkije*).

174 Zie par. 221 van de uitspraak.

175 Zie par. 222 en zie ook in dit verband: EHRM 15 mei 2007, EHRC 2007, 83, m.nt. De Jonge, par. 343-344 (Grote Kamer) (*Ramsahai e.a. t. Nederland*).

176 Par. 223. Zie voor een recentere toepassing en herhaling dat dit onafhankelijkheidsvereiste niet absoluut geldt: EHRM 30 maart 2016, zaaknr. 5878/08, par. 278 en par. 229-239 (*general principles*) (Grote Kamer) (*Armani da Silva t. Verenigd Koninkrijk*) (dodelijke schietpartij. Braziliaan is ten onrechte voor een zelfmoord terrorist aangezien door de politie in de Londense metro, twee weken na de aanslagen in Londen d.d. 21 juli 2005. Geen schending procedurele onderzoeksplicht 2 EVRM: onderzoek is grondig geweest, niet vervolgen van de politieagenten is ingegeven door onvoldoende bewijs).

177 Par. 224-225.

lijkheid geen negatieve invloed mag hebben gehad op de effectiviteit van het onderzoek.¹⁷⁸

Kritisch is Gerards ten aanzien van deze ‘holistische’ benadering van het Hof. Onduidelijk is volgens haar of relatief ‘kleine’ tekortkomingen nu kunnen worden gecompenseerd door aan zorgvuldigheid op andere punten te voldoen en hoe het Hof in algemene zin zal beoordelen of het onderzoek voldoende effectief was.¹⁷⁹ Het Hof verlaat nu de instrumentele aanpak, waarbij een ontbreken van onafhankelijkheid direct strijd oplevert met de positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM. Het verlaten van deze aanpak roept volgens Gerards de vraag op of de door de Grote Kamer gekozen benadering in de *Tunç en Tunç*-zaak tot een andere uitkomst in de *Ramsahai e.a.*-zaak¹⁸⁰ zou hebben geleid en dus geen schending van artikel 2 EVRM zou hebben opgeleverd.

In deze laatste Grote Kamer uitspraak gaat het om een achtervolging door twee politieagenten van de jongen die een scooter heeft gestolen, waarbij de jongen uiteindelijk dodelijk wordt getroffen door een schot van een van de politieagenten.¹⁸¹

Het Hof komt in deze zaak tot een procedurele schending van artikel 2 EVRM nu het onderzoek niet onafhankelijk is uitgevoerd (en overigens ook niet adequaat).¹⁸² Het Straatsburgse Hof benadrukt het belang dat het hecht aan dit onafhankelijk uitgevoerde politieonderzoek. Het politieonderzoek dient vanaf het begin door onafhankelijke onderzoekers te worden gedaan. En niet, zoals in het onderhavige geval, door directe collega’s van de politieagenten die betrokken waren bij het incident, en waarbij pas na ruim vijftien uur het onderzoek door de Rijksrecherche is overgenomen.¹⁸³

Het Hof overweegt verder dat, tenzij er bijzondere omstandigheden zijn, de politie die ter plaatse is slechts bevoegd is het terrein af te zetten en vervolgens moet wachten totdat een onafhankelijk onderzoeksteam ter plaatse is.¹⁸⁴ Daarnaast neemt het Hof in zijn oordeel mee dat wezenlijke aspecten van het onderzoek niet door de onafhankelijke Rijksrecherche zijn uitgevoerd.¹⁸⁵ Enig

178 Zie opnieuw par. 254 van de uitspraak.

179 Zie Gerards onder punt 8 van de noot.

180 EHRM 15 mei 2007, EHRC 2007, 83, m.nt. De Jonge (Grote Kamer) (*Ramsahai e.a. t. Nederland*).

181 EHRM 15 mei 2007, EHRC 2007, 83, m.nt. De Jonge, par. 14 e.v. (Grote Kamer) (*Ramsahai e.a. t. Nederland*).

182 Vgl. ook: White & Ovey 2014, p. 162; Harris e.a. 2014, p. 217.

183 EHRM 15 mei 2007, EHRC 2007, 83, m.nt. De Jonge, par. 334 en 337 (Grote Kamer) (*Ramsahai e.a. t. Nederland*).

184 EHRM 15 mei 2007, EHRC 2007, 83, m.nt. De Jonge, par. 338 (Grote Kamer) (*Ramsahai e.a. t. Nederland*). Herhaald in: EHRM 14 december 2010, zaaknr. 74832/01, par. 99 (*Mižigárová t. Slowakije*).

185 EHRM 15 mei 2007, EHRC 2007, 83, m.nt. De Jonge, par. 335 (Grote Kamer) (*Ramsahai e.a. t. Nederland*).

toezicht op dit onderzoek door diezelfde Rijksrecherche is onvoldoende om alsnog te kunnen voldoen aan het onafhankelijkheidsvereiste.¹⁸⁶

Naar mijn verwachting zou het eindoordeel in de zaak *Ramsahai e.a.*, in antwoord op Gerards, ook met toepassing van de benadering van de door de Grote Kamer van het Hof gekozen benadering in de zaak *Tunç en Tunç* hetzelfde blijven. Zoals uit het voorgaande blijkt zijn *wezenlijke* aspecten van het onderzoek niet door de onafhankelijke Rijksrecherche uitgevoerd.¹⁸⁷ Wanneer we dit doortrekken naar de *Tunç en Tunç* benadering van het Hof, dan zou dit ertoe hebben geleid dat in de zaak *Ramsahai e.a.* deze ontbrekende onafhankelijkheid de effectiviteit van het onderzoek op een negatieve manier zou hebben beïnvloed en de procedurele tekortkoming onder artikel 2 EVRM blijft bestaan. Met Gerards ben ik in meer algemene zin eens dat de instrumentele aanpak van het EHRM meer handvaten biedt dan de gekozen holistische benadering onder artikel 2 EVRM in de zaak *Tunç en Tunç*. Tegelijkertijd leent het institutionele onafhankelijkheidsvereiste als onderdeel van artikel 6 EVRM zich ook gemakkelijker voor een abstracte toetsing, die in mindere mate afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Deze toets komt feitelijk neer op de vraag of de institutionele onafhankelijkheid in wet- of regelgeving is vastgelegd. De onafhankelijkheid van het onderzoek in 2 EVRM-zaken heeft een bredere betekenis en kan bovendien op een veelheid aan feitenkwesties van toepassing zijn. Dan is het eerder nodig om de vereisten van de procedurele onderzoeksplicht in het licht van de omstandigheden van het geval te beoordelen en dus de effectiviteit van het onderzoek in zijn geheel te bezien.

De toets aan het onafhankelijkheidsvereiste onder beide artikelen loopt uiteen. Waar onder laatstgenoemd artikel het onafhankelijkheidsvereiste absolute gelding heeft, en dus afzonderlijk wordt getoetst, geldt onder artikel 2 EVRM dat de onafhankelijkheid van het onderzoek in zijn geheel wordt beoordeeld. Dit heeft tot gevolg dat een ontbrekende onafhankelijkheid het onderzoek niet per definitie ineffectief maakt. Dit is alleen het geval als de ontbrekende onafhankelijkheid het onderzoek negatief beïnvloedt. Hierbij moet nog wel worden opgemerkt dat het onafhankelijkheidsvereiste van artikel 2 EVRM ziet op de onafhankelijkheid van het uitgevoerde onderzoek en niet zozeer op de rechterlijke onafhankelijkheid als onderdeel van artikel 6 EVRM. Een gebrek aan onafhankelijk onderzoek onder artikel 2 EVRM kan echter wel een rol spelen in de rechterlijke fase: de rechter kan immers oordelen over de onafhankelijkheid van het onderzoek.

186 EHRM 15 mei 2007, EHRC 2007, 83, m.nt. De Jonge, par. 335-337 (Grote Kamer) (*Ramsahai e.a. t. Nederland*). Ontbreken onafhankelijk onderzoek was ook aan de orde in: EHRM 7 juli 2011, zaaknr. 55721/07 (Grote Kamer) (*Al-Skeini e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), zie ook: White & Ovey 2014, p. 163-164.

187 Zie par. 335 van de uitspraak.

Verder vertoont het snelheidsvereiste als onderdeel van het effectieve onderzoek onder artikel 2 EVRM overeenkomsten met het redelijke termijn-vereiste van artikel 6 EVRM. In het kader van de onderzoeksplicht onder artikel 2 EVRM ziet de duur voornamelijk op de onderzoeksfase (dit kan wel beide fasen omvatten), en bij artikel 6 EVRM primair op de rechterlijke fase. Toch kan de duur van de voorprocedure ook onder artikel 6 EVRM een rol spelen. Onder artikel 2 EVRM kan daarnaast onder omstandigheden het bieden van rechtsbijstand aan de orde zijn, en dit is een 6 EVRM-vereiste. Hoewel de procedurele onderzoeksplicht van artikel 2 EVRM op punten overlap vertoont met artikel 6 EVRM, zijn de 2 EVRM-eisen niet een-op-een terug te vinden in artikel 6 EVRM. Laatstgenoemd artikel voorziet tenslotte niet in de verplichting om een effectief onderzoek te verrichten naar de toedracht van het dodelijke/levensbedreigende incident.

Over de relatie tussen de artikelen 2 en 13 EVRM kan het volgende worden opgemerkt. Om te beginnen kan de invulling van artikel 13 EVRM worden beïnvloed door de aard van de klacht van klager. In het geval van verdachte sterfgevallen of vernederende behandelingszaken kan artikel 13 EVRM vanwege het fundamentele belang van de artikelen 2 en 3 EVRM een grondig onderzoek van de Staat verlangen.¹⁸⁸ Het Hof bevestigt verder dat de verplichtingen onder artikel 13 EVRM¹⁸⁹ ruimer zijn dan die onder artikel 2 EVRM om een effectief onderzoek te doen. Volgens Grabenwarter leidt een procedurele schending van artikel 2 EVRM dus automatisch tot een schending van artikel 13 EVRM.¹⁹⁰ In sommige zaken is dit voor het Hof reden om de behandeling van artikel 13 EVRM dan zelfs achterwege te laten.¹⁹¹ Op die manier wordt voorkomen dat te veel een herhaling van zetten plaatsvindt. Verder lijkt de toets aan artikel 13 EVRM ook af te hangen van de vraag of het gebrekkige onderzoek onder het materiële Verdragsartikel gevolgen heeft voor het instellen van bijvoorbeeld een schadeclaim onder artikel 13 EVRM.¹⁹²

Bij het onderzoek onder artikel 2 EVRM lijkt de nadruk vooral te liggen op de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Artikel 13 EVRM ziet echter ook vaak op een civiel redres (bijvoorbeeld schadevergoeding) via een effectief nationaal rechtsmiddel.¹⁹³

188 Het voorgaande staat los van de autonome onderzoeksplicht zoals ontwikkeld in het kader van artikel 2 EVRM (zie paragraaf 4.3.1).

189 Zie ook hoofdstuk 2, en: EHRM 13 juli 2010, zaaknr. 45661/99, par. 165 (*Carabulea t. Roemni*).

190 Grabenwarter 2014, p. 335. Anders: Brems 2013, p. 157.

191 Vgl. Brems 2013, p. 157-158 en de daar genoemde jurisprudentie, zowel EHRM-zaken waarin na een procedurele schending onder de materiële Verdragsbepaling de behandeling van artikel 13 EVRM achterwege blijft, of juist andersom.

192 Mowbray 2010, p. 375-376.

193 White & Ovey verwoorden het op deze manier: White & Ovey 2014, p. 160. Zie overigens in dit verband ook hoofdstuk 8 waarin het specifieke karakter van de onderzoeksplicht, en de nauwe relatie met het onderzoeksobject aan bod komt.

In de dissertatie van Emaus lezen we dat het Hof bij een schending van artikel 2 en 3 EVRM onder artikel 13 EVRM van de Staat verlangt dat vergoeding van immateriële schade tot de redresmogelijkheden behoort¹⁹⁴ (en overigens ook vergoeding van materieel geleden schade).¹⁹⁵ Dit is ingegeven door het fundamentele karakter van de artikelen 2 en 3 EVRM, en daarnaast doordat de vergoeding een onmisbaar onderdeel is van de verhaalsmogelijkheid.¹⁹⁶

Tot slot: in de eerder genoemde zaak *Öneryildiz*¹⁹⁷ overweegt de Grote Kamer van het Hof het volgende over de relatie tussen de artikelen 2 en 13 EVRM.

*'The Court has held that in relation to fatal accidents arising out of dangerous activities which fall within the responsibility of the State, Article 2 requires the authorities to carry out of their own motion an investigation, satisfying certain minimum conditions, into the cause of the loss of life (...). It further observes that, without such an investigation, the individual concerned may not be in a position to use any remedy available to him for obtaining relief, given that the knowledge necessary to elucidate facts such as those in issue in the instant case is often in the sole hands of State officials or authorities. Having regard to these considerations, the Court's task under Article 13 in the instant case is to determine whether the applicant's exercise of an effective remedy was frustrated on account of the manner in which the authorities discharged their procedural obligation under Article 2 (...) [cursivering: Td]].'*¹⁹⁸

Het voorgaande illustreert het verband tussen voornoemde artikelen. Of betrokkene in de nationale procedure een effectief rechtsmiddel aan kan wenden lijkt in casu afhankelijk van de vraag of de autoriteiten hun procedurele verplichting onder artikel 2 EVRM zijn nagekomen. Over het antwoord op de vraag of een procedurele tekortkoming onder artikel 2 EVRM automatisch resulteert in een schending van artikel 13 EVRM zijn de meningen echter verdeeld.¹⁹⁹ Dit laat onverlet dat voor het aanwenden van een effectief rechtsmiddel door rechtszoekende kennis van de feiten essentieel is. Vaak beschikken alleen de nationale autoriteiten over deze kennis, en dit onderstreept het belang voor de rechtszoekende dat de nationale autoriteiten onderzoek doen.

194 Emaus 2013, p. 133-137 en de verwijzing naar onder meer: EHRM 17 maart 2005, zaaknr. 50196/99, par. 171 (*Bubbins t. Verenigd Koninkrijk*).

195 Grabenwarter 2014, p. 335.

196 Zo concludeert Emaus: Emaus 2013, p. 137. Zie ook: EHRM 10 mei 2001, EHRC 2001, 46, m.nt. E. Brems, par. 109 (Grote Kamer) (*Z e.a. t. Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 10 april 2012, zaaknr. 19986/06, par. 38-39 (*Kemaloglu en Kemaloglu t. Turkije*).

197 EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43, m.nt. A.J.Th. Woltjer (Grote Kamer) (*Öneryildiz t. Turkije*).

198 EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43, m.nt. A.J.Th. Woltjer, par. 149 (Grote Kamer) (*Öneryildiz t. Turkije*).

199 Zie supra noot 190.

Is de procedurele onderzoeksplicht van artikel 2 EVRM van toegevoegde waarde ten opzichte van de bestaande procedurele eisen van de artikelen 6 en 13 EVRM? Met het inlezen van de plicht tot het doen van een grondig officieel onderzoek blijft de betekenis van artikel 2 EVRM niet langer beperkt tot de materiële aspecten van een 2 EVRM-zaak. Het recht op leven wordt ook procedureel van betekenis. Voor de Staten betekent dit een toename van het aantal verplichtingen, en voor de rechtszoekende een toename in het aantal aanspraken/rechten. De procedurele onderzoeksplicht is van een ander kaliber dan de procedurele eisen van zowel artikel 6 als artikel 13 EVRM. Hoewel een aantal van de procedurele vereisten van artikel 2 EVRM overeenkomt met de eisen van artikel 6 EVRM, blijft de onderzoeksplicht in essentiële opzichten verschillen van de typische 6 EVRM-eisen. Immers: artikel 6 EVRM verplicht de nationale autoriteiten niet om een onderzoek in te stellen naar aanleiding van een dodelijk ongeval of een levensbedreigende situatie. In dit opzicht is de procedurele onderzoeksplicht van toegevoegde waarde omdat het nieuwe, andersoortige verplichtingen met zich brengt. Bovendien spelen de feiten, anders dan bij artikel 6 en 13 EVRM, een veel grotere rol onder artikel 2 EVRM. Illustratief in dit verband is ook de divergerende toepassing van het onafhankelijkheidsvereiste onder de artikelen 6 en 2 EVRM.

Over de mogelijke toegevoegde waarde van de procedurele onderzoeksplicht ten opzichte van artikel 13 ERM kan het volgende worden opgemerkt. Aan de ene kant is artikel 13 EVRM meeromvattend dan de procedurele verplichting onder artikel 2 EVRM. Tegelijkertijd kan het doen van onderzoek onder artikel 2 EVRM nodig zijn om een schadeclaim ex artikel 13 EVRM in te kunnen dienen. Op dit punt is de artikel 2 EVRM-onderzoeksplicht van toegevoegde waarde ten opzichte van artikel 13 EVRM. Tot slot brengt artikel 13 EVRM niet zelfstandig de verplichting met zich om een effectief officieel onderzoek te starten, en artikel 2 EVRM wel.

4.5 DE PROCEDURELE WAARBORGEN: BESLUITVORMINGSFASE EN/OF RECHTERLIJKE FASE

Vooropgesteld moet worden dat het EHRM nalaat om te specificeren voor welke nationale actor (uitvoerend en/of rechtsprekend) de plichten gelden. Toch laat dit onverlet dat de aard van de zaak wel in een bepaalde richting kan wijzen. Zeker in de gevallen waarin bewijsmateriaal moet worden veiliggesteld, zullen de plichten in ieder geval al *voorafgaand* aan de fase voor de rechter gelden. De Staat is dan wel vrij of dit aan de uitvoerende autoriteiten (bijvoorbeeld de rijksrecherche) of de rechterlijke autoriteit (zoals een rechter-commissaris of onderzoeksrechter) is. Bovendien kan voor een onderzoek een bepaalde expertise zijn vereist, en het ligt dan in de lijn der verwachting dat speciale onafhankelijke (onderzoeks)organisaties hiertoe het beste zijn uitgerust. Het uiteindelijke onderzoeksrapport kan – vanzelfsprekend – wel ook deel

uitmaken van een eventueel daaropvolgende rechterlijke procedure. Bovendien is eerder in dit hoofdstuk opgemerkt dat het Straatsburgse Hof de gehele procedure betreft om het bij wet beschermde recht op leven te effectueren. Vooral in de gevallen dat de Staat betrokken is bij het ongeval. Dit betekent dat de in het kader van artikel 2 EVRM ontwikkelde procedurele eisen ook in de rechterlijke fase kunnen gelden. Ook is het mogelijk dat een tekortkoming in het onderzoek aan de zijde van de uitvoerende autoriteiten kan worden gecompenseerd in de rechterlijke fase.²⁰⁰ Een kanttekening is hier wel op zijn plaats nu niet elke voorwaarde van het onderzoek onverkort van toepassing kan zijn op de fase voor de rechter. Zo is het informeren van de nabestaanden over de voortgang van het onderzoek eigen aan de onderzoeksfase. Wel kan het beginsel van hoor en wederhoor in de rechterlijke fase een rol spelen, maar dan zal dit eerder over de band van artikel 6 EVRM gebeuren. Daarnaast is het mogelijk dat de rechterlijke fase beïnvloed wordt door een gebrekkig onderzoek. Bijvoorbeeld een partijdige deskundige op wiens advies het rechterlijk oordeel in beslissende mate steunt.

Het zwaartepunt van de in het kader van artikel 2 EVRM ontwikkelde procedurele eisen lijkt dus te liggen op de besluitvormingsfase. Toegespitst op het type zaken waarin artikel 2 EVRM een rol speelt, gaat het dan om de onderzoeksfase. Dit impliceert dat in de praktijk op de nationale uitvoerende autoriteiten de plicht rust om een effectief officieel onderzoek te doen. Voor de rechter is hier ook nog altijd een belangrijke (subsidiare) rol weggelegd.

4.6 CONCLUSIE

Artikel 2 EVRM brengt veel positieve verplichtingen voor de Staten met zich. Zowel op materieel als procedureel vlak. In essentie ziet de procedurele verplichting onder het recht op leven op het *achteraf* starten van een effectief onderzoek naar de toedracht van het dodelijke incident, of de potentieel levensbedreigende situatie. Ter invulling van wat onder een effectief onderzoek moet worden verstaan, heeft het EHRM een aantal procedurele eisen geformuleerd.

In de eerste plaats dient het onderzoek onafhankelijk plaats te vinden. In de tweede plaats moet met het onderzoek de toedracht duidelijk worden, waarbij de verantwoordelijken moeten kunnen worden geïdentificeerd en eventueel (strafrechtelijk, of anderszins) verantwoordelijk gehouden. Dit tweede vereiste ziet onder andere op het doen van een grondig onderzoek waarbij het dan kan gaan om het verrichten van een autopsie, het horen van getuigen en het veiligstellen en onderzoeken van bewijs. In de derde plaats moet het onderzoek snel van start gaan, en mag het niet onredelijk lang duren. Hierbij

200 White & Ovey 2014, p. 218.

is de complexiteit van de zaak mede bepalend voor wat naar het oordeel van het Hof onredelijk lang is. Tot slot en in de vierde plaats moeten de nabestaanden in voldoende mate bij (de voortgang van) het onderzoek worden betrokken.

Elke 2 EVRM-zaak heeft een ander feitencomplex. Dit maakt het onmogelijk om een simpele checklijst met onderzoekshandelingen op te stellen die op elk 2 EVRM-geval van toepassing is. Ook de hiervoor genoemde procedurele eisen waaraan het onderzoek dient te voldoen, worden ingekleurd door de feiten van het specifieke geval. Volgens vaste Straatsburgse jurisprudentie herhaalt het EHRM in zijn rechtspraak eerst de algemene overwegingen ten aanzien van de procedurele onderzoeksplicht en de daarbij behorende eisen. Vervolgens past het deze algemene principes en eisen toe op het onderhavige geval. Als aan een (of meer) van de hiervoor genoemde vier voorwaarden niet is voldaan, oordeelt het Hof doorgaans dat het onderzoek niet effectief is in de zin van artikel 2 EVRM. Het Hof neemt dan een procedurele schending aan. Deze toepassing door het EHRM is heel casuïstisch: wat in de ene zaak een redelijke duur kan zijn van het onderzoek, kan in een andere zaak juist als onredelijk lang worden aangemerkt. Dit geldt ook voor de overige procedurele eisen van de onderzoeksplicht.

Verder verschilt de uitleg van het onafhankelijkheidsvereiste als onderdeel van artikel 2 EVRM van de uitleg die het EHRM geeft aan het institutionele onafhankelijkheidsvereiste van artikel 6 EVRM. Onder artikel 2 EVRM beoordeelt het Hof de zaak als *geheel* op effectiviteit, en de onafhankelijkheid van het onderzoek hangt af van de vraag of de (deels) ontbrekende onafhankelijkheid het onderzoek op een negatieve wijze beïnvloedt. Onder artikel 6 EVRM geldt het institutionele onafhankelijkheidsvereiste absoluut, en hieraan moet op zichzelf voldaan zijn. Bij dit laatste gaat het om de duur en wijze van benoeming van de rechters. Onder artikel 2 EVRM moet het onderzoek voldoende onafhankelijk zijn uitgevoerd, en bij het bepalen hiervan kijkt het Hof ook naar de (naleving van de) andere procedurele eisen.

Artikel 13 EVRM wordt gekleurd door het recht dat op het spel staat. Wanneer het recht op leven in het geding is, verlangt artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 2 EVRM van de Staat dat een effectief onderzoek wordt gestart. Artikel 13 EVRM omvat echter meer verplichtingen dan de procedurele plicht tot het starten van een onderzoek onder artikel 2 EVRM. Een procedurele schending van artikel 2 EVRM kan een schending van artikel 13 EVRM betekenen. De relatie tussen beide artikelen wordt duidelijk zichtbaar wanneer een tekortkoming van de nationale autoriteiten ten aanzien van het doen van onderzoek ertoe leidt dat betrokkene geen effectief rechtsmiddel ex artikel 13 EVRM kan aanwenden. Om de klacht onder artikel 13 EVRM goed te kunnen onderbouwen, is kennis van de feiten immers onontbeerlijk, en met behulp van onderzoek kunnen deze feiten boven water te komen.

Op welke nationale autoriteit rust de procedurele plicht tot het doen van grondig onderzoek? Gelet op de aard van de verplichting ligt het in de rede

dat het aan de uitvoerende autoriteit is om als eerste in actie te komen. Vanwege de benodigde kennis en expertise zijn deze autoriteiten hiertoe het beste geëquipeerd. Tegelijkertijd kunnen tekortkomingen in de onderzoeksfase onder omstandigheden worden gecompenseerd in de fase voor de rechter. Bovendien gelden de procedurele eisen van de onderzoeksplicht ook voor de rechter, in het bijzonder wanneer de Staat direct betrokken is. Voor de rechter blijft dus ook ten aanzien van de procedurele artikel 2 EVRM-onderzoeksplicht een belangrijke (subsidiare) taak weggelegd.

Voor wat betreft de vraag naar de mogelijke toegevoegde waarde van de procedurele eisen van artikel 2 EVRM ten opzichte van de procedurele artikel 6 en 13-EVRM eisen geldt dat de uitleg en de ratio van de verschillende type procedurele eisen verschilt. Illustratief voor het verschil in uitleg is de hiervoor beschreven uiteenlopende uitleg van het onafhankelijkheidsvereiste onder de artikelen 2 en 6 EVRM. De procedurele onderzoeksplicht onder artikel 2 EVRM heeft de effectuering van het recht op leven tot doel (ratio). Deze ratio kleurt, samen met de feiten van het specifieke geval, de procedurele eisen van deze verplichting. Dit zien we ook terug in de relatie tot artikel 13 EVRM. De onderzoeksplicht van artikel 2 EVRM brengt minder vergaande verplichtingen met zich dan de aanwezigheid van een effectief rechtsmiddel naar nationaal recht. Hierbij kan het gaan om de mogelijkheden tot schadevergoeding of de mogelijkheid de besluitvorming te versnellen. De procedurele eisen die het Hof onder artikel 2 EVRM heeft ontwikkeld zijn namelijk duidelijk gelieerd aan het doen van onderzoek om de bescherming van het recht op leven te realiseren. Een aantal van de procedurele eisen waaraan het onderzoek onder artikel 2 EVRM moet voldoen, toont overeenkomsten met artikel 6 EVRM. Toch verlangt dit laatste artikel niet van de Staten dat zij een onderzoek starten, en daarmee is de procedurele onderzoeksplicht in dit opzicht van toegevoegde waarde ten opzichte van artikel 6 EVRM. In hoeverre de onderzoeksplicht onder het recht op leven van toegevoegde waarde is ten opzichte van artikel 13 EVRM is lastiger te bepalen. Aan de ene kant gelden onder artikel 13 EVRM meer verplichtingen dan in het geval van de procedurele plicht onder het recht op leven. Aan de andere kant bevat artikel 13 EVRM niet zelfstandig de plicht tot het doen van onderzoek. Bovendien is een onderzoek naar de toedracht onder artikel 2 EVRM onder omstandigheden onmisbaar voor een artikel 13 EVRM-claim.

Verder verschillen de materiële en procedurele positieve verplichtingen van elkaar. Om te beginnen is de omvang van de materiële preventieve beschermingsplicht afhankelijk van de vraag naar de mate waarin het potentieel levensbedreigende gevaar kan worden beperkt. De procedurele onderzoeksplicht tot het doen van grondig onderzoek nadat het (potentieel) dodelijke ongeval zich heeft voorgedaan, geldt echter onverkort voor de nationale autoriteiten. Verder geldt onder de materiële verplichting dat de nationale

autoriteiten in actie dienen te komen vanaf het moment dat zij wisten of hadden moeten weten van het potentiële levensbedreigende gevaar. Voor de procedurele onderzoeksverplichting geldt daarentegen dat het onderzoek van start moet gaan zodra het dodelijke of potentiële levensbedreigende gevaar zich heeft verwezenlijkt. Zowel de materiële als procedurele positieve verplichtingen blijven niet beperkt tot het handelen of nalaten van de Staat. Deze verplichtingen rusten ook op de Staat indien artikel 2 EVRM aan de orde is in horizontale relaties. Tot slot heeft het Hof in het kader van de materiële positieve verplichting bepaald dat geen excessief zware financiële last op de Staat mag komen te rusten als gevolg van deze verplichting. Hiermee wordt de omvang van de materiële preventieplicht dus beperkt. Ook voor de omvang van de procedurele onderzoeksplicht geldt dat het aan de Staat is *hoe* hij deze verplichting vervult, mits het aan de gestelde effectiviteitseisen voldoet.

Tot besluit: in dit hoofdstuk is duidelijk geworden dat artikel 2 EVRM veel meer omvat dan een onthoudingsverplichting voor de Staat. De positieve verplichtingen die het Hof in het kader van artikel 2 EVRM heeft geformuleerd zijn talrijk. Naast de materiële positieve verplichtingen is in de Straatsburgse jurisprudentie een breed procedureel eisenpakket tot stand gekomen waaraan de Staten, vooral in de uitvoerende onderzoeksfase, dienen te voldoen. Ook werd duidelijk dat er veel (gevaarlijke) situaties zijn waarin het recht op leven van toepassing is, en de positieve verplichtingen (zowel materieel als procedureel) kunnen worden geactiveerd. Het is dus van belang dat de nationale autoriteiten op de hoogte zijn van de verstreckende procedurele positieve verplichtingen om het recht op leven onder artikel 2 EVRM conform de eisen van het EHRM te kunnen beschermen.

5 | De procedurele waarborgen van artikel 3 EVRM

5.1 INLEIDING

Centraal in dit hoofdstuk staat de vraag welke procedurele waarborgen het EHRM heeft ingelezen in artikel 3 EVRM. Daarnaast komt, net als in het vorige hoofdstuk, de vraag naar de eventuele toegevoegde waarde van deze eisen ten opzichte van de artikelen 6 en 13 EVRM aan de orde.

De procedurele eisen van artikel 3 EVRM vinden we, net als onder artikel 2 EVRM, niet in de EVRM-tekst. Ook deze eisen zijn tot stand gekomen in de omvangrijke jurisprudentie van het Straatsburgse Hof. Deze overeenkomst met artikel 2 EVRM is niet de enige. De procedurele eisen die het Hof in het kader van artikel 3 EVRM heeft ontwikkeld, komen grotendeels overeen met de eisen die het Hof in het kader van artikel 2 EVRM heeft gecreëerd. Zo is een van de kernverplichtingen onder artikel 3 EVRM namelijk ook de procedurele plicht tot het houden van een effectief officieel onderzoek.

In het hiernavolgende zal ik soms de term ‘gewone’ onderzoeksplicht gebruiken wanneer ik spreek over deze kernverplichting in de standaard artikel 3 EVRM-zaken. Dit om verwarring te voorkomen met de onderzoeksplicht die het Hof in asielzaken heeft ontwikkeld onder artikel 3 EVRM en in combinatie met artikel 13 EVRM. Het Hof heeft onder artikel 3 EVRM zelfstandig en onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM in asielzaken ook diverse procedurele verplichtingen geformuleerd (artikel 3 EVRM wordt namelijk vaak ingeroepen door de asielzoeker in uitzettingszaken).¹ Hierbij gaat het in de kern om de plicht voor de nationale autoriteiten om een grondig onderzoek te doen naar de claim van de asielzoeker dat hij bij een uitzetting naar het land van herkomst, of een ander land, een reëel risico loopt op een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling. Deze plicht richt zich tot zowel de uitvoerende als de rechterlijke autoriteiten, onder alleen artikel 3 EVRM of onder artikel 13 en 3 EVRM gezamenlijk.² Verder heeft het Hof aan de nationale

1 Mirgaux 2013a, p. 66; Gerards 2013, p. 243. Het komt ook voor dat klager zich op artikel 2 EVRM beroept teneinde de uitzetting te voorkomen, maar vaker beroept klager zich op artikel 3 EVRM. Dit is de reden dat in deze studie niet is ingegaan op de Straatsburgse jurisprudentie over artikel 2 EVRM-uitzettingszaken.

2 Een ‘review authority’ in de zin van artikel 13 EVRM is niet noodzakelijkerwijs een rechterlijke, zie ook hoofdstuk 2. In de praktijk is dit doorgaans wel het geval.

asielprocedure eisen gesteld op grond van artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM.

De ‘gewone’ onderzoeksplicht onder artikel 3 EVRM en de onderzoeksplicht die het Hof in het kader van asielzaken onder artikel 3 EVRM en in combinatie met artikel 13 EVRM heeft geformuleerd roepen diverse vragen op. Wat is ervoor nodig om deze plichten te activeren? Wat is de betekenis van de absolute gelding van artikel 3 EVRM voor de onderzoeksverplichtingen? Wat is de omvang? Hoe is de bewijslast verdeeld in dit type zaken? Wanneer is het onderzoek naar de maatstaven van het Straatsburgse Hof grondig? Tot hoe ver reikt de eigen verantwoordelijkheid van de rechtszoekende?

Op deze en andere vragen wordt in dit hoofdstuk een antwoord gegeven. Om te beginnen volgt in dit hoofdstuk een bespreking van de achtergrond van het folterverbod zoals verankerd in artikel 3 EVRM (paragraaf 5.2). Daarna volgt de kern van dit hoofdstuk: de procedurele eisen die het EHRM heeft ingelezen in artikel 3 EVRM (paragraaf 5.3). In het tweede deel van paragraaf 5.3 komen de procedurele eisen aan bod van artikel 3 EVRM en artikel 13 EVRM in asielzaken (paragraaf 5.3.2). Ten behoeve van de leesbaarheid, ga ik in een nieuwe paragraaf in op de toepassing van voormelde vereisten (paragraaf 5.4). Aan de hand van een aantal thema's zal ik voorgaande verplichtingen bespreken. Gevolgd door een paragraaf over de relatie tussen de procedurele component van artikel 3 EVRM en artikel 6 en 13 EVRM en de mogelijke toegevoegde waarde (paragraaf 5.5). Vervolgens komt de vraag aan bod of de procedurele eisen in de besluitvormingsfase gelden en/of in de fase voor de rechter (paragraaf 5.6). Ter afsluiting volgt de conclusie (paragraaf 5.7).

Ook in dit 3 EVRM hoofdstuk geldt dat de termen ‘procedurele onderzoeksplicht’ en ‘effectief officieel onderzoek’ inwisselbaar zijn en daarom door elkaar zullen worden gebruikt.

Indien aan de orde zal ook in dit hoofdstuk een verband worden gelegd met de eerder besproken procedurele eisen van artikel 2, 6 en 13 EVRM en met de nog te bespreken procedurele eisen onder artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM.

5.2 ACHTERGROND ARTIKEL 3 EVRM

5.2.1 Het folterverbod

De tekst van artikel 3 EVRM luidt als volgt:

‘Niemand mag worden onderworpen aan foltering en aan onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen.’

Artikel 3 EVRM is net zoals artikel 2 EVRM een van de meest fundamentele rechten van de Conventie. Het verbod dat niemand aan foltering en aan onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen mag worden onderworpen geldt absoluut.³ Ook in tijden van oorlog of indien sprake is van een andere algemene noodtoestand mag niet worden afgeweken van hetgeen in artikel 3 EVRM is bepaald.⁴ Dit laatste is te lezen in artikel 15, tweede lid van het EVRM.⁵ Indien artikel 3 EVRM op het spel staat, is er dus ook geen ruimte voor een belangenafweging.⁶ De absolute gelding van artikel 3 EVRM en het fundamentele karakter lezen we ook terug in de volgende overweging van het Hof in de zaak *Chahal*:⁷

*'Article 3 enshrines one of the most fundamental values of democratic society. The Court is well aware of the immense difficulties faced by States in modern times in protecting their communities from terrorist violence. However, even in these circumstances, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim's conduct' [cursivering: TdJ].*⁸

In latere zaken, waaronder *Saadi*⁹ en *Gäfgen*,¹⁰ is het absolute karakter van artikel 3 EVRM bevestigd door het EHRM. Ook als de veiligheid van de burgers in het gedrang komt, handhaaft het Hof de absolute gelding van het folterverbod zoals neergelegd in artikel 3 EVRM.¹¹

3 Woltjer & Van Pachtenbeke 2013, p. 79; Grabenwarter 2014, p. 34.

4 White & Ovey 2014, p. 169; Harris e.a. 2014, p. 235.

5 Artikel 15 EVRM luidt als volgt:

1. In tijd van oorlog of in geval van enig andere algemene noodtoestand die het bestaan van het land bedreigt, kan iedere Hoge Verdragsluitende Partij maatregelen nemen die afwijken van zijn verplichtingen ingevolge dit Verdrag, voor zover de ernst van de situatie deze maatregelen strikt vereist en op voorwaarde dat deze niet in strijd zijn met andere verplichtingen die voortvloeien uit het internationale recht.

2. De voorgaande bepaling staat geen enkele afwijking toe van artikel 2, behalve ingeval van dood als gevolg van rechtmatige oorlogshandelingen, en van de artikelen 3, 4, eerste lid, en 7.

3. Elke Hoge Verdragsluitende Partij die gebruik maakt van dit recht om af te wijken, moet de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa volledig op de hoogte houden van de genomen maatregelen en van de beweegredenen daarvoor. Zij moet de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa eveneens in kennis stellen van de datum waarop deze maatregelen hebben opgehouden van kracht te zijn en de bepalingen van het Verdrag opnieuw volledig worden toegepast.

6 Harris e.a. 2014, p. 236.

7 EHRM 15 november 1996, NJ 1997, 301, m.nt. P. Boon (Grote Kamer) (*Chahal t. Verenigd Koninkrijk*).

8 EHRM 15 november 1996, NJ 1997, 301, m.nt. P. Boon, par. 80 (Grote Kamer) (*Chahal t. Verenigd Koninkrijk*).

9 EHRM 28 februari 2008, AB 2008, 177, m.nt. H. Battjes, EHRC 2008, 59, m.nt. A.J.Th. Woltjer, JV 2008, 131, m.nt. C.W. Wouters, NJ 2008, 444, *RvdW* 2008, 671, par. 127 (Grote Kamer) (*Saadi t. Italië*).

10 EHRM 1 juni 2010, zaaknr. 22978/05 (Grote Kamer) (*Gäfgen t. Duitsland*).

11 Zie ook: White & Ovey 2014, p. 169; Harris e.a. 2014, p. 235-236. Zie voor een uitzetting hoe in het Verenigd Koninkrijk hiermee wordt omgegaan: Bonner 2012.

Artikel 3 EVRM is pas van toepassing als de handeling waarover geklaagd wordt een minimale mate van ernst heeft. Het Hof spreekt van 'a minimum level of severity'.¹² De invulling van dit criterium hangt af van de omstandigheden van het geval. Tegelijkertijd biedt het Hof wel aanknopingspunten bij de invulling van voormeld criterium. Zo hangt dit onder meer af van de fysieke en geestelijke effecten, en in sommige gevallen het geslacht, de leeftijd en de gezondheidstoestand van het slachtoffer.¹³ In het kader van dit onderzoek voert het te ver om op deze plek uitgebreid in te gaan op de inhoudelijke aspecten van het folterverbod van artikel 3 EVRM. Deze studie ziet tenslotte op de procedurele eisen die het EHRM heeft ingelezen in een viertal materiële EVRM-bepalingen. Daarom volsta ik met een korte bespreking van achtereenvolgens de begrippen: foltering en een onmenselijke of vernederende behandeling. Hierbij zal ik niet apart stilstaan bij de categorie bestraffing ('punishment'),¹⁴ nu deze begrippen doorgaans niet apart worden behandeld door het EHRM en een bestraffing bovendien een behandeling impliceert. Het Hof kan ervoor kiezen om de bestraffing als onmenselijke en vernederende behandeling te kwalificeren.¹⁵ De invulling van deze begrippen vinden we in de Straatsburgse jurisprudentie.

Foltering

In het kader van de definitie van het begrip foltering is de zaak *Ierland tegen het Verenigd Koninkrijk*¹⁶ een veelgenoemde zaak.¹⁷ In die zaak definieerde het EHRM het begrip foltering als volgt: 'deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering'.¹⁸ Het gaat dus om een opzettelijke onmenselijke behandeling met ernstig en wreed lijden tot gevolg. Dit opzetvereiste is kenmerkend voor het begrip foltering, en zien we in sommige gevallen ook terug bij de onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing.¹⁹ Voorts dient het leed dat bij foltering wordt toegebracht met een bepaald doel te zijn aangedaan, bijvoorbeeld om bewijs te verkrijgen of om te intimideren.²⁰ Om van foltering te kunnen spreken is het niet noodzakelijk dat sprake is van fysiek lijden: mentaal lijden (mits voldoende ernstig) kan eveneens worden

12 Vgl.: White & Ovey 2014, p. 171; Harris e.a. 2014, p. 236.

13 EHRM 11 juli 2006, EHRC 2006, 118, RvdW 2006, 818, par. 67 (Grote Kamer) (*Jalloh t. Duitsland*). White & Ovey 2014, p. 171.

14 Harris e.a. kiezen er overigens wel voor om de de inhuman punishment en degrading punishment apart te bespreken. Zie respectievelijk: Harris e.a. 2014, p. 259-261 en p. 271-273.

15 White & Ovey 2014, p. 170.

16 EHRM 18 januari 1978, zaaknr. 5310/71 (*Ierland t. Verenigd Koninkrijk*).

17 Vgl. de handboeken van White & Ovey 2014, p. 173 e.v. en Harris e.a. 2014, p. 238.

18 EHRM 18 januari 1978, zaaknr. 5310/71, par. 167 (*Ierland t. Verenigd Koninkrijk*).

19 Woltjer & Van Pachtenbeke 2013, p. 78.

20 Harris e.a. 2014, p. 238; Woltjer & Van Pachtenbeke 2013, p. 78.

gekwalficeerd als foltering.²¹ Bovendien kan de angst voor fysieke foltering leiden tot mentale foltering.²²

In de zaak *Aksoy*²³ heeft het EHRM voor het eerst geoordeeld dat een lidstaat schuldig was aan foltering, en bevestigt het wat het eerder over foltering heeft overwogen in *Ierland tegen het Verenigd Koninkrijk*.²⁴

Verder kunnen handelingen die in het verleden enkel kwalificeerden als onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing thans wel worden gekwalficeerd als foltering.²⁵ Het EVRM is tenslotte een 'living instrument' waarbij het gaat om een interpretatie van het Verdrag naar de huidige omstandigheden.²⁶ Illustratief in dit verband is de zaak *Selmouni*²⁷ waarin het Hof de handelingen als foltering heeft aangemerkt. Klager in deze zaak werd verdacht van drugshandel en is in detentie meerdere malen ernstig geslagen, verzocht om orale seks te hebben met een politieagent en toen hij dit weigerde is over hem heen geürineerd en tot slot werd hij bedreigd met een las lamp en injectienaald.²⁸ Toepassing van de criteria ter invulling van het begrip foltering zoals het Hof deze ontwikkelde in de zaak *Ierland tegen het Verenigd Koninkrijk*²⁹ zou niet tot de uitkomst foltering hebben geleid in de zaak *Selmouni*,³⁰ maar als onmenselijke of vernederende behandeling zijn aangemerkt.³¹ Tegenwoordig vallen handelingen dus eerder onder de noemer foltering, dan voorheen.³²

Onmenselijke behandeling en vernederende behandeling

Kenmerkend voor de onmenselijke behandeling is dat er langdurig lichamelijk of geestelijk lijden plaatsvindt.³³ Een veelgeciteerde standaardoverweging van het Hof is de volgende:

21 Harris e.a. 2014, p. 240, volgens de auteurs volgt dit impliciet uit de zaak *Ierland tegen het Verenigd Koninkrijk* en latere zaken (zie daar genoemd). Vgl. ook Grabenwarter 2014, p. 33-34.

22 Harris e.a. 2014, p. 240 en de verwijzing naar de zaak *Gäfgen*. EHRM 1 juni 2010, zaaknr. 22978/05, par. 108 (Grote Kamer) (*Gäfgen t. Duitsland*).

23 EHRM 18 december 1996, zaaknr. 21987/93 (*Aksoy t. Turkije*)

24 EHRM 18 december 1996, zaaknr. 21987/93, par. 63 (*Aksoy t. Turkije*); EHRM 18 januari 1978, zaaknr. 5310/71 (*Ierland t. Verenigd Koninkrijk*); White & Ovey 2014, p. 174.

25 Vgl. Grabenwarter 2014, p. 33; White & Ovey 2014, p. 174. Zie ook de Antwerpse dissertatie van Steven Dewulf (Dewulf 2011).

26 Zie onder meer: EHRM 28 juli 1999, JV 1999, 200, par. 101 (Grote Kamer) (*Selmouni t. Frankrijk*).

27 EHRM 28 juli 1999, JV 1999, 200 (Grote Kamer) (*Selmouni t. Frankrijk*).

28 EHRM 28 juli 1999, JV 1999, 200, par. 82 en 103 (Grote Kamer) (*Selmouni t. Frankrijk*).

29 EHRM 18 januari 1978, zaaknr. 5310/71 (*Ierland t. Verenigd Koninkrijk*).

30 EHRM 28 juli 1999, JV 1999, 200 (Grote Kamer) (*Selmouni t. Frankrijk*).

31 Harris e.a. 2014, p. 240 en zie ook White & Ovey 2014, p. 174.

32 Zie voor een bespreking van handelingen die door het Hof als foltering zijn aangemerkt, onder meer: Harris e.a. 2014, p. 239-240; Grabenwarter 2014, p. 33.

33 Woltjer & Van Pachtenbeke 2013, p. 81.

‘Treatment has been held by the Court to be “inhuman” because, inter alia, it was premeditated, was applied for hours at a stretch and caused either actual bodily injury or intense physical and mental suffering.’³⁴

De behandeling gebeurde dus met voorbedachte rade, heeft uren aaneengesloten geduurd en heeft ofwel fysieke verwondingen veroorzaakt ofwel intens fysiek en geestelijk lijden.

Veel schendingen van artikel 3 EVRM hebben plaatsgevonden in detentie en zijn te kwalificeren als onmenselijke behandeling.³⁵ Daarnaast kan de dreigende uitzetting of uitlevering naar een ander land mogelijk strijd opleveren met artikel 3 EVRM omdat betrokkene daar het risico loopt onmenselijk te worden behandeld.³⁶ Verder kan de angst voor het uitblijven van een gedegen onderzoek naar een verdwijning van naasten van klager worden aangemerkt als onmenselijke behandeling.³⁷ Ook verkrachting of genitale verminking vallen ofwel onder de onmenselijke behandeling of zijn aan te merken als vernederende behandeling.³⁸

Bij een vernederende behandeling gaat het erom dat een gevoel van angst en minderwaardigheid wordt opgewekt bij het slachtoffer waardoor hij kan worden vernederd en zijn fysieke en geestelijke weerstand mogelijk breekt, of als het slachtoffer ertoe wordt gebracht tegen zijn wil of geweten te handelen.³⁹ De nadruk ligt bij de vernederende behandeling op de vernedering, en in mindere mate (hoewel er overlap bestaat) op het fysiek en geestelijk lijden zoals dat het geval is bij de onmenselijke behandeling.⁴⁰ Het Hof houdt er rekening mee of de behandeling de vernedering van de persoon in kwestie tot doel had. Indien dit doel ontbreekt, hoeft dit echter nog niet te betekenen dat dan geen schending van artikel 3 EVRM meer kan worden vastgesteld. Verder maakt het Hof overigens niet altijd een onderscheid tussen de onmenselijke en vernederende behandeling.⁴¹

Bij een vernederende behandeling hoeft de ervaring niet volgens objectieve maatstaven als vernederend te worden aangemerkt: de subjectieve belevening

34 EHRM 11 juli 2006, EHRC 2006, 118, RvdW 2006, 818, par. 68 (Grote Kamer) (*Jalloh t. Duitsland*).

35 Vgl. Woltjer & Van Pachtenbeke 2013, p. 85; White & Ovey 2014, p. 175.

36 Zie paragraaf 5.3.2.

37 White & Ovey 2014, p. 175.

38 Woltjer & Van Pachtenbeke 2013, p. 81 e.v. Zie verder: Harris e.a. 2014, p. 241-258; Grabenwarter 2014, p. 34-36; White & Ovey 2014, p. 174-175 en p. 176 e.v.

39 EHRM 11 juli 2006, EHRC 2006, 118, RvdW 2006, 818, par. 68 (Grote Kamer) (*Jalloh t. Duitsland*).

40 Harris e.a. 2014, p. 261. Zie ook over de reikwijdte van het begrip vernederende behandeling: EHRM 6 februari 2014, zaaknr. 2689/12 (*Semikhvostov t. Rusland*). Zie ook de Grote Kamer uitspraak in de zaak *Jalloh*.

41 En spreekt het Hof van ‘inhuman and degrading treatment’. White & Ovey 2014, p. 175.

volstaat.⁴² Het gebruik van bepaalde ondervragingstechnieken kan worden aangemerkt als vernederende behandeling (en ook onmenselijke behandeling).⁴³ Veelgenoemd voorbeeld is de ‘five techniques’ waarbij de verdachte gedurende het verhoor met gesloten ogen lange tijd tegen een muur moest staan terwijl er hard geluid klinkt. Het eten en drinken is beperkt tot een minimum en zodra de verdachte in slaap valt, wordt hij weer wakker gemaakt.⁴⁴

5.2.2 Positieve verplichtingen onder artikel 3 EVRM: de materiële component

In principe omvat artikel 3 EVRM een negatieve onthoudingsverplichting.⁴⁵ Op grond van artikel 3 EVRM is het de Staat tenslotte verboden om zijn onderdanen aan foltering of aan een onmenselijke of vernederende behandeling te onderwerpen. Naast deze onthoudingsverplichting zijn in de Straatsburgse jurisprudentie onder artikel 3 EVRM ook positieve verplichtingen geformuleerd.⁴⁶ Deze verplichtingen vertonen veel overeenkomsten met de positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM.⁴⁷ Hoewel dit type verplichtingen niet in de verdragstekst van artikel 3 EVRM terug te lezen, kunnen deze verplichtingen wel vergaande gevolgen hebben voor de nationale autoriteiten. In het bijzonder nu, als bekend, de positieve verplichtingen juist een actief optreden van de Staat verlangen. Dit maakt de nadere bestudering en analyse van deze positieve verplichtingen relevant.

In de kern heeft het Hof onder artikel 3 EVRM de volgende twee positieve verplichtingen geformuleerd: een materiële preventieplicht en daarnaast een procedurele onderzoeksplicht.⁴⁸ Zowel de materiële preventieplicht als de procedurele plicht tot het houden van een effectief officieel onderzoek vinden we ook bij artikel 2 EVRM.

⁴² Woltjer & Van Pachtenbeke 2013, p. 81.

⁴³ Harris e.a. 2014, p. 261.

⁴⁴ Vgl. Grabenwarter 2014, p. 34, noot 28; Harris e.a. 2014, p. 261. Deze ‘five techniques’ waren aan de orde in: EHRM 18 januari 1978, zaaknr. 5310/71 (*Ierland t. Verenigd Koninkrijk*). Zie opnieuw voor een uitgebreider overzicht van wat het Hof aanmerkt als vernederende behandeling: Harris e.a. 2014, p. 261-271; Grabenwarter 2014, p. 36-38.

⁴⁵ Harris e.a. 2014, p. 274.

⁴⁶ Zie ook de positieve verplichtingen ex 3 EVRM die op de Staat rusten om levenslang veroordeelde gedetineerden de mogelijkheid te bieden om te rehabiliteren (denk aan: een individueel detentieprogramma en een eventuele psychologische/medische behandeling): EHRM 26 april 2016, *NBSTRAF* 2016, 114, m.nt. M.J.N. Vermeij (Grote Kamer) (*Murray t. Nederland*).

⁴⁷ Zie ook hoofdstuk 4 en Harris e.a. 2014, p. 274. EHRM 17 september 2014, *EHRC* 2014, 244, par. 314 (Grote Kamer) (*Mocanu e.a. t. Roemenië*).

⁴⁸ Vgl. onder meer: Schabas 2015, p. 191 e.v.; Grabenwarter 2014, p. 40-41; White & Ovey 2014, p. 192-194; Harris e.a. 2014, p. 274-277; Woltjer & Van Pachtenbeke 2013, p. 109-111.

Bij de preventieplicht onder artikel 3 EVRM rust op de Staat de plicht om zijn onderdanen op voorhand te beschermen tegen 'ill-treatment'. Het Hof behandelt deze plicht doorgaans onder de materiële component ('substantive limb') van artikel 3 EVRM.⁴⁹

Onder verwijzing naar eerdere vaste jurisprudentie heeft de Grote Kamer van het Hof in de zaak *O'Keeffe*⁵⁰ de preventieplicht herhaald.

'The Court reiterates that Article 3 enshrines one of the most fundamental values of democratic society. It prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment. The obligation on High Contracting Parties under Article 1 of the Convention to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, taken in conjunction with Article 3, requires States to take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to torture or inhuman or degrading treatment, including such ill-treatment administered by private individuals. This positive obligation to protect is to be interpreted in such a way as not to impose an excessive burden on the authorities, bearing in mind, in particular, the unpredictability of human conduct and operational choices which must be made in terms of priorities and resources. Accordingly, not every risk of ill-treatment could entail for the authorities a Convention requirement to take measures to prevent that risk from materialising'.⁵¹

Op de Staat rust dus de plicht om maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat zijn onderdanen niet worden onderworpen aan een 'ill-treatment'. Deze plicht blijft niet beperkt tot een slechte behandeling afkomstig van overheidsfunctionarissen, maar rust ook op de Staat ten aanzien van 'ill-treatment' door private partijen.

Het Hof vervolgt zijn overweging door in te gaan op de omvang van de preventieplicht. Deze plicht mag niet een excessieve last op de autoriteiten leggen. Hierbij houdt het EHRM er ook rekening mee dat het menselijk handelen onvoorspelbaar kan zijn en daarnaast is het aan de Staat om keuzes te maken ten aanzien van prioriteiten en financiën. Ook in het kader van de materiële positieve verplichting onder artikel 2 EVRM heeft het Hof dit overwogen.⁵² Niet elk risico op een slechte behandeling activeert de verplichting voor de nationale autoriteiten om maatregelen te nemen om te voorkomen dat de slechte behandeling plaatsvindt.

Het Hof stelt echter wel een ondergrens. Aan kinderen en andere kwetsbare groepen dient ten minste effectieve bescherming te worden geboden. Bij deze bescherming gaat het dan om maatregelen die erop zijn gericht de slechte

49 Consequent is het EHRM niet op dit punt: het behandelt deze verplichting in zijn jurisprudentie ook zonder deze plicht als 'substantive' te duiden.

50 EHRM 28 januari 2014, EHRC 2014, 144, m.nt. R.S.B. Kool (Grote Kamer) (*O'Keeffe t. Ierland*).

51 EHRM 28 januari 2014, EHRC 2014, 144, m.nt. R.S.B. Kool, par. 144 (Grote Kamer) (*O'Keeffe t. Ierland*). Zie eerder: EHRM 12 juli 2005, EHRC 2005, 99, par. 98 (*Moldovan e.a. t. Roemenië(nr.2)*).

52 Zie hoofdstuk 4.

behandeling te voorkomen. Het Hof heeft dit ook in eerdere jurisprudentie al overwogen.⁵³ In de jurisprudentie van het Hof bestaat dus bijzondere aandacht voor de bescherming van kwetsbare groepen. Ook onder artikel 8 EVRM vinden we dit terug. Een inmenging in het recht van een persoon behorend tot een kwetsbare groep kan dus een extra beschermingsplicht voor de Staten met zich brengen. Het aanscherpen van de positieve verplichting in die gevallen kan zowel meer materieel als ook meer procedureel van aard zijn.⁵⁴ Bovendien rust een grotere plicht op de Staat in de gevallen waarin de vermeende slechte behandeling plaatsvindt onder de verantwoordelijkheid van de Staat.⁵⁵ Hierbij kan dan gedacht worden aan misstanden in detentie. Ook dit zagen we eerder onder artikel 2 EVRM.

Voorts geldt voor de activering van de preventieplicht onder artikel 3 EVRM dat de Staat op de hoogte was of had kunnen zijn van de slechte behandeling:

‘However, the required measures should, at least, provide effective protection in particular of children and other vulnerable persons and should include reasonable steps to prevent ill-treatment of which the authorities had or ought to have had knowledge.’⁵⁶

Daarnaast dient, net als onder 2 EVRM, ook sprake te zijn van een ‘real and immediate danger’.⁵⁷

In het kader van de preventieve beschermingsplicht heeft het Hof dus overwogen dat de Staat maatregelen dient te nemen om te voorkomen dat zijn onderdanen aan een slechte behandeling worden onderworpen. De invulling van deze maatregelen is divers.⁵⁸

Zo zijn er aan de ene kant meer feitelijke maatregelen. Het gaat dan om concreet ingrijpen door de Staat, zoals het bieden van bescherming aan mensen tijdens een religieuze bijeenkomst tegen fysiek geweld van een andere religieu-

53 Vgl. onder meer: EHRM 10 mei 2001, zaaknr. 29392/95, par. 74-75 (Grote Kamer) (*Z e.a. t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 23 september 1998, zaaknr. 100/1997/884/1096, par. 22 (*A t. Verenigd Koninkrijk*). Vgl. ook: Harris e.a. 2014, p. 274 e.v.; White & Ovey 2014, p. 192-193.

54 Zie ook verderop in dit hoofdstuk, en in de hierna volgende hoofdstukken en deel II.

55 Grabenwarter 2014, p. 40. Zie ook: EHRM 28 september 2015, *EHRC* 2015, 236, m.nt. S. Smet (Grote Kamer) (*Bouyid t. België*) (klap in gezicht door politieagent is vernederende behandeling in de zin van artikel 3 EVRM; bovendien bevonden klagers zich onder de macht van de politieagent).

56 EHRM 28 januari 2014, *EHRC* 2014, 144, m.nt. R.S.B. Kool, par. 144 (Grote Kamer) (*O’Keefe t. Ierland*).

57 Grabenwarter 2014, p. 40.

58 Vgl. ook Gerards 2011a, p. 239. Gerards merkt ten aanzien van de materiële positieve verplichtingen op dat deze gevarieerd zijn: de ene keer bepaalt het Hof dat de rechter aanzet is bij een interpretatie van het EVRM en de andere keer dient het nationale beleid anders te zijn.

ze groep.⁵⁹ Of bijvoorbeeld cameratoezicht, om te voorkomen dat mensen een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling krijgen.⁶⁰ Op de Staat rust voorts de verplichting om te zorgen dat de fysieke en mentale conditie van gedetineerden gewaarborgd is. Dit betekent dus dat mishandeling door medegedetineerden tegen moet worden gegaan.⁶¹ Ook dienen de daartoe bevoegde autoriteiten ervoor te zorgen dat de detentieomstandigheden niet abominabel zijn. Dit was wel het geval in een Griekse zaak,⁶² waarin klager onder meer met een andere gedetineerde een weinig geventileerde en onhygiënisch cel deelde. Het nalaten van de bevoegde autoriteiten om dit tegen te gaan, leidt tot een vernederende behandeling van klager en daardoor een materiële schending van artikel 3 EVRM.

Ook in een Belgische zaak⁶³ schoot de Staat tekort in zijn beschermingsplicht onder artikel 3 EVRM. In die zaak is een vijf jarig meisje twee maanden in een volwassenen opvangcentrum voor illegalen ondergebracht, zonder dat zij werd bijgestaan of onderwijs kreeg.⁶⁴ Dat het in casu gaat om een minderjarig kind, en dus behorend tot een kwetsbare groep, heeft ook extra gewicht in de schaal gelegd bij het eindoordeel van het Hof.⁶⁵ Zoals ook verderop in dit hoofdstuk te lezen zal zijn, behoren zowel asielzoekers als kinderen tot de categorie kwetsbare personen.

Aan de andere kant zijn er maatregelen als onderdeel van de preventieplicht die zien op het in het leven roepen van afschrikkende wetgeving waarbij verschillende vormen van 'ill-treatment' strafbaar worden gesteld.⁶⁶ De strafbaarstelling an sich vormt voor het Straatsburgse Hof zelden een probleem: vaak knelt de schoen bij de praktische uitvoering van de wet.⁶⁷ In de eerder in deze paragraaf genoemde *O'Keeffe*⁶⁸ zaak, waarin het ging om seksueel misbruik in het basisonderwijs,⁶⁹ gaat het Hof in meer algemene bewoordingen in op de beschermingsplicht onder artikel 3 EVRM in relatie tot wetgeving en de handhaving van die wetten:

59 Harris e.a. 2014, p. 275 en daar genoemde jurisprudentie. Zie ook: EHRM 7 oktober 2014, zaaknr. 28490/02, par. 145-146 (*Begheluri e.a. t. Georgië*) (overheid heeft geen effectieve maatregelen genomen tegen voorkoming en stoppen religieus geweld: materiële schending 3 EVRM, en overigens ook procedurele schending).

60 Harris e.a. 2014, p. 275 en daar genoemde jurisprudentie.

61 EHRM 10 februari 2011, zaaknr. 44973/04, par. 90 (*Premiņiny t. Rusland*). Zie meer recent voor een schending van artikel 3 EVRM vanwege slechte detentieomstandigheden: EHRM 3 februari 2015, *EHRC* 2015, 82 (*Apostu t. Roemenië*).

62 EHRM 19 april 2001, zaaknr. 28524/95, par. 75 (*Peers t. Griekenland*).

63 EHRM 12 oktober 2006, zaaknr. 13178/03 (*Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitung t. België*).

64 Genoemd door Harris e.a. 2014, p. 275.

65 EHRM 12 oktober 2006, zaaknr. 13178/03, par. 55 (*Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitung t. België*).

66 Bijvoorbeeld strafbaarstelling van verkrachting: Woltjer & Van Pachtenbeke 2013, p. 109.

67 Zo is te lezen bij: White & Ovey 2014, p. 192 en de daar genoemde jurisprudentie.

68 EHRM 28 januari 2014, *EHRC* 2014, 144, m.nt. R.S.B. Kool (Grote Kamer) (*O'Keeffe t. Ierland*).

69 Zie over zedendelicten en positieve verplichtingen de bijdrage van Lindenberg (Lindenberg 2013, p. 501-529).

‘As to the content of the positive obligation to protect, the Court recalls that effective measures of deterrence against grave acts, such as at issue in the present case, can only be achieved by the existence of *effective criminal-law provisions backed up by law enforcement machinery*. Importantly, the nature of child sexual abuse is such, particularly when the abuser is in a position of authority over the child, that the existence of useful detection and reporting mechanisms are fundamental to the effective implementation of the relevant criminal laws.’⁷⁰

Opnieuw wordt duidelijk dat de omstandigheden van het geval van belang zijn bij de concrete invulling van de plicht. Toegespitst op het onderhavige geval betekent dit dat voor de effectieve implementatie van de strafbepalingen een adequaat nationaal opsporings- en meldsysteem aanwezig dient te zijn.⁷¹

Tot slot verlangt de positieve verplichting onder artikel 3 EVRM niet te allen tijde dat tegenover een vermeende artikel 3 EVRM schending een strafrechtelijke remedie staat. De vraag of sprake is van opzet of niet, is hierbij van belang.⁷²

Resumerend: in deze paragraaf is ten eerste kort stilgestaan bij de achtergrond van het absolute en fundamentele folterverbod zoals dat is neergelegd in artikel 3 EVRM. Daarbij kwam het vereiste van een ‘minimum level of severity’ waaraan de betreffende handeling moet voldoen, voordat artikel 3 EVRM van toepassing is aan bod. Vervolgens volgde een beknopte bespreking van de begrippen foltering en onmenselijke en vernederende behandeling.

Daarna is aandacht besteed aan de door het EHRM ontwikkelde positieve verplichtingen onder artikel 3 EVRM, en dan in het bijzonder de materiële component. Het EHRM heeft bepaald dat op de Staten een materiële preventieve beschermingsplicht rust. Net als onder 2 EVRM rust deze plicht op de Staat om *vooraf* maatregelen te treffen. Hierbij kan het onder artikel 3 EVRM dan gaan om meer feitelijke maatregelen, die meer faciliterend van aard zijn. Zoals het bieden van een voldoende ruime gevangenis, de mogelijkheid tot het gebruik van hygiënisch sanitair door de gedetineerde en het inzetten van politie bij een potentieel gevaarlijke demonstratie. Het gaat hierbij dus, in tegenstelling tot de procedurele eisen, om het concreet bieden van faciliteiten, of het nemen van maatregelen die resulteren in bijvoorbeeld extra inzet van politie of camera’s. Daarnaast kan in het kader van de maatregelen ook worden gedacht aan wetgeving die met artikel 3 EVRM strijdige handelingen strafbaar stelt, en waar vanuit een afschrikwekkende werking gaat.

70 EHRM 28 januari 2014, *EHRC* 2014, 144, m.nt. R.S.B. Kool, par. 148 (Grote Kamer) (*O’Keeffe t. Ierland*).

71 Er valt wel wat voor te zeggen dat de verplichting die ziet op het meldingssysteem deels procedureel is. Dit ziet tenslotte op rechtsbescherming, en het Hof constateert ook een schending van artikel 13 EVRM.

72 EHRM 29 september 2009, *EHRC* 2009, 129, m.nt. Broeksteeg, *NJ* 2010, 306, m.nt. R.A. Lawson, *RvdW* 2010, 182 (ontv.besl.) (*Van Melle e.a. t. Nederland*). Hetzelfde geldt in het kader van artikel 2 EVRM, zie hoofdstuk 4.

Verder strekt de preventieve beschermingsplicht zich ook uit tot handelingen in de horizontale relaties. Daarnaast is ingegaan op de omvang van de plicht, en de vraag vanaf wanneer de plicht geldt. De plicht geldt in het bijzonder wanneer het gaat om de bescherming van kwetsbare groepen, zoals kinderen en gedetineerden.

5.3 DE PROCEDURELE WAARBORGEN VAN ARTIKEL 3 EVRM

Het Hof heeft onder artikel 3 EVRM een breed scala aan procedurele eisen ontwikkeld. Om te beginnen heeft het Hof bepaald dat op de Staat de verplichting rust om een effectief officieel onderzoek te houden in het geval dat mogelijk een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling heeft plaatsgevonden,⁷³ en klager dus een verdedigbare klacht heeft.⁷⁴ Het onderzoek dient ‘thorough and effective’ te zijn: grondig en effectief dus.⁷⁵ Deze onderzoeksplicht is vervolgens opgebouwd uit aparte procedurele eisen. In sommige gevallen noemt het Hof het grondigheidsvereiste apart, maar in de kern komt dit vereiste er op neer dat de autoriteiten hun oordeel niet op vluchtige conclusies mogen baseren.⁷⁶

In de tweede plaats zijn in de Straatsburgse jurisprudentie onder artikel 3 EVRM zelfstandig en in combinatie met artikel 13 EVRM diverse procedurele eisen ontwikkeld die gelden in asielzaken. Op grond van artikel 3 EVRM rust op de nationale autoriteiten de plicht om een ‘meaningful assessment’ te doen naar de claim van betrokkene dat hij niet kan worden teruggestuurd naar het land waarvandaan hij is gevlucht omdat hij daar een reëel risico loopt op een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling. Deze verplichting lijkt in de nationale praktijk vooral tot de uitvoerende autoriteit van de Staat te zijn gericht, maar tegelijkertijd ook tot de nationale rechter. Artikel 13 EVRM juncto artikel 3 EVRM brengt de plicht met zich om grondig onderzoek te doen naar de verdedigbare claim van betrokkene dat hij niet kan worden uitgezet vanwege het reële risico op strijd met artikel 3 EVRM. Zowel de uitvoerende als de rechterlijke autoriteiten zijn hiermee belast. Tot slot heeft het Hof onder artikel 13 EVRM in samenhang met artikel 3 EVRM bepaald dat de asielprocedure toegankelijk moet zijn,⁷⁷ en heeft in dat kader diverse procedurele eisen ontwikkeld.

73 Vgl. onder meer: Harris e.a. 2014, p. 275-277; White & Ovey 2014, p. 193-194; Grabenwarter 2014, p. 41; Woltjer & Van Pachtenbeke 2013, p. 109-111.

74 Harris e.a. 2014, p. 275-276.

75 Vgl. ook: Harris e.a. 2014, p. 276.

76 EHRM 17 september 2014, *EHRC* 2014, 244, par. 325 (Grote Kamer) (*Mocanu e.a. t. Roemenië*).

77 Zie o.m. Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration 2014, p. 112.

5.3.1 De procedurele onderzoeksplicht

De procedurele onderzoeksplicht onder artikel 3 EVRM kan, net zoals dat geldt voor de plicht tot het doen van onderzoek onder 2 EVRM, worden gezien als een overkoepelende plicht. De onderzoeksplicht omvat diverse afzonderlijke procedurele eisen die de Staat in acht dient te nemen bij het doen van onderzoek naar een vermeende schending van artikel 3 EVRM.

In het hiernavolgende volgt ten eerste een weergave van een aantal kenmerken van de procedurele onderzoeksplicht (paragraaf 5.3.1.1). Daarna volgt een korte opsomming van de procedurele eisen van de onderzoeksplicht (paragraaf 5.3.1.2), gevolgd door de toepassing van deze eisen in de jurisprudentie van het EHRM (paragraaf 5.3.1.3).

5.3.1.1 Kenmerken van de procedurele onderzoeksplicht

Doel van de onderzoeksplicht

De procedurele eisen die het Hof in het kader van de materiële EVRM-rechten heeft ontwikkeld zien vaak op de effectuering van deze materiële rechten.⁷⁸ Het doel van de onderzoeksplicht is onder meer om het folterverbod en het verbod op een onmenselijke of vernederende behandeling te verwezenlijken.⁷⁹ Op het moment dat de bestraffing voor een handeling die in strijd komt met het folterverbod uitblijft, maakt dit de bescherming van het folterverbod immers irreëel.⁸⁰ Met de onderzoeksplicht is daarnaast beoogd dat de verantwoordelijken kunnen worden geïdentificeerd en eventueel bestraft.⁸¹

Omvang van de onderzoeksplicht

De onderzoeksplicht blijft niet beperkt tot het doen van onderzoek in de gevallen waarin de vermeende foltering of de onmenselijke of vernederende behandeling afkomstig is van overheidsfunctionarissen. Ook in de gevallen waarin voormelde handelingen afkomstig zijn van private partijen, rust op de Staat de plicht tot het doen van een effectief officieel onderzoek.⁸² De onderzoeksplicht blijft bovendien niet beperkt tot de nationale uitvoerende autoriteiten, in het bijzonder in de gevallen waarin het geweld door overheidsfunctionarissen is gepleegd, oordeelt het Hof ook of de nationale rechters de zaak aan een zorgvuldig onderzoek hebben onderworpen.⁸³ Ook dit zagen

78 Vgl. het Hof in het kader van artikel 3 EVRM in de zaak *Assenov e.a. t. Bulgarije*: Harris e.a. 2014, p. 276.

79 EHRM 28 oktober 1998, *Reports* 1998, 3264, par. 102 (*Assenov t. Bulgarije*).

80 EHRM 28 oktober 1998, *Reports* 1998, 3264, par. 102 (*Assenov t. Bulgarije*).

81 EHRM 28 oktober 1998, *Reports* 1998, 3264, par. 117-118 (*Assenov e.a. t. Bulgarije*).

82 Zie onder meer: Harris e.a. 2014, p. 275; White & Ovey 2014, p. 193; Grabenwarter 2014, p. 41; Woltjer & Van Pachtenbeke 2013, p. 109.

83 EHRM 8 april 2008, *NJB* 2008, 1225, par. 61-62 (*Ali en Ayşe t. Turkije*).

we eerder onder artikel 2 EVRM.⁸⁴ Tot slot heeft de procedurele onderzoeksplicht onder het recht op leven een autonoom karakter.⁸⁵ Dit heeft de Grote Kamer van het Hof bepaald in de zaak *Šilih*.⁸⁶ Naar analogie kan worden gesteld dat de procedurele onderzoekplicht onder artikel 3 EVRM eveneens een autonoom karakter heeft, en zelfstandig (los van de materiële component) kan worden ingeroepen door het individu en bij niet naleving kan resulteren in een schending.

Bewijsstandaard

Net als onder artikel 2 EVRM, verlangt het Hof zelf ook onder artikel 3 EVRM van de Staten dat het bewijs van 'ill-treatment' 'beyond reasonable doubt' is komen vast te staan. Zoals ook in de hiernavolgende overweging te lezen, is deze hoge bewijsstandaard opnieuw ingegeven door de ernst en de stigmatiserende werking⁸⁷ die uitgaat van een schending van een fundamenteel recht als artikel 3 EVRM, of artikel 2 EVRM.

'In assessing evidence, the Court has adopted the standard of proof "*beyond reasonable doubt*". (...) According to its established case-law, proof may follow from the *coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar un rebutted presumptions of fact*. Moreover, the level of persuasion necessary for reaching a particular conclusion and, in this connection, the distribution of the burden of proof are intrinsically linked to the specificity of the facts, the nature of the allegation made and the Convention right at stake. In this context, the conduct of the parties when evidence is being obtained has to be taken into account. The Court is also attentive to the seriousness that attaches to a ruling that a Contracting State has violated fundamental rights.'⁸⁸

De bewijsstandaard dat iets 'onomstotelijk' ('beyond reasonable doubt') is komen vast staan, lijkt echter in het hiervoor weergegeven citaat weer wat te worden afgezwakt met de zinsnede dat het bewijs ook kan bestaan uit: 'sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar un rebutted presumptions of fact'.

Opnieuw geldt dat de bewijsregels die het Hof zelf hanteert onder de artikelen 3 en 2 EVRM (en ook artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM, opnieuw voor zover van toepassing) in deel II van dit onderzoek meer uitgebreid aan bod komen.⁸⁹

⁸⁴ Zie hoofdstuk 4, paragraaf 4.3.1.

⁸⁵ Zie opnieuw paragraaf 4.3.1 in hoofdstuk 4.

⁸⁶ EHRM 9 april 2009, zaaknr. 71463/01, par. 158 – 159 (Grote Kamer) (*Šilih t. Slovenië*).

⁸⁷ White & Ovey 2014, p. 194.

⁸⁸ EHRM 6 juli 2005, zaaknrs. 43577/98 en 43579/98, par. 147 (Grote Kamer) (*Nachova e.a. t. Bulgarije*).

⁸⁹ Zie hoofdstuk 11, i.h.b. paragraaf 11.4.1 (standaard 2 en 3 EVRM-zaken), paragraaf 11.4.2 (8 EVRM en 1 EP EVRM) en paragraaf 11.5 (3 EVRM in asielzaken).

Activering van de onderzoeksplicht

Voor de activering van de onderzoeksplicht is het niet in alle gevallen vereist dat het slachtoffer een klacht heeft ingediend. De autoriteiten van de lidstaten dienen het onderzoek namelijk *ex officio* (ambtshalve) te doen als er duidelijke aanwijzingen zijn dat er is gefolterd of een andere met artikel 3 EVRM strijdige handeling heeft plaatsgevonden.⁹⁰

In de gevallen waarin het slachtoffer wel een klacht heeft ingediend, moet deze klacht verdedigbaar zijn en dient er een redelijke verdenking te bestaan.⁹¹ In het geval van een afwijzing van de klacht dient deze te worden gemotiveerd.⁹²

Onvoldoende medisch bewijs en een ongeloofwaardige klacht kan derhalve voor het Hof reden zijn om te oordelen dat de autoriteiten niet verplicht waren om een onderzoek te doen naar de beschuldigingen van klager.⁹³ Alleen een gebrek aan bewijs van 'ill-treatment' hoeft echter niet aan de verdedigbaarheid van de klacht in de weg te staan. De positieve procedurele verplichting tot het houden van een onderzoek blijft dan dus bestaan.⁹⁴

Type zaken en bijzondere onderzoeksplicht bij racistisch gemotiveerde geweldpleging

Voor wat betreft het type zaken is het zo dat artikel 3 EVRM op verschillende terreinen een rol speelt.⁹⁵ Zo kan artikel 3 EVRM aan de orde zijn als het gaat om politiegeweld.⁹⁶ Daarnaast kan sprake zijn van een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling in het geval van abominabele detentieomstandigheden, of de wijze van behandeling van de gedetineerden.⁹⁷ Ook in verdwijningszaken speelt artikel 3 EVRM vaak een rol.⁹⁸ In gevallen waarin sprake is van huiselijk geweld kan voormeld artikel eveneens aan de orde zijn.⁹⁹ Tot slot wordt het folterverbod of het verbod op een onmenselijke of vernederende behandeling vaak ingeroepen in zaken waarin asielzoekers dreigen te worden uitgezet (of terroristen dreigen te worden

90 Harris e.a. 2014, p. 276.

91 Grabenwarter 2014, p. 41. EHRM 28 juli 2009, zaaknr. 74307/01, par. 38 (*Gök en Güler t. Turkije*). Zie ook meer recent t.a.v. 'arguable claim': EHRM 3 mei 2012, zaaknr. 23880/05, par. 102 (*Salikhov t. Rusland*).

92 Harris e.a. 2014, p. 277.

93 EHRM 26 november 2009, zaaknr. 25282/06, par. 164 (*Dolenec t. Kroatië*).

94 EHRM 28 juli 2009, zaaknr. 74307/01, par. 38 (*Gök en Güler t. Turkije*).

95 Niet is beoogd om een uitputtende opsomming te geven.

96 Grabenwarter 2014, p. 41 e.v.

97 White & Ovey 2014, p. 186 e.v.; Harris e.a. 2014, p. 244 e.v. en p. 261-269.

98 White & Ovey 2014, p. 180-182.

99 Vgl. White & Ovey 2014, p. 183; Grabenwarter 2014, p. 51-52.

uitgeleverd).¹⁰⁰ Artikel 3 EVRM is in het bijzonder van grote betekenis voor het vreemdelingenrecht wanneer het gaat om uitzettingszaken.¹⁰¹

Het EHRM heeft tot slot een bijzondere procedurele onderzoeksplicht geformuleerd in de gevallen waarin het geweld gepleegd is met racistische motieven.¹⁰² Deze plicht kan onderdeel zijn van artikel 3 EVRM, of van artikel 14 EVRM (discriminatieverbod) in combinatie met artikel 3 EVRM.¹⁰³ Eerder heeft het Hof deze bijzondere procedurele onderzoeksplicht naar racistische motieven ontwikkeld in het kader van artikel 2 EVRM in de Grote Kamer uitspraak in de zaak *Nachova*.¹⁰⁴ In de zaak *Begheluri e.a.* heeft het Hof onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie herhaald dat op de Staat de plicht rust om een onderzoek in te stellen naar eventuele racistische motieven. Klagers in deze zaak zijn Jehova's getuigen die meerdere klachten uiten over religieuze haat jegens hen door Orthodoxe extremisten. Het Hof heeft de bijzondere procedurele onderzoeksplicht als volgt weergegeven:

'(...) the national authorities failed to look into the possible discriminatory motive behind the violent acts committed against the applicants, which in itself raises an issue as to the inadequacy and ineffectiveness of the investigation. The Court reiterates in this connection that, *as in respect of racially motivated attacks, when investigating violent incidents State authorities have the additional duty to take all reasonable steps to unmask any religious motive and to establish whether or not religious hatred or prejudice may have played a role in the events* [cursivering: TdJ].'¹⁰⁵

100 Grabenwarter 2014, p. 45 e.v.; White & Ovey 2014, p. 176-180; Harris e.a. 2014, p. 244-256; Boeles e.a. 2014, p. 343-344. Niet alleen artikel 3 EVRM kan soms aan de realisering van een uitzettingsbesluit in de weg staan, ook artikel 6 EVRM kan dit onder omstandigheden verhinderen ('flagrant denial of justice'). Dit bepaalde het Hof voor het eerst in de zaak *Soering* (EHRM 7 juli 1989, NJ 1990, 158, m.nt. E.A. Alkema, NJCM – bull. 1989, 846, m.nt. B.P. Vermeulen (Grote Kamer) (*Soering t. Verenigd Koninkrijk*)). In de zaak *Othman* oordeelt het Hof dat het gebruik van door foltering verkregen bewijsmateriaal (hetgeen strijdig is met artikel 3 EVRM par. 264 van de uitspraak) een 'flagrant denial of justice' in de zin van artikel 6 EVRM oplevert (EHRM 17 januari 2012, EHRC 2012, 64, m.nt. M. den Heijer, par. 260 (*Othman (Abu Qatada) t. Verenigd Koninkrijk*)). Zie Wouters voor de vraag of ook andere verdragsartikelen als 5, 8 en 9 een verbod van refoulement omvatten. Wouters 2009, p. 351-353. Artikel 8 EVRM en de betekenis voor het vreemdelingenrecht komen in hoofdstuk 6 aan de orde.

101 Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 83 en Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p.85. Vgl. ook: Spijkerboer 2009, p. 47 e.v.

102 Vgl. EHRM 11 maart 2014, EHRC 2014, 122, m.nt. K. Henrard (*Abdu t. Bulgarije*) en EHRM 7 oktober 2014, EHRC 2015, 10, m.nt. K. Henrard (*Begheluri e.a. t. Georgië*). Zie over de ontwikkeling van een adequaat bewijsstelsel in discriminatiezaken: Mačkić 2017.

103 Zo merkt Henrard op in de noot bij de zaak *Abdu tegen Bulgarije* onder punt 4: EHRM 11 maart 2014, EHRC 2014, 122, m.nt. K. Henrard (*Abdu t. Bulgarije*).

104 EHRM 6 juli 2005, zaaknr. 43577/98 en 43579/98 (Grote Kamer) (*Nachova e.a. t. Bulgarije*)

105 EHRM 7 oktober 2014, EHRC 2015, 10, m.nt. K. Henrard, par. 141 (*Begheluri e.a. t. Georgië*).

In de onderhavige zaak oordeelt het Hof dat de nationale Georgische autoriteiten daarin tekort zijn geschoten, en komt het Hof tot een procedurele schending van artikel 3 EVRM (en overigens ook een materiële schending).¹⁰⁶

5.3.1.2 De procedurele eisen van de onderzoekplicht

Het EHRM heeft voor het eerst in de zaak *Assenov e.a.*¹⁰⁷ de plicht tot het houden van een effectief officieel onderzoek ingelezen in artikel 3 EVRM. Het Hof overwoog hiertoe als volgt:

‘(...) in these circumstances, where an individual raises an arguable claim that he has been seriously ill-treated by the police or other such agents of the State unlawfully and in breach of Article 3, 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*. This investigation, as with that under Article 2, should be capable of leading to the identification and punishment of those responsible.’¹⁰⁸

Net als onder artikel 2 EVRM dient het onderzoek te leiden tot de identificatie en bestraffing van de verantwoordelijken. Als dit uit zou blijven, zou dit tot gevolg kunnen hebben dat het folterverbod en het verbod van een slechte behandeling in de praktijk ineffectief zijn.¹⁰⁹

Eerder en voorzichter en in combinatie met artikel 13 EVRM formuleerde het Hof de onderzoekplicht ook al in de zaak *Aksoy*.¹¹⁰ Met de uitspraak in de zaak *Sevtap Veznedaroglu*¹¹¹ heeft het Hof de onderzoekspflicht sterker ingelezen in artikel 3 EVRM en de plicht onder dit artikel als een ‘procedural obligation’ bestempeld.¹¹²

Opnieuw heeft het Hof ook in het kader van artikel 3 EVRM diverse eisen geformuleerd ter invulling van het effectiviteitsvereiste. Deze eisen komen overeen met de eisen die het EHRM heeft ontwikkeld in het kader van de

106 EHRM 7 oktober 2014, *EHRC* 2015, 10, m.nt. K. Henrard, par. 142 en par. 146 (*Begheluri e.a. t. Georgië*). Zie eerder: EHRM 13 december 2005, zaaknr. 15250/02, par. 69 (*Bekos en Koutropoulos*). En recenter: EHRM 24 maart 2016, zaaknr. 48475/09 (*Sakir t. Griekenland*) (ineffectief onderzoek naar een racistisch gemotiveerde aanval jegens Afghaanse asielzoeker; uit bronnen die het EHRM in zijn oordeel betreft, blijkt dat dit type geweld vaker voorkomt).

107 EHRM 28 oktober 1998, *Reports* 1998, 3264 (*Assenov e.a. t. Bulgarije*). Vgl. ook: Harris e.a. 2014, p. 276; Christoffersen 2009, p. 503 e.v.

108 EHRM 28 oktober 1998, *Reports* 1998, 3264, par. 102 (*Assenov t. Bulgarije*).

109 EHRM 28 oktober 1998, *Reports* 1998, 3264, par. 102 (*Assenov t. Bulgarije*).

110 EHRM 18 december 1996, *NJCM – bull.* 1998, 167, par. 98 (*Aksoy t. Turkije*).

111 EHRM 11 april 2000, *EHRC* 2000, 48, m.nt. H. van der Wilt, par. 32 (*Sevtap Veznedaroglu t. Turkije*).

112 White & Ovey 2014, p. 194. EHRM 11 april 2000, *EHRC* 2000, 48, m.nt. H. van der Wilt, par. 35 (*Sevtap Veznedaroglu t. Turkije*).

procedurele onderzoeksplicht onder artikel 2 EVRM.¹¹³ In de eerste plaats moet het onderzoek onafhankelijk worden uitgevoerd¹¹⁴ en in de tweede plaats dient het onderzoek te leiden tot de identificatie en eventueel bestraffing van de verantwoordelijken.¹¹⁵ In de derde plaats dient het onderzoek onmiddellijk en voortvarend te gebeuren.¹¹⁶ Tot slot, en in de vierde plaats, dient het onderzoek openbaar te zijn, wat betekent dat familieleden of naasten in voldoende mate bij het onderzoek moeten worden betrokken.¹¹⁷ Hierbij moet dan gedacht worden aan het verstrekken van informatie over de voortgang van het onderzoek.

5.3.1.3 De toepassing van de procedurele eisen

Onafhankelijk onderzoek

Om te beginnen dient het onderzoek naar een mogelijke schending van artikel 3 EVRM onafhankelijk te worden uitgevoerd, zo overweegt het Hof:

‘(...) for an investigation to be effective, the persons responsible for carrying it out must be independent from those targeted by it. This means not only a lack of hierarchical or institutional connection but also a practical independence.’¹¹⁸

Het gaat er dus om dat de personen die het onderzoek leiden niet in een afhankelijke relatie mogen staan tot de personen die mogelijk betrokken zijn bij de gebeurtenis. Hierbij mag geen sprake zijn van een hiërarchische of institutionele afhankelijkheid, en een praktische afhankelijkheid is evenmin toelaatbaar. Gelet op de grote overeenkomsten tussen de eisen van de onderzoeksplicht tussen artikel 3 EVRM en artikel 2 EVRM kan worden verwacht dat het Hof ook onder artikel 3 EVRM voor een holistische benadering kiest wanneer het de onafhankelijkheid van het onderzoek beoordeelt. Het EHRM koos

113 Zie het vorige hoofdstuk, en vgl. ook: White & Ovey 2014, p. 193 en de verwijzing onder noot 191.

114 EHRM 11 juli 2006, zaaknr. 41088/05, par. 121 (*Boicenco t. Moldavië*).

115 EHRM 28 oktober 1998, *Reports* 1998, 3264, par. 117-118 (*Assenov e.a. t. Bulgarije*). In veel zaken blijft de strafrechtelijke vervolging uit, zie o.m.: EHRM 20 mei 2010, zaaknr. 30685/05, par. 58-62 (*Baran en Hun t. Turkije*) (uitblijven strafrechtelijke procedure/vervolgung als gevolg van verjaring). Zie ook de zaak EHRM 28 juli 2009, zaaknr. 74307/01, par. 40 (*Gök en Güler t. Turkije*), waarin het uitblijven van het onderzoek erin heeft geresulteerd dat de termijn voor vervolging is verstreken.

116 Vgl. White & Ovey 2014, p. 193; Harris e.a. 2014, p. 277; Grabenwarter 2014, p. 41. EHRM 7 juli 2011, zaaknr. 39229/03, par. 72-76 (*Fyodorov en Fyodorova t. Oekraïne*) (te lange duur onderzoek: 7 jaar).

117 EHRM 17 januari 2012, zaaknr. 20212/05, par. 40 (*Alchagin t. Rusland*). Eerder: EHRM 1 juli 2011, zaaknr. 72250/01, par. 110 (*Lopata t. Rusland*).

118 EHRM 17 september 2014, *EHRC* 2014, 244, par. 320 (Grote Kamer) (*Mocanu e.a. t. Roemenië*).

voor deze benadering in de Grote Kamer uitspraak in de zaak *Tunç en Tunç*¹¹⁹ die in het vorige hoofdstuk uitgebreid aan bod is gekomen.

In het kader van een gebrekkig onafhankelijk onderzoek kan gewezen worden op de Grote Kamer uitspraak in de zaak *Mocanu e.a.*¹²⁰ In deze zaak ging het om een demonstratie in 1990 tegen de nieuwe Roemeense regering waarbij hardhandig is opgetreden, met de dood van de betrokkenen tot gevolg. Het Hof constateert meerdere schendingen, waaronder een procedurele schending van artikel 3 EVRM nu geen sprake is van een effectief officieel onderzoek naar het gewelddadig optreden. Het onderzoek kent meerderde gebreken, en is onder meer niet onafhankelijk nu het onderzoek in handen was van militaire aanklagers die, net als de verdachten, in een hiërarchische ondergeschikte relatie stonden binnen de militaire hiërarchie.¹²¹

Ook in de Moldavische zaak *Taraburca*¹²² was niet voldaan aan het vereiste van een onafhankelijk onderzoek. In deze zaak stelt klager te zijn mishandeld door de politie, nadat hij is opgepakt tijdens een grootschalig protest tegen de gehouden verkiezingen. Klager heeft naar eigen zeggen de protesten slechts aanschouwd. Voor het Hof stelt klager dat artikel 3 EVRM is geschonden omdat hij door de politie mishandeld is, en dat het onderzoek dat hierop volgde gebrekkig is verlopen. Het EHRM constateert zowel een materiële als een procedurele schending van artikel 3 EVRM. Ten aanzien van de onafhankelijkheid van het onderzoek overweegt het Hof dat het in de eerste plaats is uitgevoerd onder leiding van het ministerie van binnenlandse zaken. Dit is het ministerie waar een groot aantal van de verdachten (politieambtenaren) werkzaam zijn. Het niet starten van een strafrechtelijk onderzoek door de militaire aanklager lijkt eveneens te zijn ingegeven door voormeld ministerie. Dit is des te opmerkelijker nu de militaire aanklagers juist zijn aangesteld om de afhankelijke relatie tussen de onderzoekers en de personen die het onderzoeksobject vormen tegen te gaan. Daarnaast hebben de militaire aanklagers verklaard dat de senior politieambtenaren die werkzaam zijn op het ministerie van binnenlandse zaken ook verdacht zijn, hetgeen ertoe leidt dat het onderzoek door ditzelfde ministerie daarom niet als onafhankelijk kan worden gekwalificeerd.¹²³

119 Met name de GK-uitspraak: EHRM 14 april 2015, EHRC 2015, 150, m.nt. J.H. Gerards, par. 217-219 (Grote Kamer) (*Mustafa Tunç en Fecire Tunç t. Turkije*). Zie ook het jaarverslag van het Hof van 2015, digitaal te raadplegen.

120 EHRM 17 september 2014, EHRC 2014, 244 (Grote Kamer) (*Mocanu e.a. t. Roemenië*).

121 EHRM 17 september 2014, EHRC 2014, 244, par. 332-334 (Grote Kamer) (*Mocanu e.a. t. Roemenië*).

122 EHRM 6 december 2011, EHRC 2012, 45, m.nt. J. Mačkić (*Taraburca t. Moldavië*).

123 EHRM 6 december 2011, EHRC 2012, 45, m.nt. J. Mačkić, par. 54 (*Taraburca t. Moldavië*). Zie voor andere zaken waarin het onderzoek niet onafhankelijk was: EHRM 3 mei 2012, zaaknr. 23880/05, par. 105 (*Salikhov t. Rusland*); EHRM 4 maart 2008, zaaknr. 42722/02, par. 79 (*Stoica t. Roemenië*).

Identificatie en bestraffing/aansprakelijkheid van verantwoordelijken

In de tweede plaats dient met het onderzoek vast komen te staan wie verantwoordelijk kan worden gehouden voor de gebeurtenis, en deze verantwoordelijken dienen vervolgens te kunnen worden bestraft/aansprakelijk worden gehouden.¹²⁴

Hoewel deze verplichting geen resultaatsverplichting is, maar een middelenverplichting, maakt elke tekortkoming die ertoe leidt dat de feiten niet komen vast te staan en de verantwoordelijken ongeïdentificeerd blijven, het onderzoek ineffectief.¹²⁵

In de zojuist aangehaalde zaak *Mocanu*¹²⁶ oordeelde het Hof dat de nationale autoriteiten hebben nagelaten om de nodige maatregelen te treffen om te achterhalen wie verantwoordelijk waren voor het gewelddadig optreden tegen de demonstranten.¹²⁷

In twee Spaanse zaken¹²⁸ komt het Hof tot de conclusie dat artikel 3 EVRM zowel materieel als procedureel is geschonden. De materiële schending van artikel 3 EVRM is een direct gevolg van het ontoereikende onderzoek naar de vermeende 'ill-treatment'. De klagers in deze zaak worden ervan verdacht lid te zijn van de terroristische organisatie ETA. Klagers (mevrouw Caballero en meneer Rojo) zijn gedurende een aantal dagen (respectievelijk vijf en vier) *incommunicado* vastgehouden. Gedurende deze periode verbleven zij in totale isolatie. Klagers stellen voor het Hof dat de Spaanse autoriteiten na hebben gelaten om effectief onderzoek te doen naar de vermeende 'ill-treatment' toen beide klagers werden vastgehouden in de geheime politiedetentie. Een van de klagers, mevrouw Caballero, klaagde ook nog apart over de vermeende 'ill-treatment'.¹²⁹

Het Hof komt in deze zaken tot de slotsom dat Spanje maatregelen had moeten treffen om te voorkomen dat geweld wordt gepleegd door de autoriteiten jegens de gevangenen die *incommunicado* worden vastgehouden. Het Hof constateert verder in deze zaken dat het onderzoek diverse gebreken vertoont. De vermeende 'ill-treatment' is door de betreffende nationale rechters op basis van de forensische rapporten en kopieën van de verklaringen van klagers niet bewezen geacht. Verzoeken van klagers om de veiligheidsbeelden van de opsluiting aan de rechtbank te doen toekomen zijn afgewezen. Verder hebben de nationale autoriteiten onder meer nagelaten om de politieambtenaren die

124 EHRM 17 september 2014, EHRC 2014, 244, par. 321 (Grote Kamer) (*Mocanu e.a. t. Roemenië*).

125 EHRM 17 september 2014, EHRC 2014, 244, par. 322 (Grote Kamer) (*Mocanu e.a. t. Roemenië*).

Vgl. ook: Woltjer & Van Pachtenbeke 2013, p. 94.

126 EHRM 17 september 2014, EHRC 2014, 244 (Grote Kamer) (*Mocanu e.a. t. Roemenië*).

127 EHRM 17 september 2014, EHRC 2014, 244, par. 342-348 (Grote Kamer) (*Mocanu e.a. t. Roemenië*). Vgl. ook: EHRM 12 maart 2015, zaaknr. 31305/09, par. 87-92 (*Lyalyakin t. Rusland*).

128 EHRM 7 oktober 2014, zaaknr. 74016/12 (*Extebarria Caballero t. Spanje*); EHRM 7 oktober 2014, zaaknr. 3344/13 (*Ataun Rojo t. Spanje*).

129 EHRM 7 oktober 2014, zaaknr. 74016/12, par. 6-25 (*Extebarria Caballero t. Spanje*); EHRM 7 oktober 2014, zaaknr. 3344/13, par. 5-20 (*Ataun Rojo t. Spanje*).

betrokken waren bij de isolatieopsluiting te ondervragen, waardoor de verantwoordelijken niet zijn geïdentificeerd en vervolgens verantwoordelijk konden worden gehouden.¹³⁰ Dit betekent dus onder meer het ondervragen van getuigen en het doen van een autopsie.¹³¹

Interessant aan deze zaak is verder dat het Hof opnieuw benadrukt dat juist in het geval van een dergelijke opsluiting een onderzoek geboden is en rechterlijke maatregelen dienen te kunnen worden genomen vanwege de kwetsbare positie van gedetineerden.¹³² Een dergelijke isolerende opsluiting vraagt dus om een extra inspanning van de nationale autoriteiten om de feiten boven tafel te krijgen. Het Hof volgt hierbij ook de aanbevelingen van het CPT die zien op de verbetering van de kwaliteit van de forensische rapporten in het geval van isolatieopsluiting. Eerder benadrukte het Hof dit ook al.¹³³

Ook kinderen behoren tot de categorie kwetsbare personen. Zaken waarin mogelijk sprake is van kindermisbruik dienen daarom met bijzondere zorg aan een onderzoek te worden onderworpen.¹³⁴

Onmiddellijk en voortvarend onderzoek

In de derde plaats dient het onderzoek snel van start te gaan, en ook het verdere verloop van het onderzoek moet voortvarend gebeuren. De ratio van dit vereiste ziet op het tegengaan van een schijn van samenzwering of tolerantie ten aanzien van onrechtmatige daden. Op die manier wordt bijgedragen aan het behoud van het publieke vertrouwen in de rechtsstaat.¹³⁵

Bovendien komt de snelheid waarmee het onderzoek van start gaat het succes van het onderzoek ten goede.¹³⁶ Met succes wordt bedoeld dat de feiten boven tafel komen. Hoe meer tijd verstrijkt voordat het onderzoek wordt gestart, hoe groter de kans dat bewijsmateriaal moeilijker is te verkrijgen, of zelfs helemaal niet meer verkregen kan worden. Zo overwoog het Hof in een Russische zaak met betrekking tot het moment waarop het medisch onderzoek naar de vermeende verwondingen werd gedaan als volgt:

'The Court notes that the inquiry did not include a medical examination of the applicant at a time when the presence of the traces of beatings could still be verified, failing thus to secure crucial evidence in the ill-treatment case.'¹³⁷

130 EHRM 7 oktober 2014, zaaknr. 74016/12, par. 44-47 (*Extebarria Caballero t. Spanje*); EHRM 7 oktober 2014, zaaknr. 3344/13, par. 35-37 (*Ataun Rojo t. Spanje*).

131 Zie ook: EHRM 17 april 2012, zaaknr. 23893/06, par. 66 (*J.L. t. Letland*).

132 EHRM 7 oktober 2014, zaaknr. 74016/12, par. 47-48 (*Extebarria Caballero t. Spanje*).

133 EHRM 16 oktober 2012, zaaknr. 47303/08, par. 41 (*Otamendi t. Spanje*).

134 Harris e.a. 2014, p. 277.

135 EHRM 17 september 2014, EHRC 2014, 244, par. 323 (Grote Kamer) (*Mocanu e.a. t. Roemenië*).

136 Zie bijvoorbeeld: EHRM 24 juli 2014, zaaknr. 46956/09, par. 133 (*Lyapin t. Rusland*).

137 EHRM 9 juli 2009, zaaknr. 24325/03, par. 141 (*Generalov t. Rusland*) en zie ook: EHRM 29 april 2003, EHRC 2003, 50, m.n.t. De Jonge (*Poltoratskiy t. Oekraïne*) (een onnodige vertraging van een medisch onderzoek).

Ook het verdere verloop van het onderzoek mag volgens de Straatburgse maatstaven niet onredelijk lang duren, nu dit de effectiviteit van het onderzoek op een nadelige manier kan beïnvloeden. Dit geldt zowel voor de verdachten als voor de slachtoffers.¹³⁸

Net als onder artikel 2 EVRM zijn er zaken waarin het onderzoek evident te lang heeft geduurd. Zo heeft het onderzoek bij een aantal van de klagers rond de 20 jaar geduurd in de zaak *Mocanu e.a.*¹³⁹ Ook meer recent bepaalde het EHRM in een verkrachtingszaak dat de totale duur van 26 jaar na de gebeurtenis (en vijftien jaar sinds het EVRM in werking was getreden) buitensporig lang was. De complexe feiten deden hieraan volgens het Hof geen afbreuk nu de nationale autoriteiten te weinig maatregelen hebben genomen om de verdachte op te sporen en zijn aanwezigheid tijdens het proces te verzekeren.¹⁴⁰ Ook een zaak waarin het onderzoek zeven jaar duurde, zonder dat is vast komen te staan of de betreffende personen verantwoordelijk konden worden gehouden had, in combinatie met het meerdere malen stoppen en hervatten van het onderzoek, een ineffectief onderzoek onder artikel 3 EVRM tot gevolg.¹⁴¹ Een onderzoek waarin na veertien jaar slechts een aantal van de verantwoordelijken strafrechtelijk aansprakelijk is gesteld, is evenmin effectief.¹⁴²

Tot slot acht het Hof het ontoelaatbaar dat verjaringstermijnen worden tegengeworpen als gevolg waarvan het strafrechtelijk onderzoek wordt gestopt in de gevallen waarin het gaat om foltering of 'ill-treatment' gepleegd door politieambtenaren.¹⁴³

Openbaarheid onderzoek

Tot slot, en in de vierde plaats, dient het onderzoek voldoende openbaar te zijn. Dit betekent dat de familieleden of naasten in voldoende mate bij het onderzoek moeten worden betrokken. Zo kan dit dus betekenen dat de betrokkenen op de hoogte worden gehouden over de voortgang van het onderzoek.¹⁴⁴ Wanneer dit laatste niet gebeurt, kan dit voor het Hof reden zijn om een procedurele schending van artikel 3 EVRM aan te nemen.¹⁴⁵ De achter-

138 EHRM 15 januari 2015, zaaknr. 3400/07, par. 50 (*M.A. t. Slovenië*).

139 EHRM 17 september 2014, EHRC 2014, 244, par. 335 e.v. (Grote Kamer) (*Mocanu e.a. t. Roemenië*).

140 EHRM 15 januari 2015, zaaknr. 3400/07, par. 49-52 (*M.A. t. Slovenië*).

141 EHRM 7 juli 2011, zaaknr. 39229/03, par. 72-76 (*Fyodorov en Fyodorova t. Oekraïne*). Vgl. ook: EHRM 16 februari 2012, zaaknr. 75345/01, par. 48 (*Yatsenko t. Oekraïne*).

142 EHRM 3 maart 2015, EHRC 2015, 104 (*S.Z. t. Bulgarije*). Zie ook: EHRM 28 mei 2015, zaaknr. 41107/10, par. 99-100 (*Y. t. Slovenië*).

143 EHRM 17 september 2014, EHRC 2014, 244, par. 326 (Grote Kamer) (*Mocanu e.a. t. Roemenië*). Zie ook eerder: EHRM 23 juli 2013, zaaknr. 42606/05, par. 73 (*Izci t. Turkije*).

144 EHRM 17 september 2014, EHRC 2014, 244, par. 324 (Grote Kamer) (*Mocanu e.a. t. Roemenië*).

145 EHRM 10 mei 2011, zaaknr. 4512/09, par. 119 (*Popandopulo t. Rusland*).

liggende gedachte bij het openbaarheidsvereiste ziet op de mogelijkheid voor de familie/naasten om hun legitieme belangen te waarborgen.¹⁴⁶

In de zaak *J.L.*¹⁴⁷ stelt klager te zijn mishandeld en verkracht door een aantal van zijn celgenoten, en hebben de autoriteiten zijn transferverzoek naar een andere gevangenis afgewezen. Klager stelt dat geen onderzoek is ingesteld en dat hij derhalve geen effectief rechtsmiddel had. Het Hof neemt een procedurele schending van artikel 3 EVRM aan, en is daarbij onder meer van oordeel dat klager onvoldoende bij het onderzoek is betrokken.¹⁴⁸

Resumerend: de procedurele eisen die het Hof in het kader van artikel 3 EVRM heeft ontwikkeld komen grotendeels overeen met de eisen die het Hof onder artikel 2 EVRM heeft geformuleerd. De toepassing van de eisen blijft, net als onder artikel 2 EVRM, afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Het onderzoek dient onafhankelijk te worden uitgevoerd, en daarnaast dienen de verantwoordelijken te kunnen worden geïdentificeerd en verantwoordelijk te worden gehouden. Voorts moet het onderzoek voldoende snel van start gaan om te voorkomen dat bewijsmateriaal verloren gaat, en dient ook het verdere verloop van het onderzoek niet onredelijk lang te duren. Tot slot moeten de betrokkenen van het slachtoffer in voldoende mate op de hoogte worden gebracht van de voortgang van het onderzoek.

In deze paragraaf werd ook duidelijk dat de mensen die behoren tot een kwetsbare groep, zoals kinderen en gedetineerden, bijzondere bescherming verdienen. Meer concreet betekent dit dat van de Staat een extra inspanning wordt gevraagd bij het doen van het onderzoek naar de vermeende slechte behandeling of foltering.

5.3.2 Procedurele waarborgen in asielzaken onder artikel 3 EVRM en artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM

In deze paragraaf gaat het om de procedurele plichten die het Straatsburgse Hof in asielzaken onder artikel 3 EVRM en artikel 3 en 13 EVRM heeft ontwikkeld. De asielzoeker verzet zich in dit type zaken tegen uitzetting omdat dit strijd zou opleveren met het verbod van *refoulement*. Bij dit verbod gaat het erom dat de asielzoeker niet mag worden uitgezet naar een land waar hij mogelijk een reëel risico loopt op een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling.

146 EHRM 16 februari 2012, zaaknr. 75345/01, par. 43 (*Yatsenko t. Oekraïne*).

147 EHRM 17 april 2012, zaaknr. 23893/06 (*J.L. t. Letland*).

148 EHRM 17 april 2012, zaaknr. 23893/06, par. 81 (*J.L. t. Letland*).

Het kan dan gaan om het risico op foltering, of een vervolging of een anderszins onmenselijke of vernederende behandeling.¹⁴⁹

In de eerste plaats heeft het Hof onder artikel 3 EVRM in asielzaken de plicht tot het doen van een ‘meaningful assessment’¹⁵⁰ ingelezen naar de claim van klager dat hij een *refoulement*-risico loopt.¹⁵¹ Deze verplichting brengt met zich dat de nationale autoriteiten de foltering uit het verleden, en het toekomstige risico van *refoulement* dienen te onderzoeken.¹⁵² In dit type zaken wenst de asielzoeker een asielvergunning te krijgen, en wordt vaak een beroep gedaan op artikel 3 EVRM op grond waarvan volgens vaste jurisprudentie een Staat een asielzoeker niet uit mag zetten naar een land waar hij een reëel risico loopt op een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling.¹⁵³ Dit verbod beperkt zich niet alleen tot de gevallen waarin de ‘ill-treatment’ door overheidsfunctionarissen wordt gepleegd, maar geldt ook in de gevallen waarin de reële dreiging van een slechte behandeling afkomstig is van private partijen.¹⁵⁴ Verder heeft het verbod om een asielzoeker uit te zetten naar een land waar een reëel risico aanwezig is op een slechte behandeling absolute gelding.¹⁵⁵ Afwijken of het maken van een belangenafweging is niet toegestaan. De belangen van de Staat of de dreiging voor de nationale veiligheid¹⁵⁶ die kan ontstaan als de asielzoeker niet wordt uitgezet, brengen hier dus geen verande-

149 Wouters 2009, p. 579. In meer algemene zin verwoordt Wouters het *refoulement* verbod als volgt: ‘(...) het verbod van *refoulement* [verbiedt] de gedwongen verwijdering van een persoon naar een land, doorgaans aangeduid als het land van herkomst, waar hij het risico loopt te worden blootgesteld aan ernstige schendingen van mensenrechten.’

150 Het Hof gebruikt dan de term ‘meaningful’ en dan weer de term ‘adequate’. De begrippen zijn inwisselbaar, en ik zal deze begrippen dus afwisselend gebruiken.

151 Christoffersen daarentegen is van mening dat het Hof in artikel 3 EVRM geen *onafhankelijke* [cursivering: TdJ] procedurele plichten in de context van ‘expulsion’ zaken inleest: Christoffersen 2009, p. 478-479. Wel ziet Christoffersen in de *Hilal* zaak de procedurele verplichtingen in het kader van artikel 3 EVRM uitgebreid doordat het Hof in die zaak de nationale procedure onder artikel 13 EVRM beoordeelt. Christoffersen sluit af met: ‘The procedural obligations are thus not developed in the context of Article 3, but the impact of domestic procedures on the Court’s review is, as we shall see, confirmed by case-law’. Naar mijn opvatting zien we dit laatste ook bevestigd in onder meer: EHRM 16 maart 2004, zaaknr. 38865/02 (ontv.besl.) (*Nasimi t. Zweden*) en EHRM 2 februari 1999, zaaknr. 42225/98 (ontv.besl.) (*J.E.D. t. Verenigd Koninkrijk*), waarbij het overigens wel opmerkelijk is dat het Hof ondanks de zorgvuldige nationale procedure toch ook zelf overgaat tot een onderzoek van de 3 EVRM-claim. Reneman signaleert deze inconsistentie ook: Reneman 2012, p. 284

152 Reneman 2012, p. 210 e.v.

153 Vgl. onder meer: EHRM 7 juli 1989, NJ 1990, 158, m.nt. E.A. Alkema, NJCM – bull. 1989, 846, m.nt. B.P. Vermeulen (Grote Kamer) (*Soering t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 20 maart 1991, zaaknr. 15576/89 (Grote Kamer) (*Cruz Varas e.a. t. Zweden*). Zie ook: Harris e.a. 2014, p. 244 e.v.; Boeles e.a. 2014, p. 343-344.

154 Harris e.a. 2014, p. 253; White & Ovey 2014, p. 176.

155 Boeles e.a. 2014, p. 366 e.v.; EHRM 28 februari 2008, AB 2008, 177, m.nt. H. Battjes, EHRC 2008, 59, m.nt. A.J.Th. Woltjer, JV 2008, 131, m.nt. C.W. Wouters, NJ 2008, 444, RvdW 2008, 671, par. 137-141 (Grote Kamer) (*Saadi t. Italië*).

156 Dit is vooral aan de orde in uitleveringszaken (*extradition cases*) van vermeende terroristen.

ring in.¹⁵⁷ Tot slot verschillen de uitzettingszaken van de reguliere vreemdelingenzaken waarin met een beroep op artikel 8 EVRM kan worden geprobeerd om in het kader van gezinsvorming/hereniging een verblijfsvergunning te krijgen. In dit type zaken is de wens om in het nieuwe thuisland te blijven niet zozeer ingegeven door de angst voor een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling in het land waarnaar wordt uitgezet. Maar wenst de vreemdeling in het nieuwe thuisland te blijven vanwege familiebanden, en de mate van integratie in het nieuwe land.

In de tweede plaats heeft het Hof procedurele plichten geformuleerd die gelden onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM. Het gaat dan om de plicht die op de nationale autoriteiten rust om een 'rigorous scrutiny' te houden. Onder deze combinatie artikelen heeft het Hof bovendien ook procedurele eisen geformuleerd die gelden in de nationale asielprocedure.

5.3.2.1 Procedurele waarborgen onder artikel 3 EVRM in asielzaken

Grondig onderzoek

Onder artikel 3 EVRM in asielzaken rust op zowel de uitvoerende als de rechterlijke autoriteiten de plicht om een grondig onderzoek te doen naar de claim van de betrokkene dat hij bij uitzetting een reëel risico loopt op een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling.¹⁵⁸ Ook de plicht tot het doen van een grondig onderzoek onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM richt zich tot beide autoriteiten.

Voor het eerst heeft het Hof de plicht tot het doen van een 'a meaningful assessment' (i.e. een grondig onderzoek) naar de geloofwaardigheid van de 3 EVRM-claim van klager dat hij niet kan worden uitgezet naar het land van herkomst ingelezen in de zaak *Jabari* tegen Turkije.¹⁵⁹ In deze zaak ging het om de uitzetting van een vrouw naar Iran. De vrouw stelt dat haar in Iran een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling te wachten staat, nu zij daar op verdenking van overspel is gearresteerd. Het Hof concludeert in deze zaak dat artikel 3 EVRM (ook de materiële component) en artikel 13 EVRM geschonden zijn. Turkije hanteert een te korte termijn van vijf dagen voor het indienen van een klacht tegen het uitzettingsbesluit. Bovendien ontbreekt naar nationaal Turks recht een beroepsmogelijkheid tegen het besluit de asielaanvraag niet te behandelen. Daar komt nog bij dat de klacht niet inhoudelijk is getoetst, maar puur op formele punten is gezien.¹⁶⁰ Het Hof spreekt in deze zaak van 'authorities of the respondent state'. Het Hof lijkt in deze uitspraak nog niet expliciet de uitvoerende autoriteiten van de Staten hiermee te bedoelen.

¹⁵⁷ Harris e.a. 2014, p. 252.

¹⁵⁸ Baldinger 2013, p. 203 en de daar genoemde jurisprudentie.

¹⁵⁹ EHRM 11 juli 2000, *JV* 2000, 240, m.nt. BV (*Jabari t. Turkije*).

¹⁶⁰ EHRM 11 juli 2000, *JV* 2000, 240, m.nt. BV, par. 40 (*Jabari t. Turkije*). Vgl. ook Wouters 2009 p. 330-331.

Wouters leest echter in de *Jabari*-zaak al wel de plicht voor de uitvoerende autoriteiten tot het doen van een onderzoek naar de 3 EVRM claim van betrokkene.¹⁶¹

De procedurele positieve verplichting tot het doen van een gedegen onderzoek naar de 3 EVRM-claim is gericht tot de Staat als geheel. Het Hof spreekt doorgaans afwisselend van ‘domestic authorities’, ‘national authorities’, ‘State authorities’ of ‘competent national authorities’.¹⁶² Toch valt uit latere jurisprudentie van het Hof af te leiden dat in veel gevallen de uitvoerende autoriteiten *de facto* belast zijn met het doen van een ‘meaningful assessment’.¹⁶³

Zo oordeelde het Hof in een aantal Turkse zaken¹⁶⁴ dat de uitvoerende autoriteiten hebben nagelaten om klager te interviewen om de geloofwaardigheid van het relaas van klager te kunnen beoordelen en de *refoulement*-claim te onderzoeken. Het Hof behandelde in een aantal van deze zaken de klachten onder artikel 13 in combinatie met artikel 3 EVRM. Ook al eerder, in de zaak *Nasimi*¹⁶⁵ heeft het Hof aangegeven waarde te hechten aan interviews die de beslissende autoriteiten houden met de asielzoeker. Bovendien is deze uitspraak illustratief voor de implementatie van EHRM-normen in het nationale recht. Zo zijn in de Zweedse wetgeving de nationale autoriteiten verplicht om dezelfde factoren mee te nemen in de toets onder artikel 3 EVRM als het Hof doet.¹⁶⁶ Wanneer de nationale autoriteiten aansluiten bij de door het EHRM ontwikkelde factoren, zal het EHRM minder snel zijn eigen oordeel in de plaats stellen voor dat van de nationale autoriteiten.¹⁶⁷

Bij het uitvoeren van een ‘meaningful assessment’ naar de geloofwaardigheid van de claim van klager dienen de autoriteiten dus onder meer interviews

¹⁶¹ Wouters 2009, p. 339.

¹⁶² EHRM 15 oktober 2015, *EHRC* 2016, 9, m.nt. M. den Heijer (*L.M. e.a. t. Rusland*); EHRM 10 mei 2016, zaaknr. 49867/08, par. 48-49, t.a.v. het belang van het zorgvuldige onderzoek onder 3 EVRM onder meer vanwege het absolute karakter en de onomkeerbare aard van de potentiële schade (*Babajanov t. Turkije*).

¹⁶³ Reneman 2012, p. 210. Zie ook: EHRM 21 oktober 2010, zaaknr. 25404/09, par. 122 (*Gaforov t. Rusland*) (extradition case); EHRM 15 juni 2010, zaaknr. 12717/08, par. 38 (*Ahmadpour t. Turkije*); EHRM 19 januari 2010, zaaknr. 21896/08, par. 48 (*Z.N.S. t. Turkije*).

¹⁶⁴ EHRM 22 september 2009, zaaknr. 30471/08, par. 82 (*Abdolkhani en Karimnia t. Turkije*) (ontbreken interviews); EHRM 13 april 2010, zaaknrs. 32940/08; 41626/08; 41626/08; 43616/08, par. 64 (*Tehrani e.a. t. Turkije*) (artikel 3 EVRM in combinatie met artikel 13 EVRM); EHRM 13 juli 2010, zaaknr. 15916/09, par. 44 (*Dbouba t. Turkije*) (artikel 3 EVRM in combinatie met artikel 13 EVRM). In deze zaken speelde ook mee dat de UNHCR klagers als vluchteling hadden aangemerkt. Dit, in combinatie met de niet gehouden interviews, maakte dat het Hof concludeerde dat uitzetting in strijd met artikel 3 EVRM zou komen. Zie Reneman 2012, p. 210.

¹⁶⁵ EHRM 16 maart 2004, zaaknr. 38865/02 (ontv.besl.) (*Nasimi t. Zweden*).

¹⁶⁶ EHRM 16 maart 2004, zaaknr. 38865/02 (ontv.besl.) (*Nasimi t. Zweden*).

¹⁶⁷ Zie in dit verband de bijdrage van Gerards (Gerards 2017) waarin zij onder meer ingaat op de procedurele beoordeling van de nationale rechterlijke uitspraken door het EHRM. Vgl. ook eerder: Gerards 2014, p. 52-62, waar Gerards o.a. ook ingaat op de procedurele beoordeling van het EHRM t.a.v. het de totstandkoming van nationale wetgeving.

met de asielzoeker te houden,¹⁶⁸ en daarnaast dient een afwijzing van een vergunningaanvraag gedegen te worden gemotiveerd.¹⁶⁹

Welke verplichtingen brengt het doen van een ‘meaningful assessment’ nog meer met zich? Op de nationale autoriteiten rust de plicht om landeninformatie van diverse bronnen mee te nemen in de toets van de asielclaim, zo nodig een medisch deskundigenrapport op te laten stellen en tot slot een proactieve houding van de beslissende autoriteit als het gaat om het verzamelen van bewijs.¹⁷⁰ Bij het laatste kan het dan dus ook gaan om bewijsmiddelen die alleen door de uitvoerende autoriteit verkregen kunnen worden en niet, of lastiger, door de asielzoeker.¹⁷¹ De plicht die op de nationale autoriteiten rust om diverse bronnen te raadplegen zagen we eerder in de *Salah Sheekh* zaak.¹⁷²

De Staat is verder verplicht om zowel in het geval dat ruime informatie beschikbaar is over de algemene veiligheidssituatie in het land waarnaar wordt uitgezet,¹⁷³ als ook in het geval dat het op de hoogte is van specifiek aan het individu gerelateerde feiten uit eigen beweging een onderzoek naar het reële 3 EVRM risico te starten.¹⁷⁴ Dit is ingegeven door het absolute karakter van artikel 3 EVRM en de kwetsbare positie waarin asielzoekers zich bevinden.¹⁷⁵ Deze plicht geldt in het bijzonder wanneer de nationale autoriteiten op de hoogte zijn van het behoren van klager tot een groep die structureel slecht wordt behandeld.¹⁷⁶

Verder dient de asielzoeker toegang te krijgen tot de procedure. Hierbij gaat het erom dat de asielzoeker op de hoogte wordt gehouden van de stand van zaken rond de procedure, en ook eventuele bezwaren moet kunnen uiten. Deze toegang tot de procedure betekent dat juridische of praktische beperkin-

168 Zie over de competentie van de interviewer: Reneman 2012, p. 171.

169 Zie onder meer: EHRM 5 september 2013, zaaknr. 886/11, par. 92 (*K.A.B. t. Zweden*) (nationale besluitvormingsprocedure voldoet (zowel in de uitvoerende als rechterlijke fase): interview en besluit gemotiveerd); EHRM 18 april 2013, zaaknr. 18372/10, par. 41 (*MO.M. t. Frankrijk*) (in dit geval was het onderzoek van de nationale rechters onvoldoende. Toch neemt het Hof dit mee in de beoordeling onder artikel 3 EVRM; en niet – zoals te verwachten zou zijn – onder artikel 13 EVRM jo. 3 EVRM).

170 Reneman 2012, p. 210-213. EHRM 21 januari 2011, *EHRC* 2011, 42, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2011, 68, m.nt. H. Battjes, par. 358-359 (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*).

171 Reneman 2012, p. 213.

172 EHRM 11 januari 2007, *AB* 2007, 76, m.nt. BPV, par. 136 (*Salah Sheekh t. Nederland*). Zie ook: White & Ovey 2014, p. 178.

173 EHRM 23 maart 2016, *EHRC* 2016, 131, m.nt. M. den Heijer, *JV* 2016, 132, m.nt. T.P. Spijkerboer, par. 126 (Grote Kamer) (*F.G. t. Zweden*).

174 EHRM 23 maart 2016, *EHRC* 2016, 131, m.nt. M. den Heijer, *JV* 2016, 132, m.nt. T.P. Spijkerboer, par. 127 (Grote Kamer) (*F.G. t. Zweden*).

175 Zie de *M.S.S.*-zaak.

176 Opnieuw par. 127 van de uitspraak.

gen niet zijn toegestaan.¹⁷⁷ Het Hof beoordeelt de toegankelijkheid van de procedure vaak onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM.¹⁷⁸

Tot slot: in principe zijn de Staten vrij in de inrichting van de ‘meaningful assessment’. Deze vrijheid geldt bijvoorbeeld ook ten aanzien van de vraag welke autoriteit de claim aan het onderzoek (‘assessment’) onderwerpt.¹⁷⁹ Het gaat erom dat er een zorgvuldig onderzoek plaatsvindt op nationaal niveau.

Het Hof stelt echter wel eisen ten aanzien van de tijd die betrokkene krijgt om zijn of haar claim te bewijzen.¹⁸⁰ Zo bepaalde het Hof in de zaak *Bahaddar* dat formele eisen en tijdsbeperkingen in beginsel zijn toegestaan in het nationale recht, nu deze regels zien op het in goede banen leiden van de zaaklast.¹⁸¹ Op het moment echter dat de tijdslimieten heel kort zijn of inflexibel worden toegepast is dit niet langer het geval.¹⁸² Een door UNHCR uitgevoerd onderzoek ontslaat de Staat niet van zijn plicht tot het doen van een grondig onderzoek,¹⁸³ en lopende het onderzoek mag de betrokkene niet worden uitgezet.¹⁸⁴

5.3.2.2 Procedurele waarborgen onder artikel 13 en artikel 3 EVRM in asielzaken

Grondig onderzoek

Onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM rust op de nationale uitvoerende en rechterlijke autoriteiten¹⁸⁵ de plicht tot het doen van een grondig onderzoek in uitzettingszaken.¹⁸⁶ Het gaat hierbij om een toets van de 3 EVRM-claim. Vaak concludeert het Hof tot een schending van artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM omdat (zo is doorgaans te lezen in de EHRM

177 Wouters 2009, p. 330 en opnieuw onder verwijzing naar Mole 2000, p. 33.

178 Zie ook de hierna volgende paragraaf.

179 Wouters 2009, p. 330.

180 Zie o.m. Wouters 2009, p. 330 en Spijkerboer 2009, p. 54.

181 EHRM 19 februari 1998, zaaknr. 25894/94, par. 45 (*Bahaddar t. Nederland*). Wouters 2009, p. 330 en p. 357.

182 EHRM 19 februari 1998, zaaknr. 25894/94, par. 45 (*Bahaddar t. Nederland*).

183 Wouters 2009, p. 330 en de verwijzing naar: EHRM 22 juni 2006, EHRC 2006, 102, JV 2006, 342 (*D. e.a. t. Turkije*).

184 Hier zien we al het vereiste van de automatische schorsende werking. Zie hierover nader de paragraaf over de procedurele verplichtingen onder artikel 13 en 3 EVRM.

185 Zie voor procedurele tekortkomingen ten aanzien van het onderzoek naar de geloofwaardigheid in zowel de nationale asielprocedure als de beroepsprocedure voor de rechter: EHRM 18 januari 2013, EHRC 2013, 7, m.nt. A.M. Reneman, par. 100-105 (*Singh e.a. t. België*). Vgl. ook: EHRM 7 januari 2014, JV 2014, 55, par. 58-63 (*A.A. t. Zwitserland*) (geen schending artikel 13 EVRM jo. artikel 3 EVRM: nationale uitvoerende autoriteiten wordt niet verweten geen nader onderzoek te hebben gedaan naar identiteit klager. Echter, wel schending artikel 3 EVRM: reëel risico op strijd met artikel 3 EVRM bij uitzetting).

186 Zie in het kader van uitzettingen in het geval van natuurrampen, klimaatverandering en *non-refoulement* en een eventueel beroep op de artikelen 3 en 8 EVRM het verkennende artikel van Scott: Scott 2014.

jurisprudentie) het gevolg van het gebrek van artikel 13 EVRM tenslotte is dat er geen effectieve bescherming tegen een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling is.¹⁸⁷ In de Grote Kamer uitspraak in de zaak *Chahal*¹⁸⁸ heeft het Hof deze onderzoeksverplichting voor het eerst ingelezen. Later heeft het EHRM hier in de eerder genoemde zaak *Jabari*¹⁸⁹ aan toegevoegd dat het moet gaan om een grondig ('rigorous') onderzoek.¹⁹⁰ De betreffende overweging van het Hof in deze zaak luidt als volgt:

'In the Court's opinion, given the *irreversible nature* of the harm that might occur if the risk of torture or ill-treatment alleged materialised and the *importance which it attaches to Article 3*, the notion of an effective remedy under Article 13 requires *independent and rigorous scrutiny* of a claim that there exist substantial grounds for fearing a real risk of treatment contrary to Article 3 and the *possibility of suspending the implementation of the measure impugned*. Since the Court is led to conclude that the judicial review proceedings relied on by the Government did not satisfy the requirements of Article 13. Accordingly, there has been a violation of Article 13 [cursivering: Td]].¹⁹¹

Artikel 3 EVRM is dus van invloed op de invulling die het Hof geeft aan een 'effective remedy' onder artikel 13 EVRM in uitzettingszaken. Het Hof merkt daarbij bovendien op dat het gaat om potentiële onomkeerbare schade op het moment dat marteling of een onmenselijke/vernederende behandeling zich voordoet.¹⁹² Het is niet mogelijk om de geleden schade ongedaan te maken of te herstellen. Daarom is het van groot belang dat voorafgaand aan een eventuele uitzetting grondig onderzoek wordt gedaan naar het reële risico dat de asielzoeker eventueel loopt op een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling in het land waarnaar wordt uitgezet. De procedurele verplichtingen hebben nu duidelijk een preventief karakter.

Voor een antwoord op de vraag hoe indringend aan het besluit wordt getoetst onder artikel 13 EVRM, is het recht dat op het spel staat dus mede

187 Zie hierover de volgende paragrafen.

188 EHRM 15 november 1996, NJ 1997, 301, m.nt. P. Boon, par. 151 (Grote Kamer) (*Chahal t. Verenigd Koninkrijk*).

189 EHRM 11 juli 2000, JV 2000, 240, m.nt. BV (*Jabari t. Turkije*).

190 Vgl. ook Baldinger die dit opmerkt: Baldinger 2013, p. 199. Zie de plicht tot het doen van een 'rigorous scrutiny' onder meer bevestigd in: EHRM 22 september 2009, JV 2010, 24, NAV 2009, 37, m.nt. A.M. Reneman & Bruin, RV 2009, 3, m.nt. H. Battjes, par. 108 (*Abdolkhani en Karimnia t. Turkije*); EHRM 23 februari 2012, EHRC 2012, 91, m.nt. A. Terlouw & H. Pankratz, JV 2012, 171, m.nt. M.Y.A. Zieck, par. 198 (Grote Kamer) (*Hirsi Jamaa e.a. t. Italië*).

191 EHRM 11 juli 2000, JV 2000, 240, m.nt. BV, par. 50 (*Jabari t. Turkije*). Vgl. ook: EHRM 20 juli 2010, AB 2011, 132 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2010, 113, m.nt. A.J.Th. Woltjer, par. 157 (*A. t. Nederland*); EHRM 21 januari 2011, EHRC 2011, 42, m.nt. A.J.Th. Woltjer, JV 2011, 68, m.nt. H. Battjes, par. 286-293 (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*).

192 Vgl. ook: EHRM 5 juli 2005, AB 2005, 369, m.nt. HBa en BPV (*Said t. Nederland*) onder punt 6.

bepalend. Ook de onomkeerbare mogelijke schade die zal ontstaan als de marteling of onmenselijke behandeling zich voordoet is hierbij van belang. Hoe fundamenteeler dus het recht, en hoe ingrijpender (en onomkeerbaarder) de gevolgen, des te indringender de toetsing.¹⁹³

In uithuisplaatsingszaken waarin door de biologische ouders vaak een beroep wordt gedaan op artikel 8 EVRM, is de lastige onomkeerbaarheid van de uithuisplaatsingsbeslissing reden voor het Hof om willekeur tegen te gaan in dit soort zaken. Het kind kan namelijk in de tussentijd een band opbouwen met de 'nieuwe' ouders en het terugdraaien van de uithuisplaatsing is dan doorgaans niet in het belang van het kind. Het Hof stelt dan procedurele (zorgvuldigheids)eisen aan de nationale besluitvormingsprocedure rondom een dergelijke uithuisplaatsing en kent daarnaast veel gewicht toe aan het belang van het kind.¹⁹⁴

Een vastomlijnde definitie van wat de 'rigorous scrutiny' onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM precies inhoudt, ontbreekt in de Straatsburgse jurisprudentie. Of op nationaal niveau aan deze eis is voldaan beoordeelt het Hof in iedere zaak afzonderlijk.¹⁹⁵ Baldinger onderscheidt wel een drietal categorieën ter verduidelijking van wat het Hof onder het 'rigorous scrutiny'-begrip verstaat en gaat daarbij uit van een negatieve formulering.¹⁹⁶ Zo is geen sprake van een grondig onderzoek naar de maatstaven van artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM in de gevallen dat (i) de claim niet inhoudelijk is onderzocht door de nationale rechters (als gevolg van naleving nationale procedurele regels),¹⁹⁷ (ii) de nationale rechters het onderzoek onvoldoende grondig hebben gedaan¹⁹⁸ en (iii) naar nationaal recht incorrecte bewijsstandaarden zijn toegepast.¹⁹⁹ Incorrect, in die zin dat deze standaarden afwijken van de standaarden die het EHRM hanteert.

In *I.M.* tegen Frankrijk²⁰⁰ constateert het Hof dat de gang van zaken in de Franse asielprocedure verschillende tekortkomingen kent. Dit resulteert

193 Zie ook Reneman 2010, p. 244. Vgl. ook Van Bennekom & Van der Winden 2011, p. 30-31, i.h.b. noot 57, waar het verschil in toepassing van de procedurele vereisten wordt genoemd ten aanzien van de artikelen 5 en 8 EVRM (i.e. artikel 5 EVRM > artikel 8 EVRM). Zie ook de annotatie en dan met name punt 6 van Vermeulen bij: EHRM 5 juli 2005, *AB* 2005, 369, m.nt. HBa en BPV (*Said t. Nederland*).

194 Zie uitgebreider hoofdstuk 6.

195 Baldinger 2013, p. 199. Baldinger onderscheidt vervolgens drie 'non compliant' categorieën van hoe rechters in vreemdelingenzaken te werk zijn gegaan teneinde uitten te zetten wat wordt verstaan onder een 'rigorous scrutiny'. De vraag dus op welke punten de nationale rechter tekort is geschoten. Baldinger 2013, p. 199-210.

196 Baldinger 2013, p. 199 e.v.

197 Baldinger 2013, p. 199-202.

198 Baldinger 2013, p. 203-209.

199 Baldinger 2013, p. 209.

200 EHRM 2 april 2012, *EHRC* 2012, 70, m.nt. A.M. Reneman (*I.M. t. Frankrijk*).

in een schending van artikel 3 EVRM in combinatie met artikel 13 EVRM.²⁰¹ Klager beschikte niet over een effectief rechtsmiddel teneinde uitzetting te voorkomen. De tekortkomingen zien onder meer op de automatische toepassing van de versnelde asielprocedure en de korte termijnen in zowel de administratieve fase als de beroepsfase. Daarnaast schortte het ingestelde beroep het afwijzingsbesluit van de asielaanvraag niet op. Dit maakte dat uitzetting zonder verder onderzoek nog tot de mogelijkheid behoorde. Tot slot komt daar nog bij dat klager tijdens de asielprocedure in vreemdelingendetentie verbleef.²⁰²

In de zaak *Singh e.a.*²⁰³ hebben zowel de uitvoerende autoriteiten (CGRA) als de rechterlijke autoriteiten (CCE) nagelaten om de kern van het asielrelaas van klager te onderzoeken.²⁰⁴ De nationale autoriteiten in deze zaak hebben nagelaten om de authenticiteit van de door klagers overgelegde documenten te onderzoeken. Hoewel dit heel gemakkelijk was nu de Belgische autoriteiten contact hadden kunnen opnemen met de UNHCR in Nieuw Delhi.²⁰⁵ Dit maakt dat het Hof tot een schending van artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM concludeert: er is geen sprake van een 'examen attentif et rigoureux'.²⁰⁶

Interessant is ook dat het Hof in deze uitspraak pleit voor een *ex nunc*-toets door een controlerende autoriteit van het besluit van het bestuur. Dat het Hof zelf het uitzettingsbesluit *ex nunc* toetst zolang de uitzetting nog niet heeft plaatsgevonden (en in geval dat uitzetting wel al is gerealiseerd onder omstandigheden ook nieuwe feiten en omstandigheden meeneemt die bekend zijn geworden *na* uitzetting), is vaste jurisprudentie.²⁰⁷ In deze uitspraak lijkt het Hof dit echter ook expliciet van de nationale controlerende autoriteiten te vragen.²⁰⁸

Nadrukkelijker verlangde de Grote Kamer van het Hof in een Zweedse zaak een *ex nunc*-beoordeling door de nationale Zweedse autoriteiten van de claim van de asielzoeker dat hem bij uitzetting naar Iran een met artikel 2 en 3 EVRM strijdige behandeling te wachten stond vanwege zijn bekering tot het

201 Het Hof gaat niet standaard over tot een zelfstandige behandeling van artikel 13 EVRM in asielzaken zo merkt Reneman op onder punt 2 en de verwijzing naar EHRM 31 januari 2008, JV 2008, 105, m.nt. T.P. Spijkerboer (*Mir Isfahani t. Nederland*) waarin geklaagd werd over de omvang van de rechterlijke toetsing bij afwijzing asielaanvraag.

202 EHRM 2 april 2012, EHRC 2012, 70, m.nt. A.M. Reneman, par. 136-160 (*I.M. t. Frankrijk*). Zie helder uiteengezet door Reneman onder punt 3 van de annotatie bij deze zaak.

203 EHRM 18 januari 2013, EHRC 2013, 7, m.nt. A.M. Reneman (*Singh e.a. t. België*).

204 Vgl. ook Baldinger 2013, p. 208.

205 Zie meer recent over deze plicht: EHRM 18 november 2014, JV 2015, 1, m.nt. F. Schüller en T. de Boer (*M.A. t. Zwitserland*).

206 EHRM 18 januari 2013, EHRC 2013, 7, m.nt. A.M. Reneman, par. 104 (*Singh e.a. t. België*).

207 White & Ovey 2014, p. 179; Woltjer & Van Pachtenbeke 2013, p. 112-113.

208 EHRM 18 januari 2013, EHRC 2013, 7, m.nt. A.M. Reneman, par. 91 (*Singh e.a. t. België*) en zie ook helder uiteengezet door Reneman onder punt 5 van de noot.

Christendom. Het nalaten hiervan zou resulteren in een schending van artikel 2 en 3 EVRM.²⁰⁹

Nationaal rechtsmiddel met automatisch schorsende werking

Artikel 13 EVRM in combinatie met 3 EVRM in asielzaken brengt daarnaast de verplichting met zich dat naar nationaal recht de mogelijkheid moet bestaan om de opgelegde maatregel te schorsen.²¹⁰ In de zaak *Conka* tegen België²¹¹ is dit vervolgens nadrukkelijker door het Hof verwoord²¹² en heeft het Hof overwogen dat uitzettingsbesluiten met onomkeerbare schade niet ten uitvoer mogen worden gelegd voordat is onderzocht of het besluit conform het EVRM is.²¹³

In *Gebremeddhin* tegen Frankrijk²¹⁴ gaat het Hof een stap verder door te overwegen dat in *refoulement*-zaken er een *automatische* schorsende werking moet zijn.²¹⁵ Dit is ook bevestigd in latere jurisprudentie.²¹⁶ In *Mohammed* tegen Oostenrijk²¹⁷ kon de gegrondheid van de klacht van klager niet worden onderzocht. Naar Oostenrijks recht vormde een opnieuw ingediend asielverzoek op grond van de Dublinverordening geen belemmering om de asielzoeker terug te sturen naar Hongarije. Hoewel er nog geen besluit was genomen over zijn tweede asielaanvraag. Ten tijde van het tweede asielverzoek was er een *arguable claim* van een schending van artikel 3 EVRM. Naar het oordeel van het Hof maakte dit dat de Oostenrijkse gang van zaken niet verenigbaar was met de eisen van artikel 13 EVRM. De gegrondheid van de artikel 3 EVRM claim kon niet worden onderzocht.²¹⁸

Indien een automatische schorsende remedie niet voorhanden is, moet de betrokkene in ieder geval in de gelegenheid worden gesteld om een procedure

209 EHRM 23 maart 2016, *EHRC* 2016, 131, m.nt. M. den Heijer, *JV* 2016, 132, m.nt. T.P. Spijkerboer, par. 156-158 (Grote Kamer) (*F.G. t. Zweden*). Van strijd met 2 en/of 3 EVRM is overigens materieel gezien geen sprake naar het oordeel van de Grote Kamer van het Hof.

210 EHRM 11 juli 2000, *JV* 2000, 240, m.nt. BV, par. 50 (*Jabari t. Turkije*).

211 EHRM 5 februari 2002, *JV* 2002, 117, m.nt. BPV (*Concka t. België*).

212 Vgl. ook de heldere uiteenzetting door Wouters: Wouters 2009, p. 341, en zie ook Spijkerboer 2009, p. 69-73.

213 EHRM 5 februari 2002, *JV* 2002, 117, m.nt. BPV, par. 79 (*Concka t. België*).

214 EHRM 26 april 2007, *EHRC* 2007, 75, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2007, 252, m.nt. T.P. Spijkerboer, *NAV* 2007, 29, m.nt. A.M. Reneman, *RV* 2007, 67, m.nt. H. Battjes (*Gebremeddhin t. Frankrijk*). Zie onder punt 2 van de noot.

215 Wouters 2009, p. 341. Zie ook: Boeles e.a. 2014, p. 425.

216 Vgl. onder meer: EHRM 20 september 2007, zaaknr. 45223/05, par. 50-52 (*Sultani t. Frankrijk*) (effectiviteit rechtsmiddel onder artikel 35 EVRM, eerste lid); EHRM 18 november 2010, zaaknr. 42360/08, par. 35-37 (*Boutagni t. Frankrijk*); EHRM 23 juli 2013, zaaknr. 41872/10, par. 140 (*M.A. t. Cyprus*).

217 EHRM 6 juni 2013, *EHRC* 2013, 175, m.nt. M. den Heijer, *JV* 2013, 325, m.nt. A.M. Reneman (*Mohammed t. Oostenrijk*).

218 EHRM 6 juni 2013, *EHRC* 2013, 175, m.nt. M. den Heijer, *JV* 2013, 325, m.nt. A.M. Reneman, par. 74 e.v. (*Mohammed t. Oostenrijk*) en de heldere uiteenzetting van Reneman onder punt 3 van de annotatie.

aanhangig te maken teneinde de uitkomst van de gewone procedure af te wachten en uitzetting te voorkomen.²¹⁹ Bijvoorbeeld door middel van een aanvraag van een voorlopige voorziening.²²⁰ Het Hof past het vereiste van uitputting van nationale rechtsmiddelen niet toe in het geval dat een remedie met schorsende werking ontbreekt.²²¹ Klagers kunnen zich in dat geval direct tot het Hof wenden met het verzoek om een voorlopige maatregel.²²² Voorlopige maatregelen (Rule 39 Procesreglement van het Hof) binden de Staten ook.²²³

Eisen inrichting nationale asielprocedure

Naast de plicht tot het doen van een 'rigorous scrutiny' van de claim van de asielzoeker, kan artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM ook eisen stellen aan de inrichting van de asielprocedure. Het Hof heeft onder deze artikelen in meerdere zaken²²⁴ bepaald dat de asielprocedure toegankelijk moet zijn.²²⁵ Zo kan dit onder omstandigheden betekenen dat de asielzoeker over een tolk dient te beschikken of dat er gratis rechtsbijstand beschikbaar is. Daarnaast moet de asielzoeker tijdig worden geïnformeerd over het verloop van de procedure. Het is niet toegestaan om aan asielzoeker slechts enkele dagen te gunnen voor het instellen van beroep tegen de afwijzing van zijn asielaanvraag/het uitzettingsbesluit. Tot slot kan ook de eerder genoemde maatregel dat een tegen het uitzettingsbesluit/de afwijzende asielaanvraag ingesteld rechtsmiddel automatisch schorsende werking moet hebben, worden

219 Wouters 2009, p. 342.

220 Boeles e.a. 2014, p. 425. Zie de uitspraak van het Hof in een Nederlandse zaak waarin onder meer de vraag centraal staat of het ontbreken van de automatische schorsende werking van het hoger beroep bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State Straatsburg-proof is: EHRM 5 juli 2016, EHRC 2016, 228, m.nt. J. Uzman (*A.M. t. Nederland*). Uzman is kritisch in zijn noot, nu het EHRM deze vraag niet eenduidig beantwoordt. De ontbrekende schorsende werking levert wel een schending op van artikel 35, eerste lid EVRM, maar niet van 13 EVRM (zie onder punt 4 e.v. van de annotatie).

221 Reneman 2012, p. 141.

222 Reneman 2012, p. 141.

223 Wouters 2009, p. 342. In EHRM 4 februari 2005, AB 2005, 274, m.nt. T. Barkhuysen, EHRC 2005, 32, m.nt. Rieter, JV 2005, 89, m.nt. B.P. Vermeulen & De Vries (par. 124) (Grote Kamer) (*Mamatkulov en Askarov t. Turkije*) heeft de Grote Kamer van het Hof voor het eerst bepaald dat een voorlopige maatregel gedurende een aanhangige procedure in Straatsburg bindend is. Overigens in navolging van de uitspraak van de Kamer van het Hof: EHRM 6 februari 2003, EHRC 2003, 31, JV 2003, 237, m.nt. B.P. Vermeulen, NAV 2003, 94, m.nt. Bruin, NJCM-bull. 2004, 1, RV 1974-2003, 53, m.nt. T.P. Spijkerboer, RV 2003, 1, m.nt. H. Battjes, p. 73 e.v., m.nt. Rieter (*Mamatkulov en Abdurasulovic t. Turkije*). Zie over voorlopige maatregelen de dissertatie van Rieter uit 2010 (handelseditie).

224 Waaronder: EHRM 21 januari 2011, EHRC 2011, 42, m.nt. A.J.Th. Woltjer, JV 2011, 68, m.nt. H. Battjes, par. 396 (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*); EHRM 18 januari 2013, EHRC 2013, 7, m.nt. A.M. Reneman (*Singh e.a. t. België*); EHRM 2 april 2012, EHRC 2012, 70, m.nt. A.M. Reneman (*I.M. t. Frankrijk*).

225 Vgl. ook: Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration 2014, p. 99 e.v. en p. 112.

aangemerkt als een eis die geldt ten tijde van de asielprocedure.²²⁶ Het verschil met de eerder genoemde eisen is dat bij de schorsende werking van het rechtsmiddel, het rechtsmiddel zich richt tot het besluit van de uitvoerende of rechterlijke autoriteit. De eisen als de beschikbaarheid van een tolk en het informeren over de voortgang van de asielaanvraag kunnen daarentegen in de aanvraagfase al een rol spelen. Met andere woorden: een besluit op de aanvraag is dan nog niet genomen.²²⁷

Resumerend: onder artikel 3 EVRM heeft het Hof in vreemdelingenzaken bepaald dat op de nationale autoriteiten van de Staat de plicht rust om een 'meaningful assessment' te doen naar de claim van de asielzoeker dat hij niet kan worden teruggestuurd naar het land van herkomst. Hierbij moet de geloofwaardigheid van het relaas worden beoordeeld. Bij het doen van dit onderzoek kan het gaan om het houden van interviews met de asielzoeker, het raadplegen van diverse bronnen waaronder rapporten van NGO's, het raadplegen van medische rapporten en het in voldoende mate betrekken van de asielzoeker in de procedure. Tot slot dient een eventuele afwijzing van een asielaanvraag te worden gemotiveerd. De verplichting die onder artikel 3 EVRM op de Staten rust om een onderzoek te doen naar de claim van de asielzoeker kan zowel tot de uitvoerende autoriteiten gericht zijn als tot de rechter.

Ook onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM heeft het Hof bepaald dat op de uitvoerende en rechtsprekende autoriteiten de plicht rust om een grondig onderzoek te doen naar de claim van de asielzoeker dat hij niet kan worden uitgezet vanwege de strijd die dit met artikel 3 EVRM zou opleveren. Daarnaast volgt uit de Straatsburgse jurisprudentie dat een rechtsmiddel dat is ingesteld tegen een afwijzende asielaanvraag/uitzettingsbesluit automatisch schorsende werking dient te hebben. Dit vereiste kan, samen met nog een aantal andere vereisten (waaronder een toegankelijke asielprocedure en het bieden van een redelijke termijn voor het instellen van beroep) worden aangemerkt als eisen die gelden in de nationale asielprocedure.

5.4 DE TOEPASSING VAN DE PROCEDURELE WAARBORGEN ONDER ARTIKEL 3 EN 13 EVRM IN ASIELZAKEN

Aan de hand van een aantal illustratieve zaken zal in deze paragraaf in kaart worden gebracht welke procedurele plichten onder artikel 3 zelfstandig, en in combinatie met artikel 13 EVRM op de nationale autoriteiten rusten in de gevallen waarin de vreemdeling zich beroept op artikel 3 EVRM. De asielzoeker verzet zich tegen een uitzetting vanwege het reële risico op een 'ill-treatment'

²²⁶ Vgl. ook: Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration 2014, p. 102-104.

²²⁷ In paragraaf 5.4 en 5.5 komt dit meer uitgebreid aan bod.

in het land waarnaar wordt uitgezet. Het EHRM maakt in uitzettingszaken en uitleveringszaken overigens geen onderscheid tussen het potentiële risico op foltering of een andere vorm van 'ill-treatment'.²²⁸ Dit onderscheid is tenslotte gemakkelijker te maken in de nationale context omdat in die gevallen de slechte behandeling al heeft plaatsgevonden, en in uitzettingszaken het om een toekomstige behandeling gaat.²²⁹

Voor de invulling van deze paragraaf is gekozen voor een thematische bespreking. Aan de hand van een aantal thema's worden de procedurele plicht tot het doen van een onderzoek naar de artikel 3 EVRM claim en de eisen rond de inrichting van de nationale asielprocedure uiteen gezet. Deze thema's zijn geselecteerd op basis van recente uitzettings/asielzaken van het EHRM²³⁰ en daarnaast gebaseerd op de in de vorige paragraaf uiteengezette procedurele eisen.²³¹ In het hiernavolgende komen vooral de zaken aan de orde waarin de nationale procedure tekortschiet, omdat hieruit voor de nationale praktijk de meeste lering kan worden getrokken. Vanzelfsprekend zijn er ook zaken waarin de nationale praktijk wel conform de EVRM-standaarden is.²³²

In de eerste en tweede plaats volgt hierna een beantwoording van de vraag wat er voor nodig is om de plicht tot het doen van een grondig onderzoek naar een *refoulement*-claim van betrokkene te activeren en wat de omvang is van deze plicht (inclusief deelthema's). Tussen de vraag naar de activering en de omvang van de plicht tot het doen van een grondig onderzoek bestaat echter geen waterdichte scheiding. Het derde thema ziet op de bijzondere (procedurele) bescherming van kwetsbare groepen die het EHRM verlangt van de nationale autoriteiten in asielzaken. In de vierde plaats volgt een bespreking van de procedurele eisen die het Straatsburgse Hof stelt in het kader van de asielprocedure. In de vijfde plaats gevolgd door de toepassing van artikel 6 EVRM in asielzaken via artikel 13 EVRM. Tot slot volgt in de zesde plaats de zelfstandige beoordeling onder artikel 13 EVRM.

i. Activering grondige onderzoeksplicht

Wat is er voor nodig om de plicht tot het doen van een grondig onderzoek te activeren voor de nationale autoriteiten? Ten aanzien van de rol van medi-

228 Harris e.a. 2014, p. 245. Zoals bepaald in: EHRM 17 januari 2012, zaaknr. 9146/07 en 32650/07, par. 119 e.v., i.h.b. par. 123 (*Harkins en Edwards t. Verenigd Koninkrijk*).

229 EHRM 17 januari 2012, zaaknr. 9146/07 en 32650/07, par. 122 (*Harkins en Edwards t. Verenigd Koninkrijk*).

230 Bij de selectie uitspraken is met name uitgegaan van de uitspraken die zijn gepubliceerd in de EHRC, de JV en de AB.

231 Zie paragraaf 5.3.2, waarbij ook de thema's in diverse handboeken van dienst zijn geweest.

232 Bijvoorbeeld: EHRM 19 januari 2016, EHRC 2016, 93, m.nt. M. den Heijer, JV 2016, 66 (*Sow t. België*) (voldoende onderzoek, onvoldoende nova om aanvraag opnieuw te beoordelen) en EHRM 24 juli 2014, JV 2014, 321, par. 69-71 (*A.A. e.a. t. Zweden*) (uitzetting naar Somalië; voldoende nationale objectieve en betrouwbare bronnen betrokken bij de geloofwaardigheidstoets; onvoldoende substantiële gronden aangevoerd door klagers om de strijd met artikel 3 EVRM aan te tonen).

sche rapporten in relatie tot de activering van de onderzoeksplicht geldt het volgende. Wanneer een door de asielzoeker overgelegd medisch rapport de marteling of mishandeling op het eerste gezicht aannemelijk maakt, is het aan de nationale autoriteiten is om een deskundige te raadplegen. Het is geen vereiste dat dit een forensisch deskundige is.²³³ Als in een medisch rapport alleen recente verwondingen en littekens zijn gedocumenteerd, is het aan de Staat om dit te nader te onderzoeken.²³⁴

Verder kan in meer algemene zin worden gesteld dat de onderzoeksplicht die op de nationale autoriteiten rust, wordt geactiveerd op het moment dat de asielzoeker zijn claim met substantiële gronden heeft onderbouwd. Het is immers vervolgens aan de Staat om een dergelijke claim in twijfel te trekken,²³⁵ onder meer door middel van het doen van onderzoek.

ii. *Omvang grondige onderzoeksplicht*

De toets van de geloofwaardigheid van het asielrelaas vormt samen met de concrete stappen die de nationale autoriteiten moeten nemen de kern van de omvang van de grondige onderzoeksplicht. Hierbij spelen onder meer factoren als bewijslast(verdeling), toetsingsintensiteit, *ex nunc* toetsing en het criterium van wisten of hadden moeten weten ('knew or ought to have known') door de nationale autoriteiten een rol.

Ten aanzien van de geloofwaardigheid heeft het Hof bepaald dat het in eerste instantie aan de nationale autoriteiten is om de geloofwaardigheid van het relaas te toetsen.²³⁶ Dit is conform het subsidiariteitsbeginsel. Bij het beoordelen van de geloofwaardigheid is het naar het oordeel van het EHRM niet zo dat iedere onduidelijkheid de geloofwaardigheid van het relaas van de asielzoeker negatief beïnvloedt.²³⁷

Inconsistenties in asielrelaas en authenticiteit documenten

De zaak *M.A. tegen Zwitserland*²³⁸ is een belangrijke uitspraak. Het EHRM laat zich in deze zaak namelijk uit over de wijze waarop de nationale autoriteiten om moeten gaan met inconsistenties in het asielrelaas. Daarnaast gaat het Hof in op het belang van onderzoek naar de authenticiteit van overgelegde

233 Battjes e.a. 2014, p. 2488 en daar genoemd: EHRM 9 maart 2010, *JV* 2010, 147, m.nt. T.P. Spijkerboer, par. 48 (*R.C. t. Zweden*).

234 Battjes e.a. 2014, p. 2488 en daar genoemd: EHRM 19 september 2013, *JV* 2013, 375, m.nt. F. Schüller (*R.J. t. Frankrijk*).

235 EHRM 18 november 2014, *JV* 2015, 1, m.nt. F. Schüller & T. de Boer, par. 55 (*M.A. t. Zwitserland*).

236 Woltjer & Van Pachtenbeke 2013, p. 114.

237 Woltjer & Van Pachtenbeke 2013, p. 114. Zie ook: EHRM 15 mei 2012, *EHRC* 2012, 153, m.nt. M. den Heijer, *JV* 2012, 273, par. 66 (*S.F. e.a. t. Zweden*): Harris e.a. 2014, p. 247.

238 EHRM 18 november 2014, *JV* 2015, 1, m.nt. F. Schüller & T. de Boer (*M.A. t. Zwitserland*).

documenten²³⁹ en de bewijslast in de nationale procedure. De annotatoren onderstrepen het belang van de uitspraak ook om voormelde redenen, en in het bijzonder nu het Hof zich in deze uitspraak in meer algemene termen over genoemde zaken uitspreekt.²⁴⁰

Kort de feiten in deze zaak. Klager in deze zaak stelt niet te kunnen worden teruggestuurd naar Iran omdat hij daar tussen 2009 en 2011 heeft deelgenomen aan demonstraties tegen het regime. De Zwitserse IND acht het relaas van klager niet geloofwaardig. De verklaringen die door klager tijdens het eerste gehoor in juli 2011 zijn afgelegd zouden te zeer verschillen van de verklaringen die klager heeft afgelegd tijdens het tweede gehoor in april 2013. Ook bij de rechter vangt klager bot: vanwege de twijfel die bestaat over de authenticiteit van een kopie van een vonnis van een Iraanse rechtbank verwerpt de Zwitserse rechter het beroep. In dit vonnis is klager bij verstek veroordeeld tot zeven jaar gevangenisstraf en zeventig zweepslagen voor zijn deelname aan de demonstraties. Klager beroept zich voor het Straatsburgse Hof op artikel 3 EVRM en artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM. Het EHRM behandelt de klacht van klager onder artikel 3 EVRM, en hoewel het de klacht onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM ontvankelijk acht, ziet het geen reden om deze klacht afzonderlijk te behandelen.²⁴¹ In het kader van artikel 3 EVRM gaat het Hof reeds uitvoerig in op de tekortkomingen met betrekking tot de onderzoeksplicht die op de nationale autoriteiten rust. Dit is waarschijnlijk de reden om de klacht dan niet ook nog afzonderlijk onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM te behandelen.

Zoals in elke uitspraak refereert het Hof eerst aan zijn *general principles*, om deze vervolgens toe te passen op de onderhavige zaak. In meer algemene termen herhaalt het Hof zijn standaarden ten aanzien van de bewijslast(verdeling).²⁴² De asielzoeker krijgt het voordeel van de twijfel bij de beoordeling van de geloofwaardigheid van het relaas en de in het kader daarvan overgelegde documenten, vanwege de bijzondere situatie waarin hij zich bevindt.²⁴³

Het is *in principe* aan de asielzoeker om substantiële gronden aan te dragen dat bij een uitzetting hij gevaar loopt op een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling. Vervolgens is het aan de regering (de nationale autoriteiten) om

239 Vgl. eerder: EHRM 18 januari 2013, *EHRC* 2013, 7, m.nt. A.M. Reneman (*Singh e.a. t. België*); EHRM 19 december 2013, *EHRC* 2014, 61 (*N.K. t. Frankrijk*) (onder meer: door de nationale autoriteiten is onvoldoende onderbouwd waarom de echtheid van de documenten twijfelachtig is).

240 Zie onder punt 3 van de noot.

241 EHRM 18 november 2014, *JV* 2015, 1, m.nt. F. Schüller & T. de Boer, par. 70-71 (*M.A. t. Zwitserland*).

242 Zie over de bewijslast ook: Reneman 2012, p. 201 e.v.

243 EHRM 18 november 2014, *JV* 2015, 1, m.nt. F. Schüller & T. de Boer, par. 55 (*M.A. t. Zwitserland*).

dit in twijfel te trekken.²⁴⁴ Op het moment echter dat er informatie is op grond waarvan gereede twijfel bestaat over de betrouwbaarheid van de beweringen van de asielzoeker, is het aan de asielzoeker om de discrepanties te verklaren.

Nieuw in deze uitspraak is dat het Hof in deze zaak voor het eerst expliciet uitspreekt dat ‘full proof’ niet kan en niet mag worden geëist van de asielzoeker, zo stellen de annotatoren. Het Hof overweegt dit in het kader van de twijfel die in de nationale procedure bestond over de authenticiteit van de overgelegde documenten. Dit had tot gevolg dat deze documenten niet werden meegenomen in het nationale onderzoek naar de geloofwaardigheid van het relaas van klager.

Over de geloofwaardigheid van het asielrelaas en de inconsistenties die er bestaan tussen de verklaringen tussen de twee gehoren kan het volgende worden gezegd. Het Hof overweegt dat de gehoren correct zijn afgenomen.²⁴⁵ De gehoren dienen niet afzonderlijk, maar ook in het licht van verdere verklaringen van klager te worden beoordeeld op hun geloofwaardigheid.²⁴⁶ In het tijdsverloop van bijna twee jaar tussen het eerste gehoor en het tweede gehoor vindt het Hof een verklaring voor de verschillen tussen de afgelegde verklaringen tijdens deze gehoren.²⁴⁷ Zeker gelet op de uiteenlopende aard van de gehoren: tijdens het tweede gehoor was meer ruimte voor een gedetailleerde verklaring van klager.²⁴⁸

Vervolgens gaat het Hof in op de wijze waarop de Zwitserse IND is omgegaan met de overgelegde documenten. In casu heeft klager een officiële dagvaarding overgelegd met als datum 10 mei 2011, een kopie van de dagvaarding van 5 februari 2013 en een kopie van het bij verstek gewezen vonnis van 7 mei 2013. De Zwitserse IND stelt zich op het standpunt dat het vonnis in Iran gekocht zou kunnen zijn, en laat vervolgens na om dit potentiële bewijs bij de beoordeling te betrekken. Het Hof acht dit in het licht van de bijzondere situatie waarin de asielzoeker zich bevindt niet gerechtvaardigd. Van de asielzoeker mag geen ‘full proof’ ten aanzien van het leveren van bewijs voor de veroordeling in het land van herkomst (‘persecution in their home countries’) worden verlangd. Ter onderbouwing van dit standpunt verwijst het Hof naar een eerdere overweging²⁴⁹ uit de uitspraak waarin aan klagers vaak

244 EHRM 18 november 2014, *JV* 2015, 1, m.nt. F. Schüller & T. de Boer, par. 55 (*M.A. t. Zwitserland*). Vgl. ook deze standaard in eerdere zaken, zie daarvoor o.m.: Woltjer & Van Pachtenbeke 2013, p. 115.

245 EHRM 18 november 2014, *JV* 2015, 1, m.nt. F. Schüller & T. de Boer, par. 59 (*M.A. t. Zwitserland*).

246 EHRM 18 november 2014, *JV* 2015, 1, m.nt. F. Schüller & T. de Boer, par. 60 (*M.A. t. Zwitserland*).

247 EHRM 18 november 2014, *JV* 2015, 1, m.nt. F. Schüller & T. de Boer, par. 61 (*M.A. t. Zwitserland*).

248 EHRM 18 november 2014, *JV* 2015, 1, m.nt. F. Schüller & T. de Boer, par. 60 (*M.A. t. Zwitserland*).

249 Par. 55.

het voordeel van de twijfel wordt gegund. Het Hof doet dit vanwege de bijzondere situatie waarin de asielzoeker zich doorgaans bevindt. Dit levert namelijk bijzondere moeilijkheden voor de asielzoeker op ten aanzien van het overleggen van 'full proof'.²⁵⁰

Het Hof houdt dus rekening met de bijzondere moeilijkheden waarmee de asielzoeker zich geconfronteerd kan zien, en overweegt dat dit voor de nationale autoriteiten reden kan zijn om de overgelegde documenten, hoewel het kopieën zijn, toch mee te nemen in de geloofwaardigheidsbeoordeling.²⁵¹ Met andere woorden: gelet op de situatie waarin de asielzoeker zich bevindt, heeft de asielzoeker met het overleggen van de kopieën alles gedaan wat van hem verlangd kon worden.²⁵² In zulke gevallen, waaronder dit geval, kan dus geen 'volledig bewijs' ('full proof') van de asielzoeker worden geëist.²⁵³

Het Hof acht verder de straffen van het bij verstek gewezen vonnis plausibel in de context van straffen in Iran en concludeert dat de Zwitserse IND de authenticiteit van de documenten niet gesubstantieerd heeft weerlegd. In de daarna volgende overwegingen gaat het Hof meer uitgebreid in op de originele dagvaarding en de kopieën. Het EHRM constateert dat zowel de Zwitserse IND als de Zwitserse rechter na hebben gelaten om de kopieën te verifiëren. Klager heeft gemotiveerd waarom hij de originele documenten niet heeft kunnen overleggen: zijn familie durfde deze niet per post te versturen. Daarnaast heeft de rechter de officiële dagvaarding (van 10 mei 2011) nooit geverifieerd. Tussen het vonnis bij verstek, en het oordeel van de Zwitserse rechter zat amper twee maanden, ook dat maakte het voor klager moeilijk om het originele vonnis te overleggen. Aan klager is door de rechtbank tot slot niet de mogelijkheid geboden om alsnog de authenticiteit van de documenten aan te tonen.²⁵⁴ Op grond van het voorgaande komt het Hof tot het eindoordeel dat klager voldoende substantiële gronden heeft aangevoerd dat een uitzetting strijd zou opleveren met artikel 3 EVRM, en dat de Zwitserse regering onvoldoende heeft gedaan om dit in twijfel te trekken: schending artikel 3 EVRM.²⁵⁵ In deze uitspraak constateert het Hof zowel tekortkomingen aan de zijde van de nationale uitvoerende autoriteit als aan de zijde van de nationale rechterlijke autoriteit. Alle procedurele tekortkomingen behandelt het Hof in het kader van artikel 3 EVRM.

Deze uitspraak laat zien dat inconsistenties in het relaas moeten worden beschouwd in het kader van de gehele geloofwaardigheid. Daarnaast volgt

250 EHRM 18 november 2014, *JV* 2015, 1, m.nt. F. Schüller & T. de Boer, par. 62 (*M.A. t. Zwitserland*).

251 Zie ook deel II.

252 Zo stellen de annotatoren.

253 Zie onder punt 6 van de noot en ook par. 62-64 van de uitspraak.

254 EHRM 18 november 2014, *JV* 2015, 1, m.nt. F. Schüller & T. de Boer, par. 65-68 (*M.A. t. Zwitserland*).

255 EHRM 18 november 2014, *JV* 2015, 1, m.nt. F. Schüller & T. de Boer, par. 69 (*M.A. t. Zwitserland*).

uit deze uitspraak dat op de nationale autoriteiten (zowel de uitvoerende als de rechterlijke) de plicht rust om de authenticiteit van de overgelegde bewijsmaterialen te verifiëren. Tot slot komt de sterk individueel georiënteerde benadering van het Hof tot uitdrukking in deze uitspraak.²⁵⁶ Het Hof houdt tenslotte rekening met de bijzondere positie van de asielzoeker en de moeilijkheid van het leveren van volledig bewijs ('full proof') van de veroordeling in het land van herkomst door de asielzoeker.

Verschuiving bewijslast en rol medische rapporten

In *R.C. tegen Zweden*²⁵⁷ oordeelde het Hof dat de nationale uitvoerende autoriteiten een contra expertise hadden moeten laten uitvoeren naar de herkomst van de littekens. In casu heeft de asielzoeker een begin van bewijs geleverd nu uit het medisch rapport volgt dat de littekens het gevolg kunnen zijn van marteling. Het is dan aan de Staat om elke twijfel hierover weg te nemen en dus tegenbewijs te leveren. Daarmee verschuift de bewijslast naar de Staat.²⁵⁸ Deze uitspraak is dus zowel illustratief voor het gewicht dat het Hof toekent aan medische rapporten als bewijsmiddel als ook de bewijslastverschuiving.²⁵⁹ Een ongeloofwaardig asielrelaas kan de plicht tot het doen van een contra expertise afzwakken volgens Spijkerboer. Tegelijkertijd lijken de indicatoren die in casu wijzen op een ongeloofwaardig relaas geen reden voor het Hof om af te wijken van voormelde plicht.²⁶⁰

iii. Bijzondere bescherming kwetsbare groepen

De bijzondere bescherming van kwetsbare groepen die het EHRM verlangt, kan onder omstandigheden materiële en/of procedurele positieve verplichtingen voor de Staten met zich brengen. Wanneer klager behoort tot een kwetsbare groep, kan dit betekenen dat de Staat extra (procedurele) maatregelen (had) moet(en) nemen.²⁶¹

Illustratief voor het belang dat het Straatsburgse Hof hecht aan de bescherming van personen die behoren tot een kwetsbare groep is de Grote Kamer uitspraak in de zaak *Tarakhel*.²⁶² Deze uitspraak laat in het bijzonder de waar-

²⁵⁶ Zie meer uitgebreid deel II.

²⁵⁷ EHRM 9 maart 2010, EHRC 2010, 51, m.nt. A.M. Reneman, JV 2010, 147, m.nt. T.P. Spijkerboer (*R.C. t. Zweden*).

²⁵⁸ EHRM 9 maart 2010, EHRC 2010, 51, m.nt. A.M. Reneman, JV 2010, 147, m.nt. T.P. Spijkerboer, par. 53 e.v. (*R.C. t. Zweden*). Vgl. ook: EHRM 5 september 2013, JV 2013, 374 (*I. t. Zweden*).

²⁵⁹ Zie de heldere noot van Spijkerboer (JV 2010, 147) en ook: Battjes e.a. 2014, p. 2488.

²⁶⁰ Aldus Spijkerboer onder punt 4 van de noot.

²⁶¹ Vgl. ook: EHRM 21 januari 2011, EHRC 2011, 42, m.nt. A.J.Th. Woltjer, JV 2011, 68, m.nt. H. Battjes (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*).

²⁶² EHRM 4 november 2014, EHRC 2015, 33, m.nt. J.R. Groen, JV 2014, 384, m.nt. H. Battjes (Grote Kamer) (*Tarakhel t. Zwitserland*). Vgl.: EHRM 3 februari 2015, EHRC 2015, 112 (ontv.besl.) (*M.O.S.H. t. Nederland*) (geen sprake van persoon behorend tot een kwetsbare groep en voldoende consultatie van Nederlandse autoriteiten met Italië of en hoe de

de zien die het Hof toekent aan de bescherming van minderjarige kinderen. Het Hof heeft overigens ook in eerdere zaken de kwetsbare positie van minderjarige kinderen benadrukt.²⁶³

Kort de feiten. De klagende partij in deze zaak is een Afghaans gezin. Korte tijd verbleven zij in Italië en Oostenrijk om vervolgens in Zwitserland asiel aan te vragen. Het gezin kan naar het oordeel van de Zwitserse autoriteiten de uitkomst van hun asielaanvraag afwachten in Italië. In de procedure voor het EHRM moet het Hof zich buigen over de vraag of het uitzetten naar Italië door de Zwitserse autoriteiten strijd oplevert met artikel 3 EVRM. Onder verwijzing naar de Grote Kamer uitspraak in de zaak *M.S.S.*²⁶⁴ oordeelt het Hof in *Tarakhel* dat de situatie in Italië niet gelijk is aan de erbarmelijke situatie in Griekenland. Toch mag Zwitserland het gezin alleen terugsturen op twee voorwaarden. Ten eerste moet van Italië de garantie worden verkregen dat het gezin wordt opgevangen. Ten tweede moet de garantie worden gegeven dat in Italië het gezin niet uit elkaar wordt gehaald. Nu Zwitserland hier in casu niet aan heeft voldaan concludeert het Hof tot een schending van artikel 3 EVRM.²⁶⁵

In meer algemene termen herhaalt het Hof in de onderhavige uitspraak zijn overwegingen ten aanzien van de bescherming van kwetsbare groepen, waarbij het ook de bijzondere bescherming van minderjarige kinderen nog eens onderstreept. In de hierna volgende overweging is deze bijzondere beschermingsplicht te lezen, en de aansluiting van het Hof bij internationale en Europese standaarden.

‘In the same judgment [verwezen wordt naar de *M.S.S.* zaak, par. 251: TdJ], the Court attached considerable importance to the applicant’s status as an asylum seeker and, as such, a member of a particularly underprivileged and vulnerable population group in need of special protection. It noted the existence of a broad consensus at the international and European level concerning this need for special protection, as evidenced by the Geneva Convention, the remit and the activities of the UNHCR and the standards set out in the European Union Reception Directive.’²⁶⁶

terugzending dient plaats te vinden); EHRM 26 februari 2015, *JV* 2015, 58 (ontv.besl.) (*A.M.E. t. Nederland*) (geen risico op schending 3 EVRM bij overdracht naar Italië van gezonde volwassen klager A.M.E.) Zie ook: EHRM 3 november 2015, *JV* 2016, 1 (ontv.besl.) (*J.A. t. Nederland*) (ontv.besl.) (klacht kennelijk ongegrond ex artikel 35, lid 3, sub a).

263 EHRM 12 oktober 2006, zaaknr. 13178/03, par. 55 (*Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitung t. België*); EHRM 19 januari 2012, zaaknr. 39472/07; 39474/07, par. 91 (*Popov t. Frankrijk*).

264 EHRM 21 januari 2011, *JV* 2011, 68, m.nt. H. Battjes (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*).

265 EHRM 4 november 2014, *EHRC* 2015, 33, m.nt. J.R. Groen, *JV* 2014, 384, m.nt. H. Battjes, par. 122 (Grote Kamer) (*Tarakhel t. Zwitserland*).

266 EHRM 4 november 2014, *EHRC* 2015, 33, m.nt. J.R. Groen, *JV* 2014, 384, m.nt. H. Battjes, par. 97 (Grote Kamer) (*Tarakhel t. Zwitserland*).

Minderjarige kinderen dienen in het bijzonder te worden beschermd, zo is ook te lezen in de hierna volgende overweging. Zeker vanwege hun leeftijd en afhankelijkheid, en tegelijkertijd ook hun vluchtelingenstatus. Het Hof sluit aan bij het Kinderrechtenverdrag dat eveneens van de Staten verlangt dat aan een kind dat de vluchtelingenstatus wil krijgen bescherming en humanitaire hulp wordt geboden. Hierbij maakt het geen verschil of het kind alleen is, of samen met zijn ouders.

‘With more specific reference to minors, the Court has established that it is important to bear in mind that the child’s extreme vulnerability is the decisive factor and takes precedence over considerations relating to the status of illegal immigrant. Children have specific needs that are related in particular to their age and lack of independence, but also to their asylum-seeker status. The Court has also observed that the Convention on the Rights of the Child encourages States to take the appropriate measures to ensure that a child who is seeking to obtain refugee status enjoys protection and humanitarian assistance, whether the child is alone or accompanied by his or her parents.’²⁶⁷

De toepassing van deze standaarden in de onderhavige zaak leidt ertoe dat het Hof van Zwitserland verlangt dat het van de Italiaanse autoriteiten de garanties ontvangt dat het gezin opvang krijgt die is aangepast aan de leeftijd van de kinderen en dat daarnaast de familie een eenheid blijft.²⁶⁸

Terecht merkt Battjes in zijn noot bij deze uitspraak op dat het Hof dus zeer specifieke eisen stelt aan de opvang en daarbij aan de individuele omstandigheden veel gewicht toekent. Het Hof ‘gaat in op de bijzondere beschermingsbehoeften van de minderjarige Tarakhels’.²⁶⁹ Nu de ‘minimum level of severity’ onder artikel 3 EVRM mede wordt bepaald door de leeftijd, leidt dit er in het onderhavige geval toe dat, nu het gaat om minderjarige kinderen, de eisen aan de opvang worden opgeschroefd, zo vervolgt Battjes.²⁷⁰ De opvang die reeds door Italië wordt geboden (zoals opvang, eten, onderwijs) is naar het oordeel van Hof onvoldoende specifiek ten aanzien van klagers.²⁷¹

Het Hof verlangt bovendien van de Zwitserse autoriteiten dat zij van de Italiaanse autoriteiten gedetailleerde en betrouwbare informatie over de specifieke opvanglocatie krijgen. Hierbij gaat het onder meer om de specifieke opvanglocatie, de fysieke omstandigheden van de opvang en het behoud van de familie als een eenheid. Momenteel beschikt Zwitserland niet over voldoende

267 EHRM 4 november 2014, EHRC 2015, 33, m.nt. J.R. Groen, JV 2014, 384, m.nt. H. Battjes, par. 99 (Grote Kamer) (*Tarakhel t. Zwitserland*).

268 EHRM 4 november 2014, EHRC 2015, 33, m.nt. J.R. Groen, JV 2014, 384, m.nt. H. Battjes, par. 120 (Grote Kamer) (*Tarakhel t. Zwitserland*).

269 Zie onder punt 1, en de uitwerking onder punt 3 van de noot.

270 Zie opnieuw onder punt 3 van de noot, en de verwijzing naar par. 118.

271 EHRM 4 november 2014, EHRC 2015, 33, m.nt. J.R. Groen, JV 2014, 384, m.nt. H. Battjes, par. 120 (Grote Kamer) (*Tarakhel t. Zwitserland*).

de garanties dat de klagers worden opgevangen op een aan de leeftijd van de kinderen aangepaste wijze.²⁷²

De verplichtingen die het Hof in deze uitspraak formuleert zijn materieel van aard. Het gaat immers om het bieden van concrete tastbare opvangfaciliteiten. Toch heeft het behoren tot een kwetsbare groep tegelijkertijd procedurele implicaties voor de terugsturende Staat. Wanneer klager behoort tot een kwetsbare groep, dienen de nationale autoriteiten dit niet alleen te betrekken in hun besluitvorming. Op de Staat rust bovendien de verplichting om voldoende specifieke garanties van de Italiaanse autoriteiten te verkrijgen over de opvang aldaar. Het is aan de nationale autoriteiten om een extra procedurele stap te zetten. De plicht die op het terugsturende land rust ten aanzien van de garanties is dus procedureel van aard, en is sterk ingegeven door de bijzondere kwetsbare positie van minderjarige kinderen.

Illustratief voor de procedurele implicaties die het behoren tot een kwetsbare groep voor de Staat met zich kunnen brengen voor de bewijslast is de hiervoor uitvoerig besproken zaak *M.A.* tegen Zwitserland ten aanzien van de 'full proof'. In casu was de lastige situatie waarin de kwetsbare asielzoeker zich doorgaans bevindt voor het Hof reden om geen onredelijk hoge eisen te stellen aan het over te leggen bewijs, en hetzelfde van de Staat verlangt. Dit bevestigt tevens de nauwe relatie tussen de inhoud van een zaak en de toepassing van de procedurele regels, zoals regels omtrent bewijs. De mate van striktheid waarmee procedurele regels worden toegepast is ingegeven door de materie van de zaak. Aanknopingspunten die hierbij richtinggevend zijn, kunnen worden gevonden in de ernst van de gevolgen voor betrokkenen, de onomkeerbaarheid van de potentiële schade en het behoren tot een kwetsbare groep.

In deel II van deze studie komt de bijzondere bescherming van kwetsbare groepen als onderdeel van de karakteristieken van mensenrechtenbeoordeling aan de orde, waarbij de nadruk dan vooral ligt op de wijze waarop het Hof deze bescherming van kwetsbare groepen meeneemt in het te vormen oordeel.²⁷³ Ook asielzoekers behoren tot een kwetsbare groep personen waaraan derhalve bijzondere bescherming moet worden geboden. De Grote Kamer van het EHRM heeft dit voor het eerst in algemene zin vastgesteld in *M.S.S.* tegen

272 EHRM 4 november 2014, *EHRC* 2015, 33, m.nt. J.R. Groen, *JV* 2014, 384, m.nt. H. Battjes, par. 121 (Grote Kamer) (*Tarakhel t. Zwitserland*). Zie over onder meer de individuele en voldoende garanties (m.b.t. de noodzakelijke medische zorg voor de ernstig zieke klager) die de uitzettende Staat dient te krijgen van het land waarnaar de klager dreigt te worden uitgezet: EHRM 13 december 2016, zaaknr. 41738/10 (Grote Kamer) (*Paposhvili t. België*) (de Belgische autoriteiten hebben de medische situatie van de ernstig zieke klager onvoldoende onderzocht; schending artikel 3 EVRM (unaniem) en overigens ook schending van artikel 8 EVRM (opnieuw unaniem))

273 Zie hoofdstuk 10 en 11.

Griekenland en België.²⁷⁴ Battjes is kritisch op deze vaststelling, nu dit een breuk betekent met de bestaande EHRM-jurisprudentie²⁷⁵ en ten onrechte aansluiting wordt gezocht bij de Opvangrichtlijn.²⁷⁶ Deze richtlijn bindt 25 lidstaten en niet alle 47 landen die lid zijn van de Raad van Europa. Dit maakt dat er dus niet per definitie sprake is van Europese consensus.²⁷⁷ Daarnaast roept dit de vraag op of in de vele gevallen waarin de Opvangrichtlijn niet in opvang voor de asielzoekers voorziet, dit ertoe leidt dat ontbrekende opvang conform artikel 3 EVRM is.²⁷⁸

iv. Inrichting nationale asielprocedure: de vereisten

Onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM heeft het EHRM een aantal eisen gesteld aan de nationale asielprocedure.²⁷⁹ Zo dient de asielprocedure toegankelijk te zijn²⁸⁰ en dient een door de asielzoeker ingesteld rechtsmiddel automatisch het afwijzingsbesluit van de asielaanvraag te schorsen.²⁸¹ Daarnaast mag aan de asielzoeker geen te korte termijn worden gegund om beroep in te stellen.²⁸² Verder moet onder omstandigheden rechtsbijstand worden geboden, en bovendien moet de asielzoeker informatie ontvangen over de te volgen asielprocedure en eventueel een tolk tot zijn beschikking krijgen.²⁸³ De Grote Kamer uitspraak in de zaak *M.S.S.* is in het kader van deze eisen besprekenswaardig.

Kort de feiten. Klager is de in Afghanistan geboren M.S.S. die via Griekenland (waar hij geen asielverzoek indient) op 10 februari 2009 in België aankomt. Op grond van de Dublinverordening draagt België klager op 15 juni 2009 over aan Griekenland. De voorlopige voorziening die klager in België heeft ingesteld

274 Zie par. 233 van deze uitspraak: EHRM 21 januari 2011, *EHRC* 2011, 42, m.nt. A.J.Th.Woltjer, *JV* 2011, 68, m.nt. H. Battjes, par. 251 en 263 (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*).

275 Battjes verwijst naar de opinion van Sajó.

276 Richtlijn 2003/9/EG.

277 Aldus Battjes in zijn annotatie bij de uitspraak onder punt 4.2.

278 Opnieuw onder punt 4.2 van de annotatie en zie ook: Battjes 2012, p. 87 e.v.

279 Zie helder onder punt 2 van de noot van Reneman bij: EHRM 18 januari 2013, *EHRC* 2013, 7, m.nt. A.M. Reneman (*Singh e.a. t. België*) (schending artikel 13 EVRM jo. 3 EVRM: geen 'rigorous scrutiny' door nationale autoriteiten uitgevoerd).

280 Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration 2014, p. 99.

281 Vgl. onder meer: EHRM 27 februari 2014, *JV* 2014, 168, m.nt. A.M. Reneman (*Joseft. België*) (te complex systeem m.b.t. rechtsmiddel met schorsende werking); EHRM 22 april 2014, *JV* 2014, 170 (*A.C. e.a. t. Spanje*) (ontbreken rechtsmiddel automatisch schorsende werking).

282 Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration 2014, p. 100-101 en EHRM 22 april 2014, *JV* 2014, 170 (*A.C. e.a. t. Spanje*) (naast ontbreken rechtsmiddel met schorsende werking, heeft de versnelde procedure tot gevolg dat klagers hun zaak niet hebben kunnen toelichten, dit was nodig om de uitzetting te kunnen schorsen); EHRM 10 oktober 2013, *JV* 2014, 1 (*K.K. t. Frankrijk*) (eigen gedrag van klager maakt dat analoge toepassing van *I.M. t. Frankrijk* niet opgaat: klager heeft in casu onder meer pas na twee jaar asielaanvraag ingediend, en pas na 10 maanden beroep ingesteld tegen uitzettingsbevel. Termijn van vijf dagen voor asielaanvraag, en 48 uur voor verzoek om opschorting acht het Hof derhalve voldoende).

283 Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration 2014, p. 99.

heeft dit niet kunnen verhinderen. In Griekenland wordt klager in detentie genomen, de omstandigheden zijn slecht. Zonder bestaansmiddelen en alleen in het bezit van een asielpas leeft hij vervolgens op straat. Een eerste verzoek van klager om een 'interim measure' wijst het Hof af, de tweede wordt wel toegewezen.

Het EHRM constateert diverse procedurele tekortkomingen in de Griekse asielprocedure. Zo is de informatieverstrekking aan de asielzoekers over de vervolgprocedure niet toereikend, en zijn de politiebureaus lastig bereikbaar. Daarnaast ontbrak het aan een betrouwbaar communicatiesysteem tussen autoriteiten en de asielzoeker. Bovendien is er een tekort aan tolken en ontbreekt een training voor de personen die de interviews af moeten nemen. Evenmin is er juridische bijstand, met gevolg dat de asielzoekers niet over juridisch advies beschikken. Tot slot noemt het Hof het lange wachten op een besluit.²⁸⁴

Deze procedurele tekortkomingen opgeteld en het gevaar van uitzetting door Griekenland naar Afghanistan,²⁸⁵ maken dat het Hof tot een schending van artikel 13 EVRM juncto artikel 3 EVRM concludeert. De klacht van M.S.S. is niet inhoudelijk behandeld en van toegang tot een effectief rechtsmiddel is evenmin sprake.²⁸⁶

In de annotatie bij deze zaak is te lezen dat de autoriteiten hun besluit ook moeten motiveren²⁸⁷ en dat de Grote Kamer van het Hof in deze zaak enkele nieuwe waarborgen inleest onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM en deze waarborgen maken daarmee voor het eerst onderdeel uit van de 'effectieve waarborg' van artikel 3 in combinatie met artikel 13 EVRM.²⁸⁸

Ten aanzien van de klacht tegen België oordeelt het Hof dat België artikel 3 EVRM heeft geschonden omdat het wist van de tekortkomingen in de Griekse procedure.²⁸⁹ Battjes wijst op de onduidelijkheid in de uitspraak ten aanzien van de veroordeling van België voor de schending van artikel 3 EVRM. Het is niet duidelijk of de veroordeling terug te voeren is tot de ontbrekende mogelijkheid voor klager om al in de aanvraagfase de redenen tegen uitzetting

284 Zie voor een opsomming van deze procedurele gebreken ook de annotaties van Battjes en Woltjer onder respectievelijk de punten 5.3 en 5. EHRM 21 januari 2011, *EHRC* 2011, 42, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2011, 68, m.nt. H. Battjes, par. 300-301 (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*).

285 EHRM 21 januari 2011, *EHRC* 2011, 42, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2011, 68, m.nt. H. Battjes, par. 321 (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*).

286 EHRM 21 januari 2011, *EHRC* 2011, 42, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2011, 68, m.nt. H. Battjes, par. 321 (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*).

287 Zie de noot van Battjes onder punt 5.3 onder verwijzing naar par. 313. EHRM 21 januari 2011, *EHRC* 2011, 42, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2011, 68, m.nt. H. Battjes (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*).

288 Aldus Battjes, zie punt 5.3 van de noot bij EHRM 21 januari 2011, *JV* 2011, 68, m.nt. H. Battjes (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*).

289 EHRM 21 januari 2011, *EHRC* 2011, 42, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2011, 68, m.nt. H. Battjes, par. 366-367 (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*).

aan te voeren.²⁹⁰ Als dit zo is, roept dit de vraag op waarom het Hof dit nu wel onder artikel 3 EVRM schaart en niet onder artikel 13 EVRM, zoals bij de behandeling van de klacht tegen Griekenland.²⁹¹ Het Hof lijkt weinig consistent als het gaat om het scharen van de procedurele verplichten onder de ene keer artikel 3 EVRM en de andere keer artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM.

Verder veroordeelt het Hof België voor een schending van artikel 13 juncto artikel 3 EVRM. Naar Belgisch recht ontbreekt een effectief rechtsmiddel met als gevolg dat er geen grondig onderzoek heeft plaatsgevonden door de Belgische rechter. Bovendien is een maatregel met schorsende werking afwezig.²⁹² Daar komt nog bij dat de rechterlijke toets volgens het Hof beperkt blijft tot de vraag of klager concreet bewijs heeft overgelegd om de onomkeerbare schade aannemelijk te maken van de potentiële strijd met artikel 3 EVRM. Hierbij is de bewijslast zodanig verhoogd dat de inhoud van de klacht van de vermeende schending niet langer kon worden getoetst.²⁹³

In deel II wordt duidelijk dat een incorrecte toepassing van bewijsstandaarden op nationaal niveau reden kan zijn voor het Hof om zelf over te gaan tot een ‘assessment’ van de artikel 3 EVRM claim. Dit kan implicaties hebben voor de nationale praktijk. In die zin dat het onder omstandigheden aan te bevelen is dat op nationaal niveau een met Straatsburg vergelijkbare bewijsstandaard wordt toegepast.

v. *Toepassing artikel 6 EVRM-eisen via artikel 13 EVRM in asielprocedures*

Als bekend is artikel 6 EVRM niet van toepassing op asielzaken.²⁹⁴ Toch signaleert Reneman in haar noot bij de zaak *Singh e.a.*²⁹⁵ dat artikel 13 EVRM steeds meer overeenkomsten vertoont met artikel 6 EVRM. In dit verband wijst zij, onder verwijzing naar de zaak *M.S.S.*,²⁹⁶ op het recht op toegang tot een effectief rechtsmiddel, een asielprocedure binnen een redelijke termijn en een recht op rechtsbijstand.²⁹⁷ Artikel 6 en artikel 13 EVRM schuiven steeds meer naar elkaar toe. In sommige gevallen beschouwt het Hof de klacht onder artikel 6 EVRM als een herformulering van de klacht onder artikel 13 EVRM.²⁹⁸

290 Zie punt 6.2.1 van de noot bij: EHRM 21 januari 2011, *JV* 2011, 68, m.nt. H. Battjes (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*).

291 Aldus Battjes in zijn noot.

292 EHRM 21 januari 2011, *EHRC* 2011, 42, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2011, 68, m.nt. H. Battjes, par. 385 e.v. (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*).

293 EHRM 21 januari 2011, *EHRC* 2011, 42, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2011, 68, m.nt. H. Battjes, par. 389 (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*).

294 Zie eerder hoofdstuk 2, en ook: Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration 2014, p. 100.

295 EHRM 18 januari 2013, *EHRC* 2013, 7, m.nt. A.M. Reneman (*Singh e.a. t. België*).

296 EHRM 21 januari 2011, *EHRC* 2011, 42, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2011, 68, m.nt. H. Battjes (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*).

297 Zie onder punt 2 van de noot.

298 EHRM 15 april 2014, zaaknr. 16458/12 (*N. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

Het Hof stelt het horen van artikel 6 EVRM (het horen ziet in casu op de fase waarin een (nieuwe) asielaanvraag wordt ingediend) op een lijn met de automatische schorsende werking van artikel 13 EVRM. Immers: horen *na* uitzetting is zinloos.²⁹⁹

In de hiervoor besproken *M.S.S.* zaak³⁰⁰ oordeelt het Hof onder meer dat de nationale asielprocedure van artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM tekortschiet. Onder andere de niet toegankelijke procedure, en het ontbreken van een tolk en/of rechtsbijstand tonen overeenkomsten met de eisen van artikel 6 EVRM.³⁰¹ Niet via een materieel Verdragsartikel dit keer, bijvoorbeeld via artikel 3 EVRM, maar via het naar zijn aard procedurele artikel 13 EVRM past het Hof nu artikel 6 EVRM toe in asielzaken.³⁰² Toch lijkt artikel 3 EVRM hierbij wel een rol te spelen.

Toegesпитst op de asielzaken betekent dit dat het Hof van de Staat verlangt dat zij een ‘rigorous scrutiny’ starten naar de 3 EVRM-claim van betrokkene. Bovendien kan dit dus betekenen dat het Hof onder artikel 13 EVRM in zaken waarin artikel 3 EVRM wordt ingeroepen eisen stelt aan onder meer toegankelijkheid en de inrichting van de nationale asielprocedure. Deze eisen komen op punten overeen met de procedurele eisen zoals we die kennen van artikel 6 EVRM. De eisen die het Hof onder artikel 13 EVRM stelt in het kader van de asielprocedure leiden dus tot een verruiming van de 6 EVRM-eisen op een terrein waar artikel 6 EVRM eigenlijk van oorsprong niet van toepassing is in de visie van het Hof.³⁰³

vi. Zelfstandige toepassing artikel 13 EVRM in asielprocedures

In sommige zaken toetst het Hof de asielprocedure alleen onder artikel 13 EVRM, en gaat het daarbij niet meer in op de vraag of de eventuele uitzetting strijd oplevert met artikel 3 EVRM.³⁰⁴ De zelfstandige behandeling onder artikel 13 EVRM is illustratief voor het belang dat het Hof hecht aan een zorgvuldige nationale asielprocedure en effectieve rechtsbescherming in de nationale procedure. In deze zaken was via een *interim measure* van het Hof uitzetting

²⁹⁹ Zie par. 128 van de uitspraak.

³⁰⁰ Ook later in de zaak *Sharifi e.a. t. Italië en Griekenland*. De overeenkomsten en verschillen zijn uiteengezet door Battjes in zijn noot bij deze uitspraak: EHRM 21 oktober 2014, EHRC 2015, 30, m.nt. A.J.Th. Woltjer, JV 2014, 365, m.nt. H. Battjes (*Sharifi e.a. t. Italië en Griekenland*).

³⁰¹ Opnieuw Reneman onder punt 2 bij: EHRM 18 januari 2013, EHRC 2013, 7, m.nt. A.M. Reneman (*Singh e.a. t. België*).

³⁰² Zie overigens voor het toepassen van artikel 6 EVRM over de band van artikel 13 EVRM in een zaak waarin artikel 8 EVRM werd ingeroepen hoofdstuk 6.

³⁰³ Zie in dit kader ook: EHRM 10 januari 2012, AB 2012, 31, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*G.R. t. Nederland*), en zie hoofdstuk 6.

³⁰⁴ Zo stelt Reneman in haar noot (onder punt 2) bij: EHRM 18 januari 2013, EHRC 2013, 7, m.nt. A.M. Reneman (*Singh e.a. t. België*), en zie ook de verwijzing naar: EHRM 26 april 2007, EHRC 2007, 75, m.nt. A.J.Th. Woltjer, JV 2007, 252, m.nt. T.P. Spijkerboer, NAV 2007, 29, m.nt. A.M. Reneman, RV 2007, 67, m.nt. H. Battjes (*Gebremedhin t. Frankrijk*).

voorkomen, en hadden de asielzoekers een asielstatus verkregen.³⁰⁵ Dit neemt de noodzaak om aan artikel 3 EVRM te toetsen weg. Heel consistent is het Hof niet op dit punt: in de zaak *Singh e.a.*³⁰⁶ onderzoekt het Hof de eventuele strijdigheid van een uitzetting met artikel 3 EVRM niet nader zelf, hoewel de klagers in casu nog geen asielstatus hebben gekregen. De reden hiervoor is dat de authenticiteit van belangrijke bewijsstukken nog niet vaststond en het Hof op dit punt een taak voor de Belgische autoriteiten ziet weggelegd.³⁰⁷ Dit is wel in lijn met het subsidiariteitsbeginsel. De nationale autoriteiten zijn tenslotte de primaire mensenrechtenbeschermers.

Ook in de latere zaak *A.D. e.a. tegen Turkije*³⁰⁸ behandelt het Hof de klachten over de nationale asielprocedure zelfstandig onder artikel 13 EVRM, zonder daarbij ook nog de klacht onder artikel 3 EVRM te behandelen. Ten tijde van de klachtbehandeling voor het EHRM dreigt geen uitzetting meer voor klagers, hetgeen tot niet-ontvankelijkheid van de klacht onder artikel 2 en 3 EVRM leidt. Toch hoeft dit er nog niet automatisch toe te leiden dat de klacht niet alsnog onder artikel 13 EVRM behandeld kan worden.³⁰⁹ Volgens Reneman vindt de zelfstandige behandeling van de klacht onder artikel 13 EVRM vaak plaats in zaken waarin geen rechtsmiddel met automatisch schorsende werking voor handen is, en een uitzetting zonder voorafgaand onderzoek dus per definitie tot een schending van artikel 13 EVRM leidt. Een daarna toegekende verblijfsvergunning brengt hier geen verandering in. Het geschil richt zich dan op de ontbrekende automatische schorsende werking. Artikel 13 EVRM kan dus ook zelfstandig procedurele verplichtingen voor de Staten met zich brengen.

Resumerend: aan de hand van een zestal thema's is in deze paragraaf ingegaan op de toepassing van de procedurele eisen door het EHRM in asielzaken waarin artikel 3 EVRM en/of artikel 13 EVRM een rol spelen/speelt. De invulling van het grondige onderzoek onder voormelde artikelen is zaaksgebonden. Wel kunnen factoren als de 'onomkeerbare schade' en het behoren tot een kwetsbare groep zowel de verplichtingen voor de nationale autoriteiten activeren als aanscherpen. Bovendien kan ook artikel 13 EVRM zelfstandig verplichtingen met zich brengen, zelfs in de gevallen waarin de klacht onder 3 EVRM niet langer bestaat (doordat er inmiddels een verblijfsvergunning is verleend). Over de band van artikel 13 EVRM, en in combinatie met 3 EVRM heeft het Hof verder in sommige gevallen 6 EVRM-eisen toegepast in asielzaken. Dit betekent een verruiming van het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM op een terrein waar

³⁰⁵ Zie onder punt 2 van de noot.

³⁰⁶ EHRM 18 januari 2013, EHRC 2013, 7, m.nt. A.M. Reneman (*Singh e.a. t. België*).

³⁰⁷ Zo stelt Reneman.

³⁰⁸ EHRM 22 juli 2014, JV 2014, 319, m.nt. A.M. Reneman (*A.D. e.a. t. Turkije*).

³⁰⁹ EHRM 22 juli 2014, JV 2014, 319, m.nt. A.M. Reneman, par. 86 (*A.D. e.a. t. Turkije*). In casu heeft het Hof een zevental procedurele tekortkomingen geconstateerd in de nationale asielprocedure (zie par. 97-104 van de uitspraak).

dit artikel eigenlijk is uitgesloten. Bovendien kan ook de fase worden uitgebreid. Artikel 6 EVRM blijft dan niet langer beperkt tot de fase voor de rechter, maar kan ook al gelden in de uitvoerende/aanvraagfase.

5.5 DE PROCEDURELE WAARBORGEN VAN ARTIKEL 3 EVRM IN RELATIE TOT DE ARTIKELN 6 EN 13 EVRM EN DE MOGELIJKE TOEGEVOEGDE WAARDE

Onder artikel 3 EVRM zelfstandig, en in combinatie met artikel 13 EVRM heeft het Hof een veelvoud aan procedurele verplichtingen geformuleerd.

Om te beginnen rust op de nationale autoriteiten de plicht om, net als onder artikel 2 EVRM, een onderzoek te starten naar een vermeende foltering of vernederende/onmenselijke behandeling. In essentie ziet deze ‘gewone’ onderzoeksverplichting op het realiseren van artikel 3 EVRM. Bovendien overlappen sommige van de afzonderlijke eisen van de 3 EVRM-onderzoeksplicht, net als onder artikel 2 EVRM, met de eisen van artikel 6 EVRM. Toch vinden we de onderzoeksplicht als zodanig niet terug in laatstgenoemd artikel. Bovendien is de uitleg van het onafhankelijkheidsvereiste als onderdeel van de onderzoeksplicht onder artikel 2 EVRM anders dan de toepassing van dit vereiste onder artikel 6 EVRM, zo volgt uit de in het vorige hoofdstuk uitvoerig besproken Grote Kamer uitspraak *Tunç en Tunç*.³¹⁰ Het EHRM koos in deze zaak voor een holistische benadering, waarbij niet in absolute zin aan het onafhankelijkheidsvereiste hoeft te zijn voldaan (zoals bij artikel 6 EVRM het geval is). Het ligt in de lijn der verwachting dat het onafhankelijkheidsvereiste als onderdeel van de onderzoeksplicht behorend bij artikel 3 EVRM ook op deze manier door het Hof wordt toegepast.

Verder kleurt artikel 3 EVRM ook artikel 13 EVRM. De combinatie van deze artikelen brengt ook de verplichting met zich om een effectief onderzoek te starten naar een potentieel met artikel 3 EVRM strijdige gebeurtenis. Daarnaast is het Hof niet heel eenduidig ten aanzien van de vraag of artikel 13 EVRM en de procedurele bescherming onder artikel 3 EVRM inwisselbaar zijn, of dat zij toch op zichzelf staan. Zo zijn er zaken waarin het Hof niet apart de klacht onder artikel 13 EVRM behandelt, wanneer het al tot een procedurele schending onder artikel 3 EVRM concludeerde en zaken waarin het dit wel doet.³¹¹

Het EHRM heeft daarnaast in asielzaken onder artikel 3 EVRM zelfstandig en in combinatie met artikel 13 EVRM de verplichting geformuleerd om een

310 EHRM 14 april 2015, *EHRC* 2015, 150, m.nt. J.H. Gerards (Grote Kamer) (*Mustafa Tunç en Fecire Tunç t. Turkije*). Zie paragraaf 4.4 van hoofdstuk 4. Zie ook het jaarverslag van het Hof van 2015, digitaal te raadplegen en Nussberger 2017, hoofdstuk 7.

311 Brems 2013, p. 156-158. Onder verwijzing naar Grabenwarter (Grabenwarter 2014, p. 335) is in het vorige hoofdstuk opgemerkt dat de verplichtingen onder artikel 13 EVRM verstrekender zijn dan de verplichtingen onder artikel 2 EVRM, en dat een schending van artikel 2 EVRM dus een schending van artikel 13 EVRM impliceert. Wellicht dat dezelfde redenering opgaat onder artikel 3 EVRM. Bij Grabenwarter is hier overigens niets over te lezen.

grondig onderzoek te doen naar de claim van de asielzoeker dat uitzetting naar het land van herkomst in strijd is met artikel 3 EVRM.³¹² Onder de combinatie van deze artikelen gelden ook procedurele eisen voor de inrichting van de asielprocedure.

Zijn de procedurele verplichtingen onder artikel 3 EVRM van toegevoegde waarde ten opzichte van de procedurele eisen van de artikelen 6 en 13 EVRM?

Ten aanzien van artikel 6 EVRM kan het volgende worden opgemerkt. De plicht tot het doen van een grondig onderzoek in de standaard 3 EVRM-zaken is niet aanwezig onder het recht op een eerlijk proces en is daarom van toegevoegde waarde. Net als onder artikel 2 EVRM, levert de onderzoeksverplichting onder het folterverbod nieuwe procedurele verplichtingen op waarbij de feiten een belangrijke rol spelen in de toepassing.

In uitzettingszaken geldt onder artikel 3 EVRM zelfstandig en in combinatie met artikel 13 EVRM de plicht voor de nationale autoriteiten om het relaas van de asielzoeker aan een grondige toets te onderwerpen. Wanneer we deze plicht, en de in dit kader geformuleerde eisen, afzetten tegen de procedurele plichten van artikel 6 EVRM geldt het volgende. In de eerste plaats is de overkoepelende procedurele onderzoeksplicht ex artikel 3 EVRM (en in combinatie met artikel 13 EVRM) én in de (bestuurlijke) voorfase én in de fase voor de rechter zelf van toepassing. In de tweede plaats neemt het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM toe. Over de band van artikel 3 EVRM alleen, en meer nog in combinatie met artikel 13 EVRM (de eisen van de inrichting van de asielprocedure) en onder artikel 13 EVRM zelfstandig³¹³ worden typische 6 EVRM-eisen relevant voor het vreemdelingenrecht. Hierbij valt te denken aan het bieden van rechtsbijstand, een toegankelijke procedure, een redelijke duur van de asielprocedure, het horen van de asielzoeker en het motiveren van beslissingen. In dit opzicht zijn de procedurele eisen van artikel 3 EVRM, en in combinatie met artikel 13 EVRM (of zelfstandig), van toegevoegde waarde ten opzichte van de procedurele eisen van artikel 6 EVRM. Het zijn andersoortige verplichtingen, en zowel de fase als het rechtsterrein van de 6 EVRM-verplichtingen wordt uitgebreid. Hierbij moet echter nog wel de volgende kanttekening worden geplaatst. Met de inwerkingtreding van het Handvest heeft de rechtszoekende op grond van artikel 47 recht op een doeltreffende voorziening in rechte en een onpartijdig gerecht. Dit artikel is een codificatie van de artikelen 13 en 6 EVRM. Anders dan artikel 6 EVRM is artikel 47 van het Handvest wel van toepassing op vreemdelingenzaken. Over de band van dit artikel zijn de 6 en 13 EVRM-waar-

³¹² Zie paragraaf 5.4.

³¹³ Zie onder vi. van paragraaf 5.4.

borgen dan dus ook van toepassing in dit type zaken, mits deze zien op EU-verblijfskwesties.³¹⁴

Op een aantal punten zijn de 3 EVRM-procedurele waarborgen in uitzettingszaken ook van toegevoegde waarde ten opzichte van artikel 13 EVRM. Ondanks het gegeven dat onder beide artikelen in asielzaken een vergelijkbare toets (i.e. grondig onderzoek van geloofwaardigheid) plaatsvindt. Toch laat dit onverlet dat artikel 13 EVRM wel onder invloed van het materiële artikel 3 EVRM de procedurele verplichting tot het doen van een grondig onderzoek in uitzettingszaken met zich brengt. Bovendien verlangt artikel 13 EVRM in 3 EVRM-uitzettingszaken een rechtsmiddel met automatisch schorsende werking. Dit zijn op zichzelf staande vereisten, die onder invloed van artikel 3 EVRM onder artikel 13 EVRM tot stand zijn gekomen. De inhoud van de 3 EVRM-klacht maakt dat een automatisch schorsende werking van het rechtsmiddel nodig is, omdat de kern van het geschil is gericht tegen de uitzetting. Daarnaast brengt artikel 13 EVRM onder invloed van artikel 3 EVRM verplichtingen met zich die zien op de asielprocedure. Hiermee wordt artikel 13 EVRM al van belang in de fase *voordat* er een besluit is genomen en in de verlengde besluitvorming. Deze laatste twee verplichtingen zijn van toegevoegde waarde ten opzichte van artikel 13 EVRM. Onder invloed van artikel 3 EVRM wordt de fase verruimd en moet het ingestelde rechtsmiddel het besluit *automatisch* schorsen.

Net als onder artikel 2 EVRM is opgemerkt in het kader van de gewone onderzoeksplicht, geldt ook onder 3 EVRM dat de toegevoegde waarde van deze plicht ten opzichte van artikel 13 EVRM genuanceerd ligt. Artikel 13 EVRM alleen verlangt geen effectief onderzoek, maar een tekortschietend onderzoek onder artikel 3 EVRM kan ook nadelige implicaties (ten aanzien van bewijs en daarmee een schadevergoedingsclaim) hebben voor de effectiviteit van artikel 13 EVRM.³¹⁵

5.6 DE PROCEDURELE WAARBORGEN: BESLUITVORMINGSFASE EN/OF RECHTERLIJKE FASE

Onder artikel 3 EVRM zijn twee type onderzoeksverplichtingen voor de Staat geformuleerd. De eerste plicht ziet op de ‘gewone’ onderzoeksplicht waarbij op de nationale autoriteiten de plicht rust om een onderzoek te starten naar de vermeende met artikel 3 EVRM strijdige gebeurtenis, om de verantwoordelij-

314 Zie over de uitzetting op basis van geheime informatie en het artikel 47 HvEU-vereiste op grond waarvan de belangrijkste redenen om een EU-burger te beperken in zijn recht op vrij verkeer van personen toegankelijk moeten zijn: Reneman 2014. Zie voor de relatie tot de EHRM-jurisprudentie (en dan vooral artikel 6 EVRM) op p. 75 e.v.

315 Vgl. ook Nussberger 2017 en EHRM 15 maart 2011, zaaknr. 39414/06, par. 50 (*Serdar Güzel t. Turkije*).

ken op te sporen en eventueel te bestraffen/verantwoordelijk te houden. De tweede plicht ziet op de taak voor de nationale autoriteiten om in asielzaken onder artikel 3 EVRM zelfstandig en in combinatie met artikel 13 EVRM een grondig en zorgvuldig onderzoek te doen. Kenmerkend voor de ‘gewone’ onderzoeksplicht is dat het voorwerp van het onderzoek in het verleden ligt: de gebeurtenis heeft zich reeds voorgedaan. Anders is dit voor de onderzoeksplicht in asielzaken nu het hier gaat om het reële toekomstige risico op een vermeende met artikel 3 EVRM strijdige behandeling in het land waarnaar wordt uitgezet.

In de meeste gevallen zal de ‘gewone’ onderzoeksplicht onder artikel 3 EVRM, net als onder artikel 2 EVRM, in de praktijk in handen zijn van de uitvoerende autoriteiten van de Staat. Gelet op de soms benodigde expertise ligt het ook voor de hand dat de uitvoerende autoriteiten met dit onderzoek zijn belast. Echter, de plicht blijft niet beperkt tot deze autoriteiten: ook op de rechterlijke autoriteit rust een onderzoeksverplichting.³¹⁶

Ook de onderzoeksverplichting in asielzaken onder artikel 3 EVRM en in combinatie met artikel 13 EVRM richt zich zowel tot de uitvoerende als rechterlijke autoriteit van de Staat. Toch lijkt opnieuw vooral voor de uitvoerende autoriteit een belangrijke rol en taak te zijn weggelegd. Het zijn immers de migratieautoriteiten van de Staat die de asielaanvraag behandelen en de asielzoeker horen/ondervragen en de 3 EVRM-claim van de asielzoeker te onderzoeken. Dit kan dan onder meer betekenen dat de uitvoerende autoriteit het overgelegde bewijsmateriaal moet verifiëren, en eventueel deskundigen(rapporten) moet raadplegen. Daarnaast is het ook aan de nationale rechter om de verdedigbare claim van de asielzoeker grondig te onderzoeken. Een nalaten hiervan kan reden zijn voor het Hof om zelf de 3 EVRM-claim op EVRM conformiteit te beoordelen.³¹⁷

In asielzaken gelden daarnaast diverse verplichtingen die zien op de inrichting van de asielprocedure. Waar het gaat om het informeren van de asielzoeker en het beschikbaar stellen van een tolk, richten deze eisen zich in de nationale procedure toch vooral tot de uitvoerende autoriteit van de Staat. De asielprocedure (inclusief de asielaanvraag) is immers de primaire verantwoordelijkheid van de migratieautoriteiten van de Staat. De vereisten die zien op het voldoende tijd gunnen aan de asielzoeker om beroep in te stellen en de beschikbaarheid van een rechtsmiddel met automatische schorsende werking kunnen zich zowel richten tot de uitvoerende (bestuurlijke voor)fase als de rechterlijke fase.

³¹⁶ White & Ovey 2014, p. 194.

³¹⁷ Zie ook par. 118 in: EHRM 15 oktober 2015, EHRC 2016, 9, m.nt. M. den Heijer (*L.M. e.a. t. Rusland*).

5.7 CONCLUSIE

Artikel 3 EVRM brengt een veelheid aan procedurele verplichtingen voor de nationale autoriteiten met zich. Net als onder artikel 2 EVRM, rust ook onder het folterverbod op de Staat de 'gewone' procedurele verplichting om een vermeende met artikel 3 EVRM strijdige gebeurtenis achteraf aan een grondig onderzoek te onderwerpen. Ook onder artikel 3 EVRM moet het onderzoek onafhankelijk worden uitgevoerd en dienen de verantwoordelijken te worden geïdentificeerd. Daarnaast moet het onderzoek voortvarend van start gaan en mag het niet onredelijk lang duren. Tot slot moet de klager, of zijn familie, in voldoende mate bij (de voortgang van) het onderzoek worden betrokken. Deze afzonderlijke eisen waaraan het onderzoek dient te voldoen om als effectief te worden gekwalificeerd kunnen dienen als handvat. De inhoud van de zaak zelf is uiteindelijk het meest bepalend voor de uitkomst. Opnieuw geldt onder artikel 3 EVRM dus dat de invulling van wat als een effectief onderzoek kwalificeert sterk afhankelijk is van de feiten. Deze casuïstische en enorm omvangrijke jurisprudentie maakt het lastig om algemene conclusies te trekken.

In asielzaken heeft het EHRM bepaald dat onder artikel 3 EVRM zelfstandig en in combinatie met artikel 13 EVRM op de nationale uitvoerende en rechterlijke autoriteiten de plicht rust om voorafgaand aan een voorgenomen uitzetting een grondig onderzoek te doen naar de claim van de asielzoeker. De asielzoeker stelt niet te kunnen wordt uitgezet vanwege het reële risico dat hij loopt op een 'ill-treatment'. Nu in beide gevallen zowel de uitvoerende als de rechterlijke autoriteit belast is met deze verplichting, doet het onderscheid tussen de onderzoeksplicht onder artikel 3 EVRM en de plicht onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM wat kunstmatig aan. Bovendien is onder artikel 13 EVRM de verdedigbaarheid van de materiële EVRM-claim een vereiste om ontvankelijk te worden verklaard. Onder artikel 3 EVRM moet klager de klacht voldoende substantiëren, voordat de Staat aan zet is om elke bestaande twijfel over de klacht weg te nemen. Een verdedigbare claim impliceert tenslotte dat de claim voldoende is onderbouwd.

De omvang van de procedurele plicht tot het doen van een grondig onderzoek naar de 3 EVRM-claim van de asielzoeker wordt gevormd door de toets van de geloofwaardigheid van het asielrelaas en de concrete stappen die de nationale autoriteiten vervolgens dienen te nemen. Bij deze concrete stappen kan het dan in sommige gevallen gaan om het verlagen van de bewijslast, of het nemen van meer procedurele (en/of materiële) maatregelen in het geval dat het gaat om minderjarige kwetsbare asielzoekers en het doen van een *ex nunc*-toets. Toch blijven ook hier de feiten van de zaak het meest bepalend voor de concrete invulling van de geloofwaardigheidstoets in het specifieke geval. Dit maakt het dus opnieuw moeilijk om meer algemene conclusies te trekken ten aanzien van de invulling van deze geloofwaardigheidstoets. Toch

kunnen er wel aanknopingspunten voor de invulling van deze toets worden gevonden in de ratio van de plicht tot het doen van een grondig onderzoek naar de 3 EVRM-claim van de asielzoeker.

Zo is om te beginnen de onomkeerbaarheid van de eventuele schade in het geval van een onterechte uitzetting reden voor het Hof om van de Staat te verlangen dat voorafgaand aan de uitzetting een grondig onderzoek plaatsvindt. Deze onomkeerbare eventuele schade kan voor de nationale autoriteiten fungeren als een alarmbel om extra procedurele stappen te zetten. In dit geval door een grondig onderzoek naar de claim te starten en dus de geloofwaardigheid van het relaas te toetsen. Ook de absolute en fundamentele aard van het recht, en daarmee de per definitie ernstige gevolgen in het geval van een aantasting, zijn reden voor het Hof om de procedurele plichten aan te scherpen. Daarnaast dienen zij de Staat te alarmeren om procedureel zorvuldig(er) te werk te gaan. De bijzondere bescherming die het Hof verlangt van de Staat in de gevallen waarin het gaat om personen behorend tot een kwetsbare groep, fungeert opnieuw zowel als ratio als alarmbel voor de nationale autoriteiten. Nu het gaat om kwetsbare personen die bijzondere bescherming verdienen, kan het Hof de Staat verplichten tot het verrichten van extra procedurele (of materiële) handelingen, of onderzoek. Het voorgaande kan ertoe leiden dat de Staat minder bewijs mag verlangen van een asielzoeker, of zich extra moet inspannen om de overgelegde bewijsmiddelen van de asielzoeker te verifiëren.

Onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM heeft het Hof bovendien eisen geformuleerd die zien op de inrichting van de nationale asielprocedure. Hierbij kan het dan gaan om een toegankelijke procedure, het horen van de betrokkenen en het bieden van rechtsbijstand. Een aantal van deze eisen vertoont overeenkomsten met artikel 6 EVRM, en dus kunnen onder omstandigheden sommige artikel 6 EVRM-eisen van toepassing zijn op de nationale asielprocedure. Dit is opmerkelijk omdat, zoals bekend, artikel 6 EVRM in beginsel alleen in de rechterlijke fase speelt en bovendien in principe niet van toepassing is in vreemdelingenzaken. Ook over de band van artikel 13 EVRM zelfstandig kan het Hof soms impliciet een 6 EVRM-eis toepassen in een asielzaak. Het Hof kan dit doen door de 6 EVRM-klacht die ziet op het afwezige horen bij een nieuwe aanvraag als een 13 EVRM-klacht aan te merken. Dit brengt extra procedurele waakzaamheid voor de nationale autoriteiten met zich. Artikel 6 EVRM kan dan niet alleen al in de uitvoerende fase gelden en zelfs voordat een besluit is genomen (verruiming van artikel 13 EVRM): onder omstandigheden kan het artikel zich ook uitstrekken tot asielzaken. Artikel 13 EVRM kan tot slot zelfstandig procedurele verplichtingen genereren voor de Staat. Ook in de gevallen waarin in principe niet langer een geschil bestaat onder artikel 3 EVRM – bijvoorbeeld omdat een verblijfsvergunning is verleend, kan het Hof alsnog ingaan op het 13 EVRM-vereiste van de aan- of afwezigheid van een nationaal rechtsmiddel dat de uitvoering van het besluit automatisch opschort.

De toegevoegde waarde van deze procedurele waarborgen onder artikel 3 EVRM zelfstandig of in combinatie met artikel 13 EVRM in asielzaken, inclusief de asielprocedure, is evident. De verplichtingen die nu ook in asielzaken gelden, golden niet eerder onder artikel 6 EVRM. Hiermee zijn de procedurele eisen nieuw, anders en van toepassing op de (bestuurlijke) voorfase. Onder artikel 6 EVRM geldt immers geen plicht tot het houden van een grondig onderzoek naar de artikel 3 EVRM-claim, en al helemaal niet in asielzaken. Evenmin geldt onder artikel 6 EVRM de 'gewone' onderzoeksplicht van artikel 3 EVRM. Hoewel het onderscheid tussen de plicht tot het doen van een grondig onderzoek in asielzaken onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM en onder artikel 3 EVRM zelfstandig soms wat kunstmatig aandoet, laat dit onverlet dat onder invloed van het folterverbod artikel 13 EVRM een andere uitleg heeft gekregen. In artikel 3 EVRM-uitzettingzaken dient het rechtsmiddel het besluit namelijk automatisch te schorsen. Bovendien hebben de eisen die zien op de toegankelijkheid van de asielprocedure tot gevolg dat artikel 13 EVRM al voorafgaand aan een besluit op de asielaanvraag aan de orde kan zijn.

Tot besluit: in dit hoofdstuk is duidelijk geworden dat artikel 3 EVRM veel meer omvat dan een negatieve onthoudingsverplichting voor de Staat om niet te folteren. Onder artikel 3 EVRM gelden zowel materiële als procedurele positieve verplichtingen. Op de laatste categorie is in dit hoofdstuk uitgebreid ingegaan. Niet alleen rust op de autoriteiten een met artikel 2 EVRM vergelijkbare onderzoekplicht, maar juist ook in asielzaken heeft het Hof veel procedurele verplichtingen voor de nationale autoriteiten geformuleerd. Het is van belang voor de Staat om op de hoogte te zijn van het moment waarop deze plicht wordt geactiveerd, en daarnaast van de omvang van de plicht. Zo is het aan de asielzoeker om zijn 3 EVRM-claim voldoende te onderbouwen met bewijs, en vervolgens zijn de nationale autoriteiten aan zet om elke bestaande twijfel hierover weg te nemen. Verder zijn de dreigende onomkeerbare schade, het feit dat het gaat om personen behorend tot een kwetsbare groep en het fundamentele en absolute karakter van artikel 3 EVRM redenen voor het Hof om de eisen aan te scherpen. Ook op nationaal niveau kan en moet hier dus al op worden geanticipeerd. Wachten totdat een klager zich tot Straatsburg wendt, is inefficiënt en in strijd met het Verdrag. Bovendien is dit niet in lijn met het subsidiariteitsbeginsel, waarbij het primair aan de Staat is om de (mensen)rechten van het individu te beschermen en – waar mogelijk – te verzekeren.

6 | De procedurele waarborgen van artikel 8 EVRM

6.1 INLEIDING

De centrale vraag van dit hoofdstuk luidt: welke procedurele waarborgen heeft het EHRM ingelezen in artikel 8 EVRM? Conform de eerdere hoofdstukken wordt ook in dit hoofdstuk bezien in hoeverre deze procedurele eisen van toegevoegde waarde zijn ten aanzien van de procedurele eisen van de artikelen 6 en 13 EVRM.

Om deze vragen te beantwoorden zal worden ingegaan op het volgende. Anders dan de absolute rechten in de artikelen 2 en 3 EVRM, mag het in artikel 8 EVRM neergelegde recht op privé- en familielevens wel worden beperkt. Mits deze beperking voldoet aan de in het tweede lid genoemde criteria. Heeft deze beperkingsmogelijkheid consequenties voor de procedurele eisen die het Hof onder artikel 8 EVRM inleest? Is het Hof strenger ten aanzien van de procedurele eisen die het onder de absolute rechten als het recht op leven en het folterverbod formuleerde? Hoe verhoudt de ruime *margin of appreciation* zich tot de procedurele eisen van artikel 8 EVRM? Wat is de reden voor het Hof om procedurele eisen te formuleren? Is de toets aan deze procedurele eisen vooral afhankelijk van de omstandigheden van het geval? Of kunnen ook meer algemene toepasbare principes worden afgeleid uit de EHRM-jurisprudentie? Verder kan artikel 8 EVRM een rol spelen in gezinsherenigingszaken en uitzettingszaken: gelden hier ook procedurele verplichtingen? En zo ja, vertonen deze verplichtingen overeenkomsten met de procedurele waarborgen van artikel 6 EVRM? Hoe verhoudt dit zich dan tot de principiële uitsluiting van artikel 6 EVRM op het vreemdelingenrecht?

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Allereerst volgt de achtergrond van artikel 8 EVRM (paragraaf 6.2). Ten tweede volgt het zwaartepunt van dit hoofdstuk waarin ik aan de hand van een zestal materiële rechtsterreinen de ‘proceduralisering’ van artikel 8 EVRM uiteenzet (paragraaf 6.3). Ten derde ga ik in op artikel 8 EVRM in relatie tot artikel 6 en 13 EVRM (paragraaf 6.4), gevolgd door de beantwoording van de vraag tot welke nationale actor de procedurele plichten zich *de facto* richten (paragraaf 6.5) en de conclusie (paragraaf 6.6). In lijn met de vorige hoofdstukken zal ook in dit hoofdstuk, waar mogelijk, een verband worden gelegd met de procedurele eisen van de artikelen 6 en 13 EVRM, de artikelen 2 en 3 EVRM en artikel 1 EP EVRM.

6.2 ACHTERGROND ARTIKEL 8 EVRM

6.2.1 Het recht op respect voor het privé-, familie-, en gezinsleven

Artikel 8 EVRM omvat het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven. De omvang (*scope*) van de door dit artikel beschermde rechten is ruim.¹ Onder voormeld recht vallen ook veel moreel gevoelige kwesties,² zoals het huwelijk tussen dezelfde seksen, of adoptie door een koppel van dezelfde seksen, en ook euthanasie en abortus. Gelet op de essentie van dit onderzoek, geef ik in het hierna volgende echter geen volledige weergave van de diverse (gevoelige) onderwerpen die onder artikel 8 EVRM een rol kunnen spelen. Voor zover relevant voor dit onderzoek, komen deze kwesties wel aan de orde in het kader van de procedurele eisen van artikel 8 EVRM.³

De tekst van artikel 8 EVRM luidt als volgt:

‘1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.

2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.’

In het eerste lid is te lezen dat een ieder, naast het zojuist al genoemde recht dat een ieder toekomt op respect voor zijn privéleven en familie- en gezinsleven, recht heeft op respect voor zijn woning en correspondentie. In de jurisprudentie van het Hof zijn deze afzonderlijke deelaspecten van het overkoepelende recht op eerbied voor het privé-, en familie- en gezinsleven verder ingevuld.⁴ Deze deelaspecten hebben een autonome betekenis en zijn hiermee dus niet afhankelijk van de kwalificatie naar nationaal recht.⁵

Het tweede lid van artikel 8 EVRM geeft de voorwaarden en de legitieme beperkingsgronden op grond waarvan een inmenging in het recht op privacy eventueel gerechtvaardigd kan zijn.⁶ Aan de hand van een toets aan drie

1 Harris e.a. 2014, p. 522; Van de Lanotte & Haeck 2004, p. 729 e.v.

2 Zie o.m. de Leidse dissertatie van Nelleke Koffeman over moreel gevoelige onderwerpen en grensoverschrijdend verkeer binnen de EU. Koffeman 2015 (voor artikel 8 EVRM, i.h.b. p. 347 e.v.)

3 Zie paragraaf 6.3.

4 Zie hierover onder meer de volgende handboeken: Schabas 2015, p. 358 e.v.; White & Ovey 2014, p. 334-360 (family life) en p. 361-410 (private life, the home and correspondence); Harris e.a. 2014, p. 522 e.v. en Van Dijk e.a. 2006, p. 663-750.

5 Harris e.a. 2014, p. 522.

6 Zie in meer algemene zin over de beperking van niet-absolute rechten: Gerards 2011a, p. 112-166.

cumulatieve voorwaarden wordt bepaald of de beperking van het recht gerechtvaardigd is of niet.⁷ Ten eerste moet zijn voldaan aan het vereiste 'bij wet voorzien' (het *lawfulness* vereiste). Een beperking van het recht op privacy vereist een wettelijke basis in het nationale recht. Ten tweede – hoewel de opbouw van het tweede lid anders doet vermoeden – moet de beperking een 'legitiem doel' dienen. Deze doelen zijn: de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Ten derde moet de beperking 'noodzakelijk in een democratische samenleving' zijn.⁸ Dit vereiste bestaat uit de volgende twee componenten: 'a pressing social need', oftewel een dwingende maatschappelijke behoefte en daarnaast moet de beperking 'evenredig' zijn.⁹ Dit laatste ziet op de proportionaliteitstoets.¹⁰ De inbreuk makende maatregel dient in een evenredige verhouding te staan tot het legitieme doel. Onderdeel van deze proportionaliteitstoets is ook de vraag of niet een minder vergaande maatregel kon worden getroffen. Het gaat dan om de vraag naar de subsidiariteit van de maatregel.¹¹

6.2.2 Positieve verplichtingen onder artikel 8 EVRM: de materiële component

Zoals onder veel EVRM-rechten rusten ook onder artikel 8 EVRM positieve verplichtingen op de Staat.¹² Van belang in dit kader is de zaak *Marckx*.¹³ In deze zaak werd naar Belgisch recht een onderscheid gemaakt tussen wettige en onwettige kinderen, en dit had tot gevolg dat tussen een moeder en haar dochter de familierechtelijke banden ontbraken. Dit was van invloed op hun erfrechtelijke positie.¹⁴ In de onderhavige zaak expliciteert het Hof vervolgens de positieve verplichtingen onder 8 EVRM:

7 Vgl. ook over de beperking van de rechten in de artikelen 8 tot en met 11 van het EVRM: Harris e.a. 2014, p. 503-521; White & Ovey 2014, p. 307-333.

8 Zie Gerards (Gerards 2011a) op respectievelijk: p. 112 e.v., p. 132 e.v. en p. 140 e.v.

9 Gerards 2011a, p. 144 e.v.

10 In de literatuur is deze toets in drie delen opgedeeld, is de maatregel geschikt, noodzakelijk en proportioneel *stricto sensu*, zie: Den Houdijker 2012.

11 Gerards 2011a, p. 144 e.v.

12 Vgl. ook Lavrysen 2016.

13 EHRM 13 juni 1979, zaaknr. 6833/74 (Grote Kamer) (*Marckx t. België*). Hoewel het in deze zaak gaat om een positieve verplichtingen in het kader van de bescherming van 'family life', geldt deze verplichting ook in het kader van de bescherming van 'private life' (EHRM 4 december 2007, EHRC 2008, 13, m.nt. E. Brems, NJ 2008, 363, m.nt. E.A. Alkema, NJCM-bull. 2008, 3, p. 293, m.nt. A.C. Hendriks & F.M.J. den Houdijker, par. 70 (Grote Kamer) (*Dickson t. Verenigd Koninkrijk*) onder 8 EVRM.

14 Van der Velde 2009, p. 1.

‘This means, amongst other things, that when the State determines in its domestic legal system the regime applicable to certain family ties such as those between an unmarried mother and her child, it must act in a manner calculated to allow those concerned to lead a normal family life. As envisaged by Article 8, respect for family life implies in particular, in the Court’s view, *the existence in domestic law of legal safeguards* that render possible as from the moment of birth the child’s integration in his family [cursivering: TdJ].’¹⁵

De eerste positieve verplichting die het Hof in deze zaak formuleerde ziet dus op de verplichting om in het nationale recht te voorzien in een ‘legislative and administrative framework’.¹⁶ Met behulp van dit wettelijke en bestuurlijke kader kunnen de rechten van artikel 8 EVRM worden gerealiseerd. In de milieu-context is over deze verplichting ook nog opgemerkt dat met deze regelgeving een effectieve bescherming dient te worden geboden tegen de risico’s waarvan de overheid wist of had moeten weten.¹⁷ In de tweede plaats zien de positieve verplichtingen onder artikel 8 EVRM op de verplichting om maatregelen te nemen om te voorkomen dat burgers onderling inbreuk maken op elkaars rechten zoals beschermd door artikel 8 EVRM.¹⁸ De positieve verplichtingen rusten dus ook op de Staat in kwesties waarin de horizontale rechtsverhouding centraal staat. Dit zagen we eerder onder de artikelen 2 en 3 EVRM.

Nu duidelijk is welke positieve verplichtingen het Hof onder artikel 8 EVRM heeft geformuleerd, is het interessant om te kijken hoe invulling wordt gegeven aan deze verplichting en welke factoren daarbij een rol spelen.

In de Grote Kamer uitspraak in de zaak *A, B en C*¹⁹ heeft het Hof overwogen dat het lastig is om precies te duiden wat nu met ‘respect’ voor het privé- en familieleven wordt bedoeld in het geval van de positieve verplichtingen, vanwege de uiteenlopende praktijken en situaties in de Staten met als gevolg dat dit per zaak verschilt.²⁰ Toch biedt het Hof wel enkele aanknopingspunten in de vorm van factoren met behulp waarvan de inhoud van de positieve verplichtingen kan worden bepaald:

‘(...) certain factors have been considered relevant for the assessment of the content of those positive obligations on States. *Some factors concern the applicant*: the importance of the interest at stake and whether “fundamental values” or “essential

15 EHRM 13 juni 1979, zaaknr. 6833/74, par. 31 (Grote Kamer) (*Marckx t. België*). Zie ook: Van der Velde 2009, p. 1-2.

16 Harris e.a. 2014, p. 533.

17 Sanderink 2015b, onder C.5.2. (digitaal geraadpleegd) en de verwijzing naar onder meer: EHRM 16 november 2004, AB 2004, 453, m.nt. T. Barkhuysen, *EHRC* 2005, 12, m.nt. Janssen, *NJ* 2005, 344, m.nt. E. Dommering, par. 56 (*Moreno Gómez t. Spanje*), ter onderbouwing dat de bescherming ‘effective and practical’ dient te zijn.

18 Vgl. o.m.: Harris e.a. 2014, p. 533; Grabenwarter 2014, p. 219 e.v.; White & Ovey 2014, p. 338-339 (family life) en p. 365 (private life).

19 EHRM 16 december 2010, zaaknr. 25579/05 (Grote Kamer) (*A, B en C t. Ierland*).

20 EHRM 16 december 2010, zaaknr. 25579/05, par. 248 (Grote Kamer) (*A, B en C t. Ierland*).

aspects" of private life are in issue; and the impact on an applicant of a discordance between the social reality and the law, the coherence of the administrative and legal practices within the domestic system being regarded as an important factor in the assessment carried out under Article 8. *Some factors concern the position of the State*: whether the alleged obligation is narrow and defined or broad and indeterminate; and the extent of any burden the obligation would impose on the State [cursivering: TdJ].²¹

De hiervoor weergegeven factoren kunnen zowel een rol spelen bij de invulling van de materiële positieve verplichting als de procedurele positieve verplichting. Het belang dat op het spel staat en of het om essentiële aspecten van het privé leven gaat, zijn materieel van aard maar kunnen de aanwezigheid van procedurele waarborgen in het nationale recht verlangen en het belang onderstrepen.²² Bovendien hanteert het Hof hier een *fair balance*-test in plaats van de *reasonable knowledge* test onder de artikelen 2 en 3 EVRM.

De materiële positieve verplichtingen zijn divers,²³ en dit maakt het lastiger om een afgebakende opsomming te geven van dit type verplichtingen.²⁴ Een voorbeeld van een verplichting onder artikel 8 EVRM is de plicht voor de Staat om een vreemdeling toe te laten (en eventueel te laten verblijven) op het grondgebied,²⁵ of om handhavend op te treden tegen geluidshinder.²⁶ Ook het nemen van meer praktische maatregelen is onderdeel van de materiële positieve verplichtingen onder artikel 8 EVRM.²⁷ Onder artikel 8 EVRM geldt verder, naast de plicht om bepaalde verboden gedragingen strafrechtelijk te sanctioneren,²⁸ de (faciliterende) plicht om gedetineerden in de gelegenheid te stellen zich voort te planten.²⁹

De toets aan de positieve verplichting van artikel 8 EVRM ziet, net als bij de negatieve onthoudingsverplichting, op een *fair balance*-toets tussen de

21 EHRM 16 december 2010, zaaknr. 25579/05, par. 248 (Grote Kamer) (*A, B en C t. Ierland*).

22 De wisselwerking tussen de materiële en procedurele aspecten van een zaak werd ook duidelijk in de hoofdstukken 4 en 5, en in het hierna volgende hoofdstuk 7 over artikel 1 EP EVRM.

23 Zie ook hoofdstuk 4 en 5.

24 Zie opnieuw: Gerards 2011a, p. 239.

25 Zo is te lezen bij: White & Ovey 2014, p. 338.

26 EHRM 20 mei 2010, AB 2011, 1, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 63-66 (*Oluic t. Kroatië*).

27 Zo illustreert de volgende zaak: EHRM 28 februari 2012, AB 2012, 314, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2012, 105, m.nt. D.G.J. Sanderink, par. 212 en 216 (*Kolyadenko e.a. t. Rusland*). Zie voor de feiten en de overlap tussen de materiële positieve verplichtingen onder 8 en 2 EVRM, hoofdstuk 4, paragraaf 4.2.2.

28 Zie Grabenwarter 2014 op p. 219 e.v. over de strafrechtelijke sanctionering van verkrachting en seksueel misbruik, waarbij met name minderjarigen en kwetsbare groepen extra moeten worden beschermd.

29 Gerards (Gerards 2011a, p. 239) verwijst naar: EHRM 4 december 2007, EHRC 2008, 13, m.nt. E. Brems, NJ 2008, 363, m.nt. E.A. Alkema, NJCM-bull. 2008, 3, p. 293, m.nt. A.C. Hendriks & F.M.J. den Houdijker (Grote Kamer) (*Dickson t. Verenigd Koninkrijk*).

conflicterende belangen. Hierbij spelen de in het tweede lid genoemde beperkingsvoorwaarden een rol.³⁰ Onder beide type verplichtingen hebben de Staten bovendien een *margin of appreciation*.³¹

6.3 DE PROCEDURELE WAARBORGEN VAN ARTIKEL 8 EVRM

De overkoepelende procedurele kernverplichting onder artikel 8 EVRM ziet op het vereiste van een zorgvuldige nationale besluitvormingsprocedure. Deze kernverplichting bestaat uit diverse procedurele verplichtingen. Zo kan het gaan om de verplichting voor de nationale autoriteiten om de betrokkene tijdig informatie te verschaffen over het te nemen besluit en om de verplichting om de betrokkene te horen of op de hoogte te brengen van de inzet van bepaalde bevoegdheden (notificatieplicht). Daarnaast kan het (vooraf) doen van onderzoek (bijvoorbeeld door deskundigen te raadplegen) onderdeel zijn van een zorgvuldige besluitvormingsprocedure, als ook de aanwezigheid van een rechtsmiddel in het nationale recht. Dit laatste vereiste kan zowel in de (verlengde) besluitvormingsfase een rol spelen, als in de fase voor de rechter.

Minder expliciet verwoord door het Hof, maar niettemin van belang voor het nationale procesrecht, is de verplichting die op de Staat kan rusten om in de nationale belangenafweging rekening te houden met het feit dat het gaat om personen behorend tot een kwetsbare groep of wat in het beste belang van het kind is.

Hoewel de procedurele kernverplichting onder artikel 8 EVRM zich dus vooral concentreert op het nationale besluitvormingsproces, bestaat ten aanzien van sommige verplichtingen overlap met de eisen die gelden in de rechterlijke fase. Zo kan bijvoorbeeld het horen van betrokkenen en het raadplegen van deskundigenrapporten ook, of juist, in de rechterlijke procedure een rol spelen.³²

De hiervoor weergegeven procedurele eisen zijn ontleend aan de jurisprudentie van het Hof over artikel 8 EVRM. Op diverse terreinen is de procedurele ontwikkeling van artikel 8 EVRM aanwezig.³³ Zo heeft het Straatsburgse Hof procedurele waarborgen ontwikkeld in familie- en gezinsgerelateerde zaken.³⁴ Daarnaast heeft het Hof meerdere malen overwogen dat in de gevallen waarin potentieel risico aanwezig is voor de leefomgeving, op de nationale autoriteiten de plicht rust om vooraf onderzoek te doen om eventuele milieu- en gezond-

30 Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 86 en in combinatie met het Handvest (artikelen 7, 8 en 35 en 37); Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 103-104. EHRM 4 december 2007, EHRC 2008, 13, m.nt. E. Brems, *NJ* 2008, 363, m.nt. E.A. Alkema, *NJCM-bull.* 2008, 3, p. 293, m.nt. A.C. Hendriks & F.M.J. den Houdijker, par. 70 (Grote Kamer) (*Dickson t. Verenigd Koninkrijk*).

31 Vgl.: White & Ovey 2014, p. 365; Harris e.a. 2014, p. 504.

32 Zie ook eerder hoofdstuk 2 over artikel 6 en 13 EVRM.

33 Zie: Christoffersen 2009, p. 463 e.v. en Harris e.a. 2014, p. 535.

34 Vgl. o.m.: Forder 2015, onder C.1 (digitaal geraadpleegd).

heidsrisico's in kaart te brengen. Bovendien moeten de betrokken burgers tijdig over besluiten die potentieel van invloed zijn op de gezondheid of anderszins hinder veroorzaken worden geïnformeerd. Ook in zaken waarin groepen mensen worden gedwongen om te verhuizen, denk hierbij aan Roma, heeft het EHRM procedurele eisen gesteld. Zo ook in privacy-kwesties waarbij het om allerlei vormen van toegang tot persoonlijke/vertrouwelijke informatie gaat. Verder heeft het Hof in het kader van de inzet van geheime strafrechtelijke bevoegdheden procedurele waarborgen gecreëerd waaraan de overheid zich dient te houden. Tot slot gelden ook in gezinsvorming- en herenigingszaken procedurele verplichtingen.³⁵

Vanwege het enorme toepassingsbereik van artikel 8 EVRM is het niet haalbaar om een uitputtend overzicht te geven van *alle* terreinen waarop door het Hof procedurele eisen zijn ontwikkeld. Het is dus mogelijk dat ook op andere terreinen die raken aan het privé- en familielevens procedurele eisen gelden.³⁶ Voorgaande terreinen geven echter een goed beeld van de procedurele tendens onder artikel 8 EVRM. De keuze voor een bespreking van de procedurele waarborgen op voornoemde terreinen is zowel gebaseerd op de eerder aangehaalde literatuur als op de keuze om in deze studie in te zoomen op het bestuursrecht. Tegelijkertijd komen ook de procedurele eisen aan bod die gelden op de niet-bestuursrechtelijke terreinen, omdat deze eisen toch illustratief zijn voor de procedurele tendens onder artikel 8 EVRM.³⁷

Het plan van aanpak van deze paragraaf is als volgt. Voor elk terrein/elke categorie zaken afzonderlijk geldt dat ik begin met een bespreking van een belangrijke zaak. Vervolgens zet ik de procedurele plichten per terrein verder uiteen en probeer deze te duiden aan de hand van andere (recente(re)) EHRM-uitspraken. Om te beginnen volgt een weergave van de procedurele eisen in familie gerelateerde zaken (paragraaf 6.3.1), gevolgd door de procedurele condities in milieuzaken (paragraaf 6.3.2). Vervolgens komen de procedurele waarborgen in leefomgevingszaken (paragraaf 6.3.3) en privacy-kwesties (paragraaf 6.3.4) aan bod. Tot slot volgt de procedurele trend in het vreemdelingenrecht (paragraaf 6.3.5) en in het geval van de inzet van strafrechtelijke bevoegdheden (paragraaf 6.3.6).³⁸

35 Zie opnieuw: Christoffersen 2009, p. 463 e.v. en Harris e.a. 2014, p. 535.

36 Hierbij valt te denken aan medische zaken en huiselijk geweld-zaken. In de laatste categorie zaken fungeert artikel 8 EVRM dan als een vangnet voor artikel 2 en/of 3 EVRM. Deze materie is echter strafrechtelijk van aard en valt derhalve buiten het bereik van deze studie.

37 Waarbij de bespreking in relevante handboeken het vertrekpunt vormde (o.m.: Harris e.a. 2014, White & Ovey 2014 en Grabenwarter 2014). Aangevuld met recente(re) jurisprudentie die is gepubliceerd in onder meer de *AB*, de *JV* en de *EHRC*.

38 Hoewel het strafrecht buiten het bereik van deze studie valt, ga ik hier toch kort op in. Zie nader paragraaf 6.3.6.

6.3.1 Familie gerelateerde zaken: omgangsrecht met kinderen

Het familieleven dat onder artikel 8 EVRM bescherming geniet is omvangrijk, zo ook de procedurele waarborgen die het EHRM in dit kader heeft ontwikkeld. Achtereenvolgens zijn onder de noemer ‘familieleven’ procedurele eisen ingelezen in artikel 8- zaken die zien op de omgang met kinderen, de ouderlijke macht, adoptie en kinderontvoering.³⁹ De *margin of appreciation* die de Staten toekomt in familiekwesies is afhankelijk van de aard van de zaak en de ernst van de belangen die op het spel staan. Zo is deze ruim in de gevallen waarin het gaat om de noodzakelijkheidstoets van het voornemen om een kind onder jeugdzorg te plaatsen, en is de ruimte beperkter in de gevallen waarin het gaat om verdere beperkingen van het recht op omgang met de kinderen.⁴⁰ Het Hof is strenger op dit laatste punt, omdat dit type beslissingen vaak onomkeerbaar is vanwege de consequenties die dit terugdraaien van zulke beslissingen voor de kinderen kan hebben. De kinderen hebben in de tussentijd dan immers vaak al een band opgebouwd met hun nieuwe verzorgers/ouders.⁴¹

In de parallelle uitspraken *O., H., W., B. en R.*⁴² werd voor het eerst door het Hof bepaald dat ouders in voldoende mate in de besluitvormingsprocedure moeten worden betrokken.⁴³ In deze uitspraken ging het om zaken waarin ouders de beperking/beëindiging van de omgang met hun kinderen aanvochten. Naar de opvatting van de ouders waren zij onvoldoende betrokken in de besluitvormingsprocedure, was een rechterlijke beoordeling afwezig en tot slot beklagden zij zich over de duur van de procedure.⁴⁴ In de genoemde

39 Zie Forder 2015, onder C.1 (o.a. C.1.2.15 en C.1.2.26) (digitaal geraadpleegd). Vgl. ook: Harris e.a. 2014, p. 564-575. De procedurele ontwikkeling in kinderontvoeringszaken en het jeugdstrafrecht valt vanwege de strafrechtelijke aard buiten het bereik van dit onderzoek. In het kader van artikel 3 en 6 EVRM heeft het Hof wel overwogen dat bij de inrichting van de strafrechtelijke procedure van de jeugdige delinquent rekening dient te worden gehouden met wat in het beste belang van het kind is, en bovendien de jeugdige delinquent over materiële en procedurele waarborgen dient te beschikken, zie: EHRM 23 maart 2016, EHRC 2016, 146, m.nt. M.I. van Drunick, par. 138 en par. 194-196 (Grote Kamer) (*Blokhin t. Rusland*).

40 White & Ovey 2014, p. 340; EHRM 13 juli 2000, EHRC 2000, 73, m.nt. Janssen, par. 50 (Grote Kamer) (*Elsholz t. Duitsland*). Herhaald in o.m. EHRM 6 oktober 2015, EHRC 2015, 239, par. 68 (*N.P. t. Moldavië*).

41 EHRM 8 juli 1987, zaaknr. 9749/82, par. 62 (Grote Kamer) (*W. t. Verenigd Koninkrijk*). Bevestigd in: EHRM 13 maart 2012, EHRC 2012, 111, m.nt. M. Bruning (*Y.C. t. Verenigd Koninkrijk*). Ook in ontvoeringszaken en ‘accesss’ en contact met kinderen-zaken spreekt het EHRM van de onomkeerbaarheid van de beslissingen vanwege de nadelige gevolgen hiervan voor het kind.

42 Christoffersen 2009, p. 465 en zie ook Van Dijk e.a. 2006, p. 699. Alle uitspraken zijn afzonderlijk gedaan in de zaken van respectievelijk *O., H., W., B. en R.* en allemaal op: EHRM 8 juli 1987 (Grote Kamer).

43 Zie de noot van Brems bij: EHRM 20 december 2001, EHRC 2002, 15, m.nt. E. Brems, par. 45 (*Buchberger t. Oostenrijk*).

44 Christoffersen 2009, p. 464.

zaken gaf het Hof te kennen dat artikel 8 EVRM geen expliciete procedurele waarborgen omvat, maar dat dit niet wegneemt dat er wel degelijk eisen aan de besluitvormingsprocedure kunnen worden gesteld.⁴⁵

In de zaak *W.* zijn klagers niet geïnformeerd over de langdurige uithuisplaatsing van hun kind en evenmin over de mogelijk daarop volgende adoptie door de adoptieouders.⁴⁶ Daarnaast is dit besluit niet tijdig aan de ouders ter beschikking gesteld en ook zijn de ouders niet geconsulteerd over het voornemen om de omgang met hun kind te beëindigen. Juist dit laatste aspect laat het Hof zwaar meewegen nu naar het oordeel van de Committee of Adoption and Foster Care de omgang slechts mag worden beperkt en niet beëindigd.⁴⁷ Op grond van het voorgaande concludeert het Hof dat de ouders onvoldoende zijn betrokken in de besluitvormingsprocedure.⁴⁸

De hiervoor genoemde zaken zijn vrij gedateerd (1987). Toch kunnen ze wel worden gezien als enkele van de eerste zaken waarin het Hof expliciet procedurele waarborgen formuleerde onder artikel 8 EVRM in de gevallen waarin het gaat om een beperking van de omgang met kinderen. Het Hof heeft deze koers voortgezet in latere jurisprudentie. Bij besluiten die raken aan het familieleven dient in de nationale procedure voldoende aandacht te zijn voor de belangen van de ouders en hun rol in de besluitvormingsprocedure.⁴⁹ In de Grote Kamer-uitspraak in de zaak *Elsholz*⁵⁰ kwam het Hof eveneens tot een procedurele schending. De vader van het buiten het huwelijk geboren kind werd de omgang geweigerd, en in de procedure voorafgaand aan dit besluit ontbrak een psychologisch rapport. Daarnaast is de vader niet gehoord, en het Hof overweegt ook in meer algemene zin dat de vader onvoldoende is

45 EHRM 8 juli 1987, zaaknr. 9749/82, par. 62-63 (Grote Kamer) (*W. t. Verenigd Koninkrijk*). Toen nog als onderdeel van de negatieve verplichtingen, aldus Lavrysen (Lavrysen 2016, p. 76).

46 EHRM 8 juli 1987, zaaknr. 9749/82, par. 67 sub b (Grote Kamer) (*W. t. Verenigd Koninkrijk*).

47 EHRM 8 juli 1987, zaaknr. 9749/82, par. 67 sub b en c (Grote Kamer) (*W. t. Verenigd Koninkrijk*).

48 EHRM 8 juli 1987, zaaknr. 9749/82, par. 68 (Grote Kamer) (*W. t. Verenigd Koninkrijk*). Zie ook: Christoffersen 2009, p. 465 en recenter: EHRM 26 september 2013, zaaknr. 4962/11, par. 108-110 (*Zambotto Perrin t. Frankrijk*).

49 Van Dijk e.a. 2006, p. 700. EHRM 24 februari 1995, zaaknr. 16424/90 (*McMichael t. Verenigd Koninkrijk*).

50 EHRM 13 juli 2000, EHRC 2000, 73, m.nt. Janssen, i.h.b. par. 53 (Grote Kamer) (*Elsholz t. Duitsland*). Zie ook de verwijzing naar andere zaken waarin het Hof in gaat op het wel of niet betrekken van de ouders zoals genoemd door Van Dijk e.a. 2006, p. 700 onder noot nummer 151. Zij noemen onder meer: EHRM 10 mei 2001, zaaknr. 28945/95, par. 83 (Grote Kamer) (*T.P. en K.M. t. Verenigd Koninkrijk*) (uithuisplaatsing als gevolg van vermeend seksueel misbruik; ouder onvoldoende betrokken in besluitvormingsprocedure); EHRM 20 december 2001, EHRC 2002, 15, m.nt. E. Brems, par. 45 (*Buchberger t. Oostenrijk*) (kind opgenomen in publieke zorg zonder dat nieuwe informatie aan ouder ter beschikking is gesteld); EHRM 11 oktober 2001, zaaknr. 34045/96, par. 47 (*Hoffmann t. Duitsland*) (geen omgang vader met kind, maar geen schending nu voldoende in besluitvormingsprocedure betrokken).

betrokken in de besluitvormingsprocedure.⁵¹ Verder kan nog gewezen worden op twee zaken waarin het Hof ingaat op de plicht die op de nationale autoriteiten rust om over voldoende feitelijke informatie te beschikken voordat tot een ingrijpende maatregel als de uithuisplaatsing van het kind wordt besloten.⁵²

Illustratief voor de procedurele eisen die het Hof in het kader van artikel 8 EVRM formuleert ten aanzien van het betrekken van de ouders in de besluitvormingsprocedure is de zaak *Venema*.⁵³

Klagers in deze zaak zijn de ouders Venema. Volgens de medische deskundigen zou de moeder van de elf maanden oude baby Kimberly aan het Münchhausen-by-proxysyndroom lijden. Bij dit syndroom wordt door een ouder (of naaste) medische zorg gezocht voor een kind om zo aandacht voor zichzelf te genereren. Hierbij kan een ziekte worden bedacht en kunnen symptomen zelfs veroorzaakt worden door de ouder. In casu heeft de baby last van ademhalingsproblemen. Naar aanleiding van overleg met en rapporten van medisch specialisten wordt door de Raad voor de Kinderbescherming (hierna: Raad) een verzoek gedaan tot een voorlopige ondertoezichtstelling en uithuisplaatsing van de baby. De kinderrechter kent het verzoek toe. In de procedure in Straatsburg stellen klagers onder meer dat zij onvoldoende in het besluitvormingsproces zijn betrokken, waarbij zij een beroep doen op artikel 8 en 6 EVRM.

Het Hof behandelt de klachten van klagers onder artikel 8 EVRM. In de eerste plaats overweegt het Hof dat voor de ouders de mogelijkheid dient te bestaan om over de informatie te beschikken op grond waarvan de autoriteiten overgaan tot de ondertoezichtstelling en uithuisplaatsing van hun kind. Dit stelt de ouder in de gelegenheid om effectief deel te nemen aan de besluitvormingsprocedure, inclusief het aanvoeren van tegenargumenten.⁵⁴ Vervolgens nuanceert het Hof het betrekken van de ouders bij de voorgenomen maatregel in die gevallen waarin de dreiging juist door de ouders wordt veroorzaakt, en een voorafgaande waarschuwing de effectiviteit van de maatregel kan dwarsbomen.⁵⁵ Dit laat echter onverlet dat op de nationale autoriteiten de plicht rust om voorafgaand aan het besluit tot ondertoezichtstelling en uithuis-

51 Vgl. Christoffersen 2009, p. 473; Van Dijk e.a. 2006, p. 700. Overigens merkt Brems in de noot bij de zaak *Buchberger* (EHRM 20 december 2001, *EHRC* 2002, 15, m.nt. E. Brems (*Buchberger t. Oostenrijk*)) op dat het Hof in de zaak *Elsholz* ook een schending van artikel 6 EVRM eerste lid (equality of arms) aanneemt. Zie ook: Harris e.a. 2014, p. 577 over het betrekken in de besluitvormingsprocedure.

52 Den Houdijker 2012, p. 311 en de verwijzing naar de zaken: EHRM 19 november 1999, zaaknr. 31127/96 (*E.P. t. Italië*) en EHRM 13 juli 2000, zaaknrs. 39221/98 en 41963/98 (*Scozzari en Giunta t. Italië*). Christoffersen typeert de zaak *E.P.* tegen Italië als een 'grensgeval' zaak nu het procedurele gebrek ziet op een inhoudelijk punt, namelijk: het ontbreken van feitelijke informatie ter ondersteuning van de inmenging. Christoffersen 2009, p. 469 en de verwijzing onder noot nummer 578.

53 EHRM 17 december 2002, *NJ* 2004, 632, m.nt. J. de Boer (*Venema t. Nederland*).

54 EHRM 17 december 2002, *NJ* 2004, 632, m.nt. J. de Boer, par. 91-92 (*Venema t. Nederland*).

55 EHRM 17 december 2002, *NJ* 2004, 632, m.nt. J. de Boer, par. 93 (*Venema t. Nederland*).

plaatsing, zorgvuldig onderzoek te doen naar de impact van deze maatregel. Ook dient in dit onderzoek te worden gekeken naar mogelijke alternatieven:

‘The Court must however be satisfied that the national authorities were entitled to consider that there existed circumstances justifying the abrupt removal of the child from the care of its parents without any prior contact or consultation. In particular, it is for the respondent State to establish that *a careful assessment of the impact of the proposed care measure on the parents and the child, as well as of the possible alternatives to the removal of the child from its family, was carried out prior to the implementation of a care measure (...)* [cursivering: TdJ].’⁵⁶

Deze voorafgaande onderzoeksplicht lijkt op de preventieve onderzoeksplicht die het EHRM in milieuzaken heeft geformuleerd.⁵⁷ In tegenstelling tot de procedurele onderzoeksplichten van het recht op leven (artikel 2 EVRM) en het folterverbod (artikel 3 EVRM) die gelden *na* de gebeurtenis, geldt onder artikel 8 EVRM een *voorafgaande* onderzoeksplicht. Ook in artikel 3 EVRM asielzaken formuleerde het EHRM deze voorafgaande procedurele onderzoeksplicht.⁵⁸ Deze voorafgaande onderzoeksplicht is ingegeven door de aard van de zaak. Om te *voorkomen* dat de (onomkeerbare) schade zich voordoet, moet vooraf onderzoek worden gedaan.

In het daarna volgende specificiert het EHRM wat het verstaat onder het vereiste om de ouders in voldoende mate te betrekken in de besluitvormingsprocedure. Allereerst gaat het Hof in op het niet tijdig betrekken van de ouders in de procedure. Gevolgd door een opsomming van de tekortkomingen in de procedure die zien op de nalatigheid van de artsen om het advies van de Raad met de ouders te bespreken. De Raad heeft nagelaten te controleren of de ouders op de hoogte zijn gesteld ten aanzien van de over hen bestaande zorgen. Op geen enkel moment zijn de ouders gevraagd hierover hun visie te geven, noch zijn de ouders op een andere manier betrokken in de procedure:

‘Turning to the facts of the instant case, the Court observes that, irrespective of the Child Welfare Board’s *allegedly tardy involvement in the procedure*, the doctors at Leiden University Hospital had been monitoring Kimberly’s situation as of August 1994 and were expressing real concern about Mrs Venema’s mental condition. *It cannot be overlooked that the Child Welfare Board advised the doctors at Leiden University Hospital to discuss their concerns with Mr and Mrs Venema. This advice was not followed.* The Court finds it surprising that the Child Welfare Board’s representative at the meeting held on 20 December 1994 to discuss Kimberly’s case *did not renew this advice or ascertain whether the applicants had been consulted about the concerns being expressed about them.* In the event, the Board obtained a joint report of Leiden University Hospital and Curium on 2 January 1995. In response to questions put

56 EHRM 17 december 2002, NJ 2004, 632, m.nt. J. de Boer, par. 93 (*Venema t. Nederland*).

57 Zie nader paragraaf 6.3.2.

58 Zie hoofdstuk 5.

by the Board, a revised version was transmitted to it on 3 January 1995. This report concluded that Kimberly's life was at risk and that urgent action was required. On the basis of this report, the juvenile judge decided on 4 January 1995 to issue provisional orders, valid until 11 January 1995, ordering Kimberly's placement under supervision and away from her family. *At no stage were the applicants asked to comment on the concerns about them or in any other way involved in the procedure.*'

De noodzaak voor de door de rechter genomen voorlopige maatregelen ontbreekt bovendien, aangezien de baby van 20 december 1994 tot en met 6 januari 1995 veilig in het ziekenhuis verbleef:

'It is to be further noted that on 20 December 1994 Kimberly was in hospital, where she remained until 6 January 1995. During this time she was thus in perfect safety. When the applicants came to collect Kimberly from the hospital on 6 January 1995, they were told that they were not allowed to take her home and that they were not allowed to see her. *This must have come to them as a complete surprise as the hospital doctors, who had informed the Child Welfare Board of their analysis of Kimberly's health situation, had not discussed this with her parents* [cursivering: TdJ].'⁵⁹

Waarom de klagers niet in de gelegenheid zijn gesteld de beweringen in twijfel te trekken is voor het Hof niet duidelijk. Een mogelijke onvoorspelbare reactie van de ouders in het geval dat de uithuisplaatsing met hen besproken zou zijn kan van belang zijn volgens het Hof. Toch is dit in casu onvoldoende om de ouders uit te sluiten van de procedure die van 'immense personal importance to them' is.⁶⁰ Onder verwijzing naar een eerdere zaak merkt het Hof op dat in die zaak meer bewijs aanwezig was dat het welzijn van het kind gevaar liep, terwijl in die zaak de autoriteiten de ouders wel hadden betrokken in de procedure.⁶¹

Verder zijn de ouders niet in de gelegenheid gesteld om de betrouwbaarheid van de informatie te betwisten, of eigen informatie toe te voegen aan het dossier. Pas vier dagen na het besluit van uithuisplaatsing worden de ouders gehoord en in de gelegenheid gesteld de zorgen van de Raad te weerspreken. Nog voordat de ouders dus zijn gehoord of de mogelijkheid is geboden om tegen de betrouwbaarheid van de door de Raad geuite angst in te gaan, is de baby al uit huis geplaatst. Deze maatregel heeft directe impact op de baby, en dat maakt het lastig om dit achteraf te herstellen.⁶²

Naar het oordeel van het Hof hadden de ouders in de gelegenheid moeten worden gesteld hun opvatting naar voren te brengen, en wel voordat het voorlopige besluit van de uithuisplaatsing werd genomen. Nu dit niet is gebeurd, heeft dit tot gevolg dat klagers en hun kind ruim vijf maanden van

59 EHRM 17 december 2002, NJ 2004, 632, m.nt. J. de Boer, par. 94-95 (*Venema t. Nederland*).

60 EHRM 17 december 2002, NJ 2004, 632, m.nt. J. de Boer, par. 96 (*Venema t. Nederland*).

61 EHRM 17 december 2002, NJ 2004, 632, m.nt. J. de Boer, par. 96 (*Venema t. Nederland*).

62 EHRM 17 december 2002, NJ 2004, 632, m.nt. J. de Boer, par. 97 (*Venema t. Nederland*).

elkaar gescheiden zijn geweest.⁶³ Daarnaast had de Raad naar een andere oplossing kunnen zoeken, die meer recht zou hebben gedaan aan de belangen van de ouders. Ook had het advies van de Raad aan de kinderrechtster vollediger moeten zijn.

In latere jurisprudentie heeft het Hof meerdere malen het belang van een zorgvuldige nationale procedure bevestigd,⁶⁴ en daarnaast de waarde die het toekent aan het belang van het kind.⁶⁵ Zo bepaalde het Hof dat het belang van het kind om de waarheid over zijn afkomst te weten prevaleert boven dat van de wens van de (tot dan toe) wettelijke vader om het vaderschap te behouden. In casu is binnen de nationale procedure voldoende aandacht geweest voor het belang van het kind, en daarnaast kan het kind, ook nadat bekend is dat de wettelijke vader niet de biologische vader is, wel bij zijn moeder en wettelijke vader blijven wonen.⁶⁶ Eind 2015 bepaalde het Hof dat het kind (in casu in de leeftijd van tien tot dertien jaar) in de gezagsprocedure moet worden gehoord. Het is dus niet aan de ouders om te bepalen wat in het beste belang van het kind is, maar dit is aan het kind zelf.⁶⁷ Volgens de annotator is met deze uitspraak een echte stap gezet ten aanzien van het recht van elk kind om te worden gehoord in beslissingen die hem/haar aangaan.⁶⁸

Tot besluit enkele opmerkingen. In familiezaken waarin artikel 8 EVRM een rol speelt kent het Hof veel gewicht toe aan het belang van het kind. Zo is het in het belang van het kind dat de band tussen hem en zijn ouder(s) indien mogelijk blijft behouden.⁶⁹ In de gevallen dat het belang van het kind mogelijk

63 EHRM 17 december 2002, *NJ* 2004, 632, m.nt. J. de Boer, par. 98 (*Venema t. Nederland*). Meer inhoudelijk: op grond van de second opinion blijkt dat de medische gronden om ouders en het kind te scheiden ontbreken, zie de weergave van de feiten door de Boer bij zijn noot (*NJ* 2004, 632).

64 EHRM 17 januari 2012, *EHRC* 2012, 82 (*Kopfen Liberda t. Oostenrijk*) (weigering bezoekrecht aan toegewezen pleegkind; onnodig lange procedure); EHRM 2 april 2015, *EHRC* 2015, 123 (*Ribic t. Kroatie*) (omgang met zoon; excessief lange duur procedure); EHRM 29 april 2014, *EHRC* 2014, 170 (*Z.J. t. Litouwen*) (zorgvuldige besluitvormingsprocedure (par.104) en belang van het kind meegenomen). In het kader van gedwongen verblijf in het ziekenhuis: belang kind maar ook motiveringsplicht en onderzoek naar alternatieven: EHRM 11 december 2014, *EHRC* 2015, 42, m.nt. A.C. Hendriks (*Hanzelkovi t. Tsjechië*). Onzorgvuldig onderzoek door rechters naar vermeend verzuim gynaecoloog: EHRM 24 juni 2014, *EHRC* 2014, 203 (*A.K. t. Letland*).

65 EHRM 25 september 2015, *EHRC* 2015, 205 (*G.S. t. Georgië*) (kinderontvoering; onvoldoende rekening gehouden met belang van het kind); EHRM 27 januari 2015, 95, m.nt. B. van der Sloot (*Paradiso en Campanelli t. Italië*) (draagmoederschap; niet gehandeld in het belang van het kind); EHRM 16 december 2014, *NJB* 2015, 643 (*Chbibbi Loudoudi e.a. t. België*) (adoptie; zorgvuldige procedure en rekening gehouden met belang van het kind).

66 EHRM 14 januari 2016, *EHRC* 2016, 76, m.nt. S. Florescu (*Mandet t. Frankrijk*).

67 EHRM 3 september 2015, *EHRC* 2015, 234, m.nt. M. Bruning, i.h.b. par. 176-187 (*M & M t. Kroatie*).

68 Zie Bruning onder punt 10 van de noot.

69 Harris e.a. 2014, p. 570. In EHRM 21 januari 2014, *NJB* 2014, 679 (*Zhou t. Italië*) hebben de nationale autoriteiten onvoldoende gedaan om de relatie tussen moeder en zoon in stand te houden.

conflicteert met de procedurele rechten van de ouders, prevaleert het belang van het kind.⁷⁰ Bij de invulling van het belang van het kind en de toets aan de redenen die worden gegeven voor een voorgenomen beperking van de omgang tussen de biologische ouder(s) en het kind kijkt het Hof naar de leeftijd, de mate van volwassenheid en uitgesproken wensen van het kind, het effect van de beperking van het contact op het kind en de relatie van het kind met de ouders.⁷¹ Met het belang van het kind moet dus ook op nationaal niveau in de belangenafweging rekening worden gehouden. Hoewel het belang van het kind materieel wordt ingevuld, heeft dit toch ook procedurele implicaties. Met het belang van het kind dient immers rekening te worden gehouden in de belangenafweging op nationaal niveau. Bovendien dient het een bepaald gewicht te krijgen binnen de procedure. De mogelijke onomkeerbaarheid van een uithuisplaatsingsbesluit en het gegeven dat kinderen behoren tot een kwetsbare groep heeft tot gevolg dat de Staat extra zorgvuldig moet handelen in dit type zaken. Hierbij gaat het dan om de hiervoor genoemde procedurele waarborgen waaronder het betrekken van de ouders in de besluitvormingsprocedure, maar ook het onder omstandigheden horen van het kind zelf.⁷² Daarnaast dient voorafgaand aan een te nemen besluit onderzoek te worden gedaan naar de impact van de maatregel en moeten alternatieven worden onderzocht. Tot slot vertonen ook de procedurele eisen die het Hof onder artikel 8 EVRM in familiezaken heeft ontwikkeld overlap met de artikel 6 EVRM eisen, bijvoorbeeld in kinderbeschermingszaken.⁷³ De eisen onder artikel 8 EVRM zien zowel op de fase voorafgaand aan de procedure bij de rechter, als ook op de rechterlijke procedure, terwijl artikel 6 EVRM over het algemeen beperkt blijft tot de rechterlijke fase.⁷⁴ Voor zover het gaat om procedurele eisen onder artikel 8 EVRM die zien op de besluitvormende fase, zijn deze eisen van toegevoegde waarde ten opzichte van de artikelen 6 en 13 EVRM. Immers: artikel 6 EVRM beperkt zich in principe tot de rechterlijke fase. Ook voor artikel 13 EVRM geldt dat het nationale rechtsmiddel doorgaans ziet op de mogelijkheid om tegen een reeds genomen besluit op te komen.

70 EHRM 13 juli 2000, *EHRC* 2000, 73, m.nt. Janssen, par. 50 (Grote Kamer) (*Elsholz t. Duitsland*). Ook opgemerkt door De Boer in zijn noot bij de zaak *Venema* onder punt 5.

71 Harris e.a. 2014, p. 570 en de daar genoemde jurisprudentie.

72 Over het horen van kinderen en het wel/niet betrekken van psychologische rapporten in de beoordeling: EHRM 19 augustus 2003, *EHRC* 2003, 70, m.nt. J.H. Gerards (Grote Kamer) (*Sommerfeld t. Duitsland*) en EHRM 8 juli 2003, *NJ* 2004, 136, m.nt. S.F.F. Wortmann (Grote Kamer) (*Sahin t. Duitsland*). Vgl. ook: Van Dijk e.a. 2006, p. 700 e.v.; Harris e.a. 2014, p. 573.

73 Forder 2015, onder C.1.2.30 (digitaal geraadpleegd).

74 Forder 2015, onder C.1.2.30 (digitaal geraadpleegd).

6.3.2 Milieuzaken: milieu/gezondheidsrisico's

Artikel 8 EVRM biedt geen algemeen recht op bescherming van het milieu.⁷⁵ Onder omstandigheden kan artikel 8 EVRM via de bescherming van de deelbelangen wel van toepassing zijn in omgevings-gerelateerde kwesties.⁷⁶ Zo kan ook stank en geluidsoverlast interfereren met het recht op de bescherming van het privé- en familielevens waaronder de inmenging in het huisrecht ('home').⁷⁷ Een algemene verslechtering van het milieu is onvoldoende voor de toepassing van artikel 8 EVRM; het moet wel gaan om een schadelijk effect op iemands familie- en/of privéleven.⁷⁸ Daarnaast moet de aantasting van het recht van betrokkene voldoende ernstig zijn. Het Hof vat dit in de zaak *Fadeyeva*⁷⁹ treffend samen:

'(...) in order to fall within the scope of Article 8, complaints relating to environmental nuisances have to show, firstly, that there was an actual interference with the applicant's private sphere, and, secondly, that a level of severity [verwezen wordt naar 'a certain minimum level': TdJ] was attained.'⁸⁰

De uitkomst van de toets van wat kwalificeert als een minimum van ernst is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.⁸¹ Factoren die invulling geven aan deze toets zijn de intensiteit en duur van de hinder en de fysieke of mentale effecten. Bij de uitleg van de intensiteit kan de eventuele overschrijding van (inter)nationale regelgeving met betrekking tot huisvesting, geluid of luchtkwaliteit een rol spelen.⁸² Ook kijkt het Hof naar de algemene context van de omgeving. Van een verdedigbare klacht onder artikel 8 EVRM is geen

75 EHRM 19 augustus 2003, *EHRC* 2003, 71, m.nt. Janssen, par. 96 (Grote Kamer) (*Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), '(...) There is no explicit right in the Convention to a clean and quiet environment, (...)'.
76 Sanderink 2015a, p. 44.
77 Harris e.a. 2014, p. 582.

78 White & Ovey 2014, p. 403 en de daar genoemde overweging (par. 52) uit de zaak *Kyrtatos*. EHRM 22 mei 2003, *EHRC* 2003, 57, m.nt. Janssen (*Kyrtatos t. Griekenland*).
79 EHRM 9 juni 2005, *EHRC* 2005, 80, m.nt. Janssen (*Fadeyeva t. Rusland*) (luchtvervuiling afkomstig van uitstoot staalfabriek).

80 EHRM 9 juni 2005, *EHRC* 2005, 80, m.nt. Janssen, par. 70 (*Fadeyeva t. Rusland*).
81 Zie: EHRM 3 juli 2012, *EHRC* 2012, 206, m.nt. A.E.M. Leijten (*Martínez Martínez en Pino Manzano t. Spanje*) (overlast vanwege exploitatie steengroeve en illegale huisvesting in voor industrie bestemd gebied). In casu ontbrak de mate van ernst: overdag werd de geluidsnorm niet overschreden, 's nachts slechts met vier tot zes decibel en onderzoek wees uit dat er wel stofdeeltjes waren aangetroffen op de meubels van klager, maar niet in de lucht. Verder komt ook de vrijwillige risicoaanvaarding van klagers veel gewicht toe: klagers geven geen gevolg aan de afwijzingen van hun verzoeken door de gemeente om in het industriegebied te wonen en te werken. Vgl. ook: Harris e.a. 2014, p. 585.

82 Zo merken Brouwer en Hesselman op onder verwijzing naar o.a. EHRM 9 november 2010, *AB* 2012, 16, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 23-24 (*Dées t. Hongarije*): Brouwer & Hesselman 2015 (onder punt 3).

sprake als de verslechtering van het milieu te verwaarlozen is in vergelijking met milieugevaren inherent aan het moderne leven.⁸³

In milieuzaken laat het Hof de Staten een ruime *margin of appreciation*. De Staten zijn het beste in staat, en beschikken over de juiste middelen, om de belangenafweging te maken.⁸⁴ De inhoudelijke beoordelingsruimte die de overheid wordt gegund, laat wel ruimte voor het Hof om procedurele eisen te stellen aan de inrichting van de nationale procedure.

Procedurele kernverplichtingen in milieuzaken

In de eerste plaats rust op de nationale autoriteiten de plicht om voorafgaand aan een te nemen besluit met potentiële milieugevaren en/of gezondheidsrisico's onderzoek te doen of te laten doen naar deze eventuele gevaren en/of risico's.⁸⁵ In de tweede plaats rust op de autoriteiten van de lidstaten een informatieplicht.⁸⁶ Dit betekent dat de betrokkenen moeten worden geïnformeerd over potentiële milieugevaren en/of gezondheidsrisico's. Sanderink wijst erop dat deze informatie op verzoek van de betrokkenen dient te worden verleend, en dat onder artikel 8 EVRM ambtshalve informatieverstrekking nauwelijks⁸⁷ tot niet wordt vereist.⁸⁸ Deze informatieplicht omvat ook een toegankelijke procedure. Dit betekent dus dat naar nationaal recht de mogelijkheid dient te worden geboden om een verzoek in te dienen, en in geval van een afwijzing hier tegen op te komen.⁸⁹ Als afzonderlijk, en tegelijkertijd deels overkoepelend, vereiste kan in de derde plaats worden gewezen op het in voldoende mate betrekken van de burgers in de besluitvormingsprocedure. Dit kan betekenen dat betrokkenen de mogelijkheid wordt geboden om hun

83 Zo is te lezen in par. 69 van dezelfde zaak. Vgl. ook: Sanderink 2015a, p. 44-52 over de toepasselijkheid van artikel 8 EVRM in omgevingszaken en de daar genoemde jurisprudentie (zie i.h.b. p. 48-51 voor de weergave van EHRM-zaken waarop artikel 8 EVRM wel en niet van toepassing is verklaard). Vgl. o.m. voor de toepassing van het 'minimumniveau van ernst': EHRM 1 juli 2008, zaaknr. 71146/01 (*Borysiewicz t. Polen*) (geluidsoverlast nabij naaiatelier, klacht t.a.v. artikel 8 EVRM niet ontv.) en EHRM 26 februari 2008, AB 2008, 225, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2008, 85, m.nt. Backes (ontv.besl.) (*Fägerskiöld t. Zweden*) (geluidsoverschrijding van minder dan 40 decibel veroorzaakt door windmolens niet voldoende ernstig: klacht niet ontvankelijk).

84 EHRM 2 november 2006, AB 2008, 23, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 76-83 (*Giacomelli t. Italië*).

85 Harris e.a. 2014, p. 582-583; Sanderink 2015a, p. 198 e.v.; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 73; Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 86.

86 Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 73 en zie ook o.m. EHRM 19 februari 1998, zaaknr. 14967/89 (Grote Kamer) (*Guerra t. Italië*). Vgl. ook: Schabas 2015, p. 387-388.

87 Mogelijk uit eigen beweging van de overheid in de zaak *Vilnes e.a. t. Noorwegen* volgens Sanderink, en zoals door mij betoogd in mijn noot bij deze uitspraak. Deze zaak komt verderop in deze paragraaf aan bod.

88 Sanderink 2015a, p. 288-292.

89 Sanderink 2015b, onder C.5.4.6 (digitaal geraadpleegd). Zie over de toegang tot persoonlijke/vertrouwelijke informatie uitgebreid paragraaf 6.3.4 van dit hoofdstuk.

zienswijze naar voren te brengen.⁹⁰ Met de informatieplicht kan onder omstandigheden ook gevolg worden gegeven aan het betrekken van burgers in het besluitvormingsproces. Een van de aspecten van dit proces is tenslotte de informatievoorziening. Helder is de volgende overweging van het Hof ten aanzien van deze procedurele verplichtingen:

‘Where a State must determine complex issues of environmental and economic policy, the decision-making process must firstly involve appropriate investigations and studies in order to allow them to predict and evaluate in advance the effects of those activities which might damage the environment and infringe individuals’ rights and to enable them to strike a fair balance between the various conflicting interests at stake. The importance of public access to the conclusions of such studies and to information which would enable members of the public to assess the danger to which they are exposed is beyond question. Lastly, the individuals concerned must also be able to appeal to the courts against any decision, act or omission where they consider that their interests or their comments have not been given sufficient weight in the decision-making process [cursivering: TdJ].’⁹¹

Onderdeel van artikel 8 EVRM is bovendien dat de betrokkene de mogelijkheid moet hebben om bij de rechter in beroep te gaan tegen een besluit, handeling of nalaten aan de zijde van de overheid indien hij vindt dat zijn belangen of bezwaren onvoldoende in het besluitvormingsproces zijn betrokken.⁹² De beroepsmogelijkheid is mijns inziens een impliciete referentie aan een effectief rechtsmiddel van artikel 13 en ook artikel 6 EVRM. De eisen overlappen hier dus.⁹³ Overigens merkt het Hof de mogelijkheid van beroep ook in sommige gevallen aan als onderdeel van het in voldoende mate betrekken van burgers in de besluitvormingsprocedure.⁹⁴

Vanwege de leesbaarheid behandel ik de plicht tot het (laten) doen van een voorafgaand onderzoek, de toegankelijkheid van de procedure en de (actieve) informatieplicht afzonderlijk. Ook zoom ik in deze paragraaf nog in op enkele andere procedurele eisen onder artikel 8 EVRM in milieuzaken waaronder de tenuitvoerlegging van de uitspraak, de duur van de procedure en het belang van het tijdig nemen van een eindbeslissing door de rechter.

Voorafgaand onderzoek

Een veelgenoemde uitspraak⁹⁵ in het kader van de procedurele plichten in milieuzaken is om te beginnen de Grote Kamer uitspraak in de zaak *Hatton*

90 Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 73. EHRM 21 juli 2011, EHRC 2011, 138, par. 67 (*Grimkovskaya t. Oekraïne*).

91 EHRM 10 november 2004, zaaknr. 46117/99, par. 119 (*Tapkyn e.a. t. Turkije*).

92 Vgl. ook: Brouwer & Hesselman 2015, onder punt 3.

93 Zie Harris e.a. 2014, p. 536.

94 Aldus Sanderink 2015b, onder C.5.4.3 (digitaal geraadpleegd).

95 Vgl. o.m.: Harris e.a. 2014, p. 583; Den Houdijker 2012, p. 317; Christoffersen 2009, p. 495; Van Dijk e.a. 2006, p. 727-728.

e.a. tegen het Verenigd Koninkrijk.⁹⁶ Deze uitspraak is zowel illustratief voor de voorafgaande onderzoeksverplichting als voor de eis van het betrekken van de burgers in de besluitvormingsprocedure.

Klagers in deze zaak zijn omwonenden van het vliegveld Heathrow. Zij klagen over toegenomen geluidsoverlast van de nachtvluchten tussen 23.30 uur en 06.00 uur als gevolg van het vliegschema 1993. De overvliegende vliegtuigen zouden hun nachtrust verstoren en een inmenging in hun privé-leven opleveren. Het gaat hier om de vraag of er een *fair balance* is tussen de belangen van de omwonenden en de economische belangen van de Staat. In kwesties waar economische belangen een rol spelen komt aan de overheid een *margin of appreciation* toe. Bovendien kunnen economische belangen een beperking van het recht op familie- en privéleven rechtvaardigen (zie lid twee van artikel 8 EVRM).⁹⁷

In gevallen waarin het gaat om besluitvorming in complexe zaken die zien op milieu- en economisch beleid rust op de autoriteiten de plicht om studies en onderzoeken naar de mogelijke schadelijke effecten mee te nemen om uiteindelijk een goede belangenafweging te kunnen maken.⁹⁸ Deze plicht is overigens niet onbegrensd:

‘(...) this does not mean that decisions can only be taken if comprehensive and measurable data are available in relation to *each and every aspect* of the matter to be decided.’⁹⁹

In casu is door de Britse autoriteiten gedurende een lange periode onderzoek gedaan naar de invloed van de nachtvluchten op de nachtrust. De bevindingen van dit onderzoek zijn aan de klagers beschikbaar gesteld. Ook hebben de betrokkenen hun zienswijze kunnen geven: klagers zijn namelijk in de gelegenheid gesteld om te reageren op de onderzoeksbevindingen. Bovendien bestond voor de omwonenden de mogelijkheid om vervolgbeslissingen of het vliegschema zelf aan te vechten. Dit ziet op de vraag naar de aanwezigheid van een effectief rechtsmiddel naar nationaal recht. Een vereiste dat we kennen van artikel 13 EVRM.¹⁰⁰ Het ligt voor de hand dat een meer praktische overweging reden voor het Hof is om dit vereiste onder artikel 8 EVRM te behandelen. Onder omstandigheden kan de aanwezigheid van een rechtsmiddel om beroep in te kunnen stellen tegen een beslissing dus onderdeel van artikel 8 EVRM

96 EHRM 19 augustus 2003, AB 2003, 445, m.nt. A.J.Th. Woltjer, EHRC 2003, 71, m.nt. Janssen (Grote Kamer) (*Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

97 Harris e.a. 2014, p. 583.

98 EHRM 19 augustus 2003, AB 2003, 445, m.nt. A.J.Th. Woltjer, EHRC 2003, 71, m.nt. Janssen, par. 128 (Grote Kamer) (*Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*); Lavrysen 2016, p. 78.

99 EHRM 19 augustus 2003, AB 2003, 445, m.nt. A.J.Th. Woltjer, EHRC 2003, 71, m.nt. Janssen, par. 128 (Grote Kamer) (*Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

100 EHRM 19 augustus 2003, AB 2003, 445, m.nt. A.J.Th. Woltjer, EHRC 2003, 71, m.nt. Janssen, par. 128 (Grote Kamer) (*Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

zijn. De Grote Kamer van het Hof komt tot de slotsom dat, hoewel de *fair balance* ontbreekt, artikel 8 EVRM noch materieel noch procedureel is geschonden.¹⁰¹ Van effectieve rechtsbescherming onder artikel 13 EVRM is in casu echter geen sprake. De toets van de nationale rechters is te marginaal, en daardoor kan geen inhoudelijk oordeel worden gegeven over de rechtvaardigheid van de beperking van de rechten van de omwonenden.¹⁰² De omvang van de toets als onderdeel van artikel 13 is vaste rechtspraak van het Hof.¹⁰³

In de tweede plaats de zaak *Tătar*,¹⁰⁴ die extra aandacht verdient. In de eerste plaats omdat de nationale autoriteiten in casu tekort schieten ten aanzien van de kwaliteit van hun voorafgaande onderzoeksplicht onder artikel 8 EVRM, en in de tweede plaats omdat het Hof in deze zaak voor het eerst het voorzorgsbeginsel introduceert en hierbij ook refereert aan de eventuele 'irreversible nature of the potential harm'.¹⁰⁵

Klagers in deze zaak zijn vader en zoon. In het gebied waar zij wonen is in 1998 aan een bedrijf een vergunning verleend voor de exploitatie van een goudmijn. Bij het goudwinningsproces wordt gebruik gemaakt van natriumcyanide, een giftige stof. Uit het uitgevoerde onderzoek naar de milieueffecten, in het kader van de vergunningverlening, volgt dat de goudwinning is toegestaan, maar niet vrij is van risico's. Na een groot ongeluk in het bedrijf in januari 2000 komt een grote hoeveelheid natriumcyanide terecht in de bodem, het water en de lucht van Roemenië en omringende landen. Hoewel diverse onderzoeken van (inter)nationale organisaties de toename van deze schadelijke stof bevestigen en de toegestane hoeveelheid van deze stof wordt overschreden, gaat het bedrijf toch door met zijn werkzaamheden. Het verergeren van de gezondheidsklachten van de omwonenden brengt hier ook geen verandering in. Klager (de vader) ontvangt op zijn verzoek om een onderzoek te verrichten naar het handelen van het bedrijf nul op het rekest. De gestarte strafrechtelijke procedure is evenmin succesvol.

101 EHRM 19 augustus 2003, AB 2003, 445, m.nt. A.J.Th. Woltjer, EHRC 2003, 71, m.nt. Janssen, par. 129 (Grote Kamer) (*Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*). Ook in de volgende zaken was de nationale procedure op orde: EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 77, m.nt. M.K.G. Tjepkema (*Flamenbaum e.a. t. Frankrijk*) (omwonenden vliegveld klagen over verlenging veelgebruikte startbaan vanwege geluidsoverlast) en EHRM 14 februari 2012, EHRC 2012, 103 (*Hardy en Maile t. Verenigd Koninkrijk*) (autoriteiten voldoen aan hun plicht om voorafgaand aan besluitvorming met potentiële risico's voor het milieu/veiligheid onderzoek te (laten) verrichten; klagers verzetten zich tegen de vergunningverlening voor de aanleg van twee terminals in een havengebied voor de opslag van vloeibaar gas en de verleende ontheffingen om gevaarlijke stoffen in de terminals te kunnen opslaan vanwege de angst voor ontsnapping van vloeibaar gas tijdens het transport). Zie ook: Sanderink 2015a, p. 200.

102 EHRM 19 augustus 2003, AB 2003, 445, m.nt. A.J.Th. Woltjer, EHRC 2003, 71, m.nt. Janssen, par. 141-142 (Grote Kamer) (*Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

103 Zie ook hoofdstuk 2, i.h.b. paragraaf 2.3.

104 EHRM 27 januari 2009, AB 2009, 285, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2009, 40, m.nt. M. Peeters (*Tătar t. Roemenië*).

105 Vgl. ook: Brouwer & Hesselman 2015.

In Straatsburg krijgen de klagers wel gehoor. Hoewel een causaal verband tussen de astma van de zoon en de vrijgekomen natriumcyanide en verslechtering van de gezondheid niet is aangetoond, pleit dit de nationale autoriteiten nog niet vrij van het nemen van behoorlijke te vergen maatregelen ter bescherming van een gezonde leefomgeving. De Roemeense autoriteiten schieten tekort ten aanzien van een aantal positieve verplichtingen, en dit resulteert in een schending van artikel 8 EVRM.¹⁰⁶

Om te beginnen hebben de Roemeense autoriteiten nagelaten om een goed onderzoek te verrichten naar de mogelijke risico's van de werkzaamheden van het bedrijf. Zowel voor als na het ongeluk in 2000.¹⁰⁷ Uitgevoerde studies naar de milieueffecten van de activiteiten van het bedrijf zijn niet in de beoordeling van de autoriteiten betrokken.¹⁰⁸

Verder maakt de introductie van het voorzorgsbeginsel door het Hof deze uitspraak relevant. In de woorden van het Hof:

'Par ailleurs, le principe de précaution recommande aux États de ne pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement en l'absence de certitude scientifique où technique.'¹⁰⁹

Op grond van het voorzorgsbeginsel mag bij een ontbrekende wetenschappelijke consensus over het gevaar voor het milieu/de gezondheid niet af worden gezien van het nemen van effectieve en evenredige maatregelen om ernstige en onomkeerbare schade aan het milieu/de gezondheid te voorkomen.¹¹⁰ Met de introductie van dit voorzorgsbeginsel nemen de plichten voor de nationale autoriteiten toe. Ook in de gevallen tenslotte waarin niet met zekerheid vaststaat dat bepaalde risico's voor de gezondheid of het milieu zich zullen realiseren, kan op de Staat de verplichting rusten om voorzorgsmaatregelen te treffen.

Verderop in de uitspraak spreekt het Hof opnieuw het belang van het voorzorgsbeginsel uit, in het bijzonder in relatie tot de voortzetting van de activiteiten na het ongeluk in 2000. Het Hof concretiseert het voorzorgsbeginsel met de verplichting om betrokkenen te informeren over de schadelijke activiteit in de periode na het ongeluk.¹¹¹ De Roemeense autoriteiten schieten tekort

106 EHRM 27 januari 2009, AB 2009, 285, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2009, 40, m.nt. M. Peeters, par. 125 (*Tătar t. Roemenië*). Zie ook: Harris e.a. 2014, p. 584.

107 EHRM 27 januari 2009, AB 2009, 285, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2009, 40, m.nt. M. Peeters, par. 98-112 (*Tătar t. Roemenië*).

108 Par. 110-111 van de uitspraak. Zie ook EHRM 7 april 2009, zaaknr. 6586/03, par. 73 (*Brândușe t. Roemenië*) (nalaten doen van voorafgaand onderzoek).

109 EHRM 27 januari 2009, AB 2009, 285, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2009, 40, m.nt. M. Peeters, par. 109 (*Tătar t. Roemenië*).

110 Zie ook Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 88.

111 EHRM 27 januari 2009, AB 2009, 285, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2009, 40, m.nt. M. Peeters, par. 120 e.v. (*Tătar t. Roemenië*).

op dit punt. Barkhuysen en Van Emmerik zijn kritisch ten aanzien van wat het voorzorgsbeginsel nu concreet voor de Staat betekent. Niet duidelijk is welke voorzorgsmaatregelen nu nodig zijn en vanaf wanneer. Evenmin is duidelijk welk gewicht mag en kan worden toegekend aan economische belangen en het wel of niet verbieden van activiteiten.¹¹² Het Hof laat verder na om aan te geven onder welke voorwaarden de goudwinning wel door zou mogen gaan.¹¹³ Tegelijkertijd: de Nederlandse bestuursrechter zou dit waarschijnlijk ook niet doen, omdat hij daarmee te veel op de stoel van het bestuur zou plaatsnemen.

In de hiervoor geciteerde overweging noemt het Hof ook expliciet de potentieel 'onomkeerbare schade' ('*de dommage irréversible*'). Deze term zagen we eerder onder artikel 3 EVRM in uitzettingszaken en ook in de hiervoor besproken uithuisplaatsingszaken. Kenmerkend voor de EHRM-jurisprudentie is dat veel afhangt van de omstandigheden van het geval. Het Hof refereert in *Tătar* aan de onomkeerbaarheid van de schade aan het milieu, en dus de gezondheid van de (betrokken) mensen,¹¹⁴ in relatie tot het voorzorgsbeginsel. Hoewel het Hof dit niet met zoveel woorden heeft gezegd in eerdere of latere jurisprudentie, is het denkbaar dat de potentiële 'onomkeerbare schade' aan het milieu en daarmee potentieel voor de gezondheid van mensen in milieukwesties eveneens kan fungeren als een waarschuwingssignaal voor de nationale autoriteiten om (extra) zorgvuldig te werk te gaan. Met als doel te voorkomen dat de 'onomkeerbare schade' zich verwezenlijkt. Ook de ernstige gevolgen kunnen tenslotte dienen als een alarmbel. Hoe ernstiger de gevolgen, hoe groter de plichten voor de nationale autoriteiten om vooraf onderzoek te doen of maatregelen te treffen. Bovendien: de eventuele onomkeerbaarheid van schade betekent doorgaans dat de gevolgen ernstig zijn. In het kader van de toepasselijkheid van artikel 8 EVRM (vereiste minimum van ernst) heeft het Hof overigens wel met meer woorden gerefereerd aan de moeilijk om te keren potentiële schade ten aanzien van de gezondheidsrisico's (in casu als gevolg van aanleg begraafplaats nabij een woning met vervuiling van het drinkwater tot gevolg).¹¹⁵

Vanuit het perspectief van de klager bezien wordt de bewijsplicht met de introductie van het voorzorgsbeginsel iets versoepeld. Het causaal verband tussen de ziekte en de activiteit hoeft niet altijd aanwezig te zijn.¹¹⁶ Overigens

112 Barkhuysen en Van Emmerik sluiten hier aan bij de kritische kanttekening van annotator Peeters (EHRC 2009, 40).

113 Zie onder de punten 2 en 3 van de noot van Barkhuysen en Van Emmerik.

114 Een algemeen recht op een schoon leefmilieu bestaat niet, er moet wel een link zijn met de gezondheid van mensen voor de toepassing van 8 EVRM: EHRM 2 december 2010, EHRC 2011, 34 (*Atanasov t. Bulgarije*).

115 EHRM 27 oktober 2014, EHRC 2014, 242, par. 83 (*Dzemyuk t. Oekraïne*).

116 Zie ook Barkhuysen en Van Emmerik onder punt 4 en 5. zie Sanderink 2015b, onder C 5.1.2. (digitaal geraadpleegd), nu ook toekomstige gezondheidsschade voorkomen dient te worden.

zijn de gevolgen voor de gezondheid van een bepaalde activiteit doorgaans lastig vast te stellen, en daarom is in omgevingsgerelateerde zaken onder artikel 8 EVRM vooral het genot van de woning en de kwaliteit van leven van belang, omdat een aantasting hiervan gemakkelijker is te bewijzen.¹¹⁷

Een meer concrete invulling van het voorzorgsbeginsel is te vinden in de hierna te bespreken Vilnes e.a.-zaak.¹¹⁸ Met deze uitspraak heeft het Hof de positieve procedurele informatieverplichting onder artikel 8 EVRM verruimd.

Informatieplicht en toegankelijkheid procedure

Bij de informatieplicht gaat het erom dat de betrokken burgers de informatie ontvangen die van belang kan zijn voor hun gezondheid. De nationale autoriteiten schoten hierin tekort in de zaak *Guerra e.a.*¹¹⁹ In deze zaak woonden klagers op 1 km afstand van een chemische fabriek. Het was in casu aan de nationale autoriteiten om de klagers te voorzien ('to provide') van de benodigde gezondheids-/veiligheidsinformatie, zonder dat hiertoe een verzoek was gedaan door klagers.¹²⁰ Met behulp van deze informatie hadden klagers kunnen besluiten om wel of niet te verhuizen vanwege mogelijk ernstige gevolgen voor hun gezondheid.¹²¹

Ook de toegankelijkheid van de procedure maakt onderdeel uit van de informatieplicht. In die zin dat een toegankelijke procedure aanwezig moet zijn in het nationale recht, met behulp waarvan betrokkenen de benodigde informatie kunnen krijgen, en in beroep kunnen gaan als deze informatie hen wordt geweigerd. In de Grote Kamer-uitspraak in de *Roche*-zaak ontbreekt de mogelijkheid voor klager om de informatie te verkrijgen over de risico's van zijn deelname aan de door het leger uitgevoerde testen in 1960 waarbij hij is blootgesteld aan giftige stoffen, als gevolg waarvan hij stelt vanaf 1992 met gezondheidsklachten te kampen.¹²²

In *Hardy en Maile*,¹²³ waarin het ging om het risico van het lekken van vloeibaar aardgas en de daarmee gepaard gaande gevaren voor de gezondheid/het milieu, was een toegankelijke procedure teneinde de gewenste informatie te krijgen wel aanwezig.¹²⁴

117 Zo is te lezen bij Sanderink: Sanderink 2015b, onder C 5.1.1 en 5.1.2. (digitaal geraadpleegd).

118 EHRM 5 december 2013, AB 2014, 105, m.nt. T. de Jong, EHRC 2014, 45, m.nt. A.C. Hendriks, JAR 2014, 72, m.nt. M.S.A. Vegter, NJ 2015, 129, m.nt. E.A. Alkema (*Vilnes e.a. t. Noorwegen*).

119 EHRM 19 februari 1998, JB 1998, 49, m.nt. A.W. Heringa (Grote Kamer) (*Guerra e.a. t. Italië*).

120 EHRM 19 februari 1998, JB 1998, 49, m.nt. A.W. Heringa, par. 60 (Grote Kamer) (*Guerra e.a. t. Italië*). White & Ovey 2014, p. 403-404. Zie ook mijn annotatie onder punt 4 bij de zaak *Vilnes e.a.* (AB 2014, 105).

121 Harris e.a. 2014, p. 584.

122 EHRM 19 oktober 2005, EHRC 2005, 118, NJ 2009, 453, par. 167 (Grote Kamer) (*Roche t. Verenigd Koninkrijk*). Zie ook de verwijzingen naar onder meer de zaak *Gaskin, Guerra en McGinley en Egan*. Zie ook: Lavrysen 2016, p. 69.

123 EHRM 14 februari 2012, EHRC 2012, 103 (*Hardy en Maile t. Verenigd Koninkrijk*).

124 EHRM 14 februari 2012, EHRC 2012, 103, par. 249-250 (*Hardy en Maile t. Verenigd Koninkrijk*).

Actieve openbaarmakingsplicht

Een stap verder gaat het Hof ten aanzien van de informatieplicht in *Vilnes e.a.*¹²⁵ In deze zaak heeft het EHRM namelijk een actieve openbaarmakingsplicht geformuleerd. Hoewel deze zaak niet direct in het hokje ‘milieuzaken’ is te plaatsen (het gaat om werk gerelateerde risico’s), wil ik toch om verschillende redenen op deze plaats stilstaan bij deze uitspraak. Allereerst omdat met deze zaak de informatieplicht onder artikel 8 EVRM is uitgebreid, en ten tweede vanwege de verdere concretisering van het voorzorgsbeginsel¹²⁶ (ten opzichte van de uitleg van dit principe in *Tătar e.a.*).¹²⁷ Ten derde is deze uitspraak een bevestiging van de sterk op het individu georiënteerde benadering van het Hof.¹²⁸

Klagers in deze zaak zijn zeven voormalig duikers (vijf Noren, een Zweed en een IJslander). Tussen 1965 en 1990 hebben klagers deelgenomen aan diverse duikoperaties in de Noordzee ten behoeve van de olie-industrie. Klagers stelden dat zij als gevolg van de (lange en korte) duikoperaties momenteel gezondheidsproblemen hebben. Zij stelden dat hun leven en gezondheid in gevaar is gebracht door onder meer de door de toezichthoudende autoriteiten verleende dispensatie ten aanzien van veiligheidsvoorschriften en daarnaast het gebruik van niet gestandaardiseerde decompressietabellen.

De autoriteiten zijn ervan op de hoogte dat tussen de 350 en 400 duikers, waaronder klagers, kampen met gezondheidsproblemen. Studies naar de lange termijn effecten van duiken hebben aangetoond dat er een mogelijk verband is tussen het duiken en de schade aan het zenuwstelsel. In een onafhankelijk onderzoek uit 2002 is geoordeeld dat de Staat juridisch en financieel aansprakelijk is voor de verwondingen van de duikers in de Noordzee en dat de duikers moeten worden gecompenseerd. Hierop is door de Noorse regering een schadevergoedingssysteem in het leven geroepen; juridische aansprakelijkheid erkende de regering echter niet.

In de nationale procedure is aan klagers compensatie geboden in de vorm van een uitkering, soms in combinatie met een schadevergoeding. Verder oordeelde de nationale rechtbank dat Noorwegen verantwoordelijk kan worden gehouden voor de gezondheidsschade die duikers hebben opgelopen. Anders luiden de oordelen van de hoger beroepsrechter en de Noorse Hoge Raad. De Staat kon niet aansprakelijk worden gehouden voor de door Vilnes (eerste klager) geleden schade vanwege een ontbrekend causaal verband. Evenmin kon de Staat verantwoordelijk worden gehouden op grond van de aansprake-

125 EHRM 5 december 2013, AB 2014, 105, m.nt. T. de Jong, EHRC 2014, 45, m.nt. A.C. Hendriks, JAR 2014, 72, m.nt. M.S.A. Vegter, NJ 2015, 129, m.nt. E.A. Alkema (*Vilnes e.a. t. Noorwegen*).

126 Zie over het voorzorgsbeginsel voor het nationale bestuurs/milieurecht: Barkhuysen & Onrust 2010 en Van der Velde 2015.

127 EHRM 27 januari 2009, AB 2009, 285, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2009, 40, m.nt. M. Peeters (*Tătar t. Roemenië*).

128 Op voornoemde punten ben ik ook in mijn annotatie reeds ingegaan. Bij de bespreking van deze punten sluit ik hier dan ook bij aan.

lijkheidswetgeving voor werkgevers. Tot slot was door de Staat voorzien in een systeem van implementatie, inspectie en toezicht op de door de Staat voorgeschreven veiligheidsmaatregelen.

Het oordeel van het EHRM valt anders uit. Uit artikel 8 EVRM volgt de plicht om toegang tot essentiële informatie te bieden, om het voor individuen mogelijk te maken om risico's voor hun gezondheid en veiligheid te onderzoeken. De Noorse autoriteiten hadden uit eigen beweging moeten verzekeren dat de duikers de essentiële informatie met betrekking tot de decompressie-tabellen daadwerkelijk hadden ontvangen.¹²⁹

In eerdere zaken zag de informatieplicht vooral op het verstrekken van informatie door de autoriteiten als hiervoor een verzoek was ingediend. Met uitzondering overigens van de eerder genoemde zaak *Guerra e.a.* waarin het verzoek geen voorwaarde was.¹³⁰ Een aanwijzing voor het verstrekken van informatie uit eigen beweging kan ook voorzichtig worden gevonden in de zaak *Di Sarno e.a.*,¹³¹ zo merkt Sanderink op.¹³² In deze zaak verwijst het EHRM naar een bepaling in het Verdrag van Aarhus op grond waarvan de nationale overheden verplicht zijn om in geval van onmiddellijk (door de mens/natuur veroorzaakt) gevaar voor de gezondheid/het milieu burgers de beschikbare informatie te verstrekken.¹³³ Naar analogie zou deze verplichting dan ook onder artikel 8 EVRM kunnen gelden.¹³⁴ In de Noorse duikerszaak rust op de autoriteiten echter de plicht om uit eigen beweging de voor de veiligheid/gezondheid van de betrokkenen informatie te verstrekken. Sterker nog: de autoriteiten dienen er voor te zorgen dat deze informatie daadwerkelijk bij de duikers terecht komt.

Verder staat de ontbrekende wetenschappelijke consensus over de mogelijke gevaren voor de gezondheid/veiligheid niet aan de verplichting van de Staten in de weg om maatregelen te nemen om ernstige gevolgen voor de veiligheid/gezondheid te voorkomen, zo overweegt het Hof:

'Having regard to all of the above-mentioned considerations, in particular the authorities' role in authorising diving operations and in protecting the safety of such operations as well as the lack of scientific consensus at the time regarding the long-term effects of decompression sickness and the uncertainty about these matters which existed

129 Deze weergave van de feiten is grotendeels ontleend aan de samenvatting van de feiten bij mijn annotatie van deze zaak (*AB* 2014, 105) en de door mij gemaakte bewerking voor het *NJB* (*NJB* 2014, 418).

130 Zie eerder in dit hoofdstuk, en vgl. ook Sanderink 2015a, p. 290 e.v.

131 EHRM 10 januari 2012, *EHRC* 2012, 79, par. 107 en 113 (*Di Sarno e.a. t. Italië*) (Afvalcrisis; geen schending procedurele component artikel 8 EVRM nu de Italiaanse overheid onderzoek heeft laten doen (in 2005 en 2008) naar gevolgen van het leven in een vervuilde leefomgeving en deze rapporten waren toegankelijk en daarmee is aan de informatieplicht voldaan, zie par. 113).

132 Sanderink 2015a, p. 290-291.

133 EHRM 10 januari 2012, *EHRC* 2012, 79, par. 107 en 113 (*Di Sarno e.a. t. Italië*).

134 Aldus Sanderink 2015a, p. 291.

*at the time, in order to minimise the possibility of damage a very cautious approach was called for.*¹³⁵

Overigens spreekt het Hof in casu niet van onomkeerbare schade als trigger voor de Staat om extra alert te zijn, en voor het Hof als reden om de eisen aan te scherpen. Toch is het niet ondenkbaar dat de eventuele onomkeerbaarheid van de schade in casu wel een rol heeft gespeeld.

Vervolgens gaat het Hof in op de actieve informatieplicht:

*'In the Court's view it would therefore have been reasonable for the authorities to take the precaution of ensuring that the companies observe full transparency about the diving tables used and that the applicants, and other divers like them, receive information on the differences between tables, as well as on their concerns for the divers' safety and health, which constituted essential information that they needed to be able to assess the risk to their health and to give informed consent to the risks involved.'*¹³⁶

De autoriteiten hadden dus de voorzorgsmaatregel moeten nemen om te verzekeren dat de duikbedrijven volledige transparantie zouden betrachten met betrekking tot de gebruikte duiktabellen. Met behulp van deze essentiële informatie (over de verschillen tussen de duiktabellen en de zorgen voor de veiligheid/gezondheid van duikers) kan het gezondheidsrisico worden onderzocht en kan ten aanzien van de aanwezige risico's weloverwogen instemming worden verleend door de duikers.

Vervolgens geeft het Hof ook nog aan hoe de autoriteiten gevolg hadden kunnen geven aan deze voorzorgsmaatregel:

*'This the authorities could have done when, for example, granting authorisation of diving operations and upon inspections. Had they done so they might conceivably have helped to eliminate sooner the use of rapid tables as a means for companies to promote their own commercial interests, potentially adding to the risks to divers' health and safety.'*¹³⁷

Door dit niet te doen, zijn de nationale autoriteiten hun verplichtingen onder artikel 8 EVRM niet nagekomen. Dit resulteert in een schending van het recht op respect voor het privé- en familieleven.

135 EHRM 5 december 2013, AB 2014, 105, m.nt. T. de Jong, EHRC 2014, 45, m.nt. A.C. Hendriks, JAR 2014, 72, m.nt. M.S.A. Vegter, NJ 2015, 129, m.nt. E.A. Alkema, par. 244 (*Vilnes e.a. t. Noorwegen*).

136 EHRM 5 december 2013, AB 2014, 105, m.nt. T. de Jong, EHRC 2014, 45, m.nt. A.C. Hendriks, JAR 2014, 72, m.nt. M.S.A. Vegter, NJ 2015, 129, m.nt. E.A. Alkema, par. 244 (*Vilnes e.a. t. Noorwegen*).

137 EHRM 5 december 2013, AB 2014, 105, m.nt. T. de Jong, EHRC 2014, 45, m.nt. A.C. Hendriks, JAR 2014, 72, m.nt. M.S.A. Vegter, NJ 2015, 129, m.nt. E.A. Alkema, par. 244 (*Vilnes e.a. t. Noorwegen*).

De formulering van deze plicht is in sterke mate ingegeven door de specifieke feiten van het geval. Zo speelde ook een rol dat Noorwegen vanwege concurrentiedoeleinden de decompressietabellen niet eerder openbaar had gemaakt en hiermee dus de gezondheid van zijn werknemers van ondergeschikt belang vond. De voorafgaande actieve openbaarmakingsplicht heeft tot doel dat de duikers voordat zij onder water zouden duiken op de hoogte waren van de mogelijke risico's voor hun gezondheid/veiligheid. Door deze informatie in casu niet aan de duikers beschikbaar te stellen, hebben zij de voors en tegens van de duikoperaties niet tegen elkaar af kunnen wegen. Deze uitspraak laat dus zien dat onder omstandigheden op de Staat de plicht kan rusten om in geval van gevaar voor de veiligheid/gezondheid in de publieke/private sfeer, op voorhand uit eigen beweging ervoor te zorgen dat de relevante informatie bij de betrokkenen terechtkomt. Zelfs in de gevallen dat niet vaststaat dat bepaalde ernstige gevolgen zich zullen voordoen. Onder artikel 2 EVRM heeft het Hof ook bepaald dat de nationale autoriteiten uit eigen beweging de mensen dienen te informeren over voor hun recht op leven gevaarlijke situaties/activiteiten in het kader van omgevingsrechtelijke zaken.¹³⁸ Hoe ernstiger de gevolgen, hoe strenger en verstrekkender de verplichtingen die het Hof aan de Staat oplegt.

In de derde plaats tot slot kan in deze zaak een bevestiging worden gevonden van de waarde die het Hof hecht aan de rechtsbescherming van het individu. In casu hebben de duikers geen enkele poging gedaan om de voor hen relevante informatie over de duiktabellen te verkrijgen. Het Hof gaat in deze zaak volledig voorbij aan de mogelijkheid die naar Noors recht bestond om de informatie te krijgen, en in eerdere zaken leek het Hof daar wel rekening mee te houden.¹³⁹ In deze zaak zoomt het Hof sterk in op de verplichting die op de Staat rust ten behoeve van de bescherming van het individu. De eigen verantwoordelijkheid die klagers dragen voor het niet beschikken over de informatie, mede als gevolg van het nalaten een informatieverzoek in te dienen, is voor het Hof geen reden om zich soepeler op te stellen in de richting van de Staat.

Ten uitvoerlegging rechterlijke uitspraak

Onderdeel van artikel 8 EVRM is onder omstandigheden ook de ten uitvoerlegging van de rechterlijke uitspraak. Dit is op het eerste gezicht een typisch 6 EVRM-vereiste.¹⁴⁰ In de Turkse zaak *Tapkyn e.a.*¹⁴¹ is de rechterlijke uitspraak niet ten uitvoer gelegd. Aan de overige procedurele 8 EVRM-eisen, waaronder het voorafgaand aan de vergunningverlening doen van diverse onderzoeken gedurende een lange periode, het organiseren van bijeenkomsten om de

¹³⁸ Zie hoofdstuk 4, par. 4.2.2.

¹³⁹ Dit punt maakte ik eerder in mijn annotatie onder punt 7 (AB 2014, 105).

¹⁴⁰ Zie hoofdstuk 2.

¹⁴¹ EHRM 10 november 2004, zaaknr. 46117/99 (*Tapkyn e.a. t. Turkije*).

betrokkenen te informeren en het bieden van toegang tot de relevante informatie aan de omwonenden in de regio en de klagers, is wel voldaan.¹⁴²

In casu heeft de Turkse Raad van State de vergunning vernietigd voor het winnen van goud in een mijn met behulp van cyaankali. Bij het winnen van goud via cyaankali kan het schadelijke cyaan in de bodem, de lucht of het water terechtkomen. Ondanks deze rechterlijke uitspraak hebben de Turkse uitvoerende autoriteiten groen licht gegeven om deze manier van goudwinning door te zetten.¹⁴³ Klagers wenden zich tot het Straatsburgse Hof en verzetten zich onder meer tegen de verleende vergunning vanwege de inmenging in hun recht op een gezonde leefomgeving. Daarnaast ondervinden zij geluidshinder bij de winning van het goud. Verder stellen ze dat het langdurig voortvloeiende geschil tussen de autoriteiten en de regionale bevolking hun privéleven ondraaglijk maakt, en doen hierbij een beroep op artikel 8 EVRM.¹⁴⁴

De uitvoerende autoriteiten hebben de rechterlijke uitspraak waarin de vergunning voor de goudwinning is vernietigd niet ten uitvoer gelegd. Pas tien maanden na deze uitspraak is opdracht gegeven tot sluiting van de mijn.¹⁴⁵ Bovendien heeft de Turkse regering in een latere niet openbaar gemaakte beslissing met terugwerkende kracht (de werkzaamheden waren al een jaar eerder van start gegaan) toestemming verleend voor de voortzetting van de werkzaamheden.¹⁴⁶ Het EHRM oordeelt dat de nationale uitvoerende autoriteiten zich dienen te houden aan de rechterlijke uitspraak en deze ten uitvoer moeten leggen.¹⁴⁷ Het nalaten resulteert erin dat de procedurele garanties onder artikel 8 EVRM aan klagers zijn ontnomen.¹⁴⁸

In de later gewezen uitspraak in de Italiaanse zaak *Giacomelli*¹⁴⁹ hebben de uitvoerende autoriteiten eveneens nagelaten om uitvoering te geven aan de uitspraken van de rechter. Op 30 meter afstand van het huis van klagster Giacomelli is een fabriek gevestigd waar vanaf 1982 (schadelijk) afval wordt verwerkt. Elke vijf jaar verleenden de nationale autoriteiten een vergunning voor deze fabriek. In 1989 is aan het bedrijf toestemming verleend om schadelijk en giftig afval te verwerken. Klagster is hierop diverse bestuursrechtelijke procedures gestart. Uiteindelijk is door de hoogste Italiaanse rechter de vergunning vernietigd nu de nationale autoriteiten na hadden gelaten om voorafgaand onderzoek te (laten) doen naar mogelijke risico's voor de gezondheid/leef-

142 EHRM 10 november 2004, zaaknr. 46117/99, par. 120 (*Tapkyn e.a. t. Turkije*).

143 EHRM 10 november 2004, zaaknr. 46117/99, par. 125 (*Tapkyn e.a. t. Turkije*).

144 EHRM 10 november 2004, zaaknr. 46117/99, par. 104-106 (*Tapkyn e.a. t. Turkije*).

145 EHRM 10 november 2004, zaaknr. 46117/99, par. 122 (*Tapkyn e.a. t. Turkije*).

146 Vgl. ook: Van Dijk e.a. 2006, p. 728-729.

147 Deze verplichting geldt overigens ook onder het eigendomsrecht, zie hoofdstuk 7.

148 EHRM 10 november 2004, zaaknr. 46117/99, par. 122 (*Tapkyn e.a. t. Turkije*). Vgl. ook: EHRM 27 oktober 2014, EHRC 2014, 242 (*Dzemyuk t. Oekraïne*) (verontreiniging drinkwater als gevolg van aanleg begraafplaats; risico aantasting gezondheid acht Hof ondanks ontbrekend causaal verband aanwezig).

149 EHRM 2 november 2006, AB 2008, 23, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Giacomelli t. Italië*).

omgeving. De uitspraak wordt echter niet nageleefd. Het EHRM concludeert tot een schending van artikel 8 EVRM.¹⁵⁰ Interessant in deze uitspraak is bovendien de nu volgende overweging van het Hof waarin het de omvang van de *margin of appreciation* koppelt aan het gewicht dat aan de belangen van klager is gegeven en of zij beschikte over procedurele waarborgen:

‘(...) the scope of the margin of appreciation allowed to the respondent State, the Court must therefore examine whether due weight was given to the applicant’s interests and whether sufficient procedural safeguards were available to her.’¹⁵¹

Het voorgaande impliceert dat de Staat meer inhoudelijke beslissingsruimte toekomt op voorwaarde dat de nationale procedure voldoende procedurele waarborgen omvat.

Duur van de procedure en noodzaak van rechterlijke eindbeslissing

Het doen van een uitspraak binnen een redelijke termijn, opnieuw een 6 EVRM-eis, kan ook onderdeel zijn van artikel 8 EVRM.¹⁵² Zo kwam het EHRM tot een schending van dit artikel in een zaak waarin klager meer dan tien jaar hinder ondervond van een luidruchtige bar onder haar woning. Dit terwijl een procedure bij het bestuursorgaan en de rechter aanhangig was gemaakt. Dit maakte de procedure ineffectief.¹⁵³

Ook het nalaten om een eindbeslissing te nemen voor bijna zestien jaar was voor het Hof reden in de zaak *Bor*¹⁵⁴ (geluidsoverlast van dieseltreinen) te concluderen tot een schending van artikel 8 EVRM. De aanwezigheid van regelgeving is niet voldoende, in de praktijk dienen de regels tijdig en effectief te worden toegepast.¹⁵⁵ De nationale rechters hadden in deze zaak nagelaten om maatregelen te nemen om de rechten van klager te beschermen. Dit had tot gevolg dat klager voor bijna zestien jaar is geconfronteerd met een individuele disproportionele last.

150 EHRM 2 november 2006, AB 2008, 23, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 89-98 (*Giacomelli t. Italië*).

151 EHRM 2 november 2006, AB 2008, 23, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 84 (*Giacomelli t. Italië*). Vgl. Brems (Brems 2013) en de verwijzing naar: EHRM 27 maart 2008, zaaknr. 44009/05, par. 89 (*Shtukaturov t. Rusland*).

152 Het motiveren van de rechterlijke uitspraak kan ook deel uitmaken van de toets onder 8 EVRM: Sanderink 2015b, onder C.5.4.9 en de daar genoemde EHRM-jurisprudentie (digitaal geraadpleegd).

153 EHRM 24 april 2014, zaaknr. 27310/09, par. 158-160 (*Udovičić t. Kroatië*).

154 EHRM 18 juni 2013, EHRC 2013, 211, m.nt. D.G.J. Sanderink, par. 27 (*Bor t. Hongarije*) (geluidsoverlast van dieseltreinen).

155 EHRM 18 juni 2013, EHRC 2013, 211, m.nt. D.G.J. Sanderink, par. 27 (*Bor t. Hongarije*).

6.3.3 Leefomgevingszaken: verplaatsing van groepen personen

Illustratief voor het belang dat het Hof hecht aan een zorgvuldige nationale procedure in leefomgevingszaken zijn de Roma-zaken.¹⁵⁶ Daarnaast wordt in dit type zaken opnieuw duidelijk dat kwetsbare groepen extra bescherming genieten, materieel en/of procedureel.

In de eerste plaats de zaak *Buckley*.¹⁵⁷ In casu wordt aan klagster Buckley (van Roma origine) een vergunning geweigerd om op haar eigen grond in een caravan te wonen. Het Hof laat weten dat de besluitvormingsprocedure eerlijk moet zijn en dat daarnaast rekening moet worden gehouden met de door artikel 8 EVRM beschermde belangen:

‘Whenever discretion capable of interfering with the enjoyment of a Convention right such as the one in issue in the present case is conferred on national authorities, the procedural safeguards available to the individual will be especially material in determining whether the respondent State has, when fixing the regulatory framework, remained within its margin of appreciation. Indeed it is settled case-law that, whilst Article 8 contains no explicit procedural requirements, *the decision-making process leading to measures of interference must be fair and such as to afford due respect to the interests safeguarded to the individual by Article 8.*’¹⁵⁸

In deze zaak oordeelt het Hof overigens dat naar nationaal recht voldoende adequate procedurele waarborgen aanwezig waren die het belang van klagster beschermen. Zo bestond op nationaal niveau de mogelijkheid voor klagster om in (hoger) beroep te gaan tegen de weigering. Verder is bij de belangenafweging voldoende onderzoek gedaan door de Britse autoriteiten en zijn er bovendien alternatieven geboden aan klagster. Tot slot oordeelt het Hof dat de door de autoriteiten gegeven redenen ‘relevant and sufficient’¹⁵⁹ zijn.¹⁶⁰ Het EHRM heeft in latere vergelijkbare zaken waarin het ging om de bescherming van Romaminderheden de procedurele plicht van een eerlijke besluitvormingsprocedure en belangenafweging onder artikel 8 EVRM herhaald.¹⁶¹

156 Vgl. ook: Christoffersen 2009, p. 493-494. Zie over het Nederlandse woonwagenbeleid vanuit mensenrechtelijk perspectief: Huijbers 2015, p. 387-417. Zie daarnaast de Leidse dissertatie van Ingrid Leijten (Leijten 2015).

157 EHRM 29 september 1996, zaaknr. 20348/92 (*Buckley t. Verenigd Koninkrijk*).

158 EHRM 29 september 1996, zaaknr. 20348/92, par. 76 (*Buckley t. Verenigd Koninkrijk*).

159 EHRM 29 september 1996, zaaknr. 20348/92, par. 84 (*Buckley t. Verenigd Koninkrijk*).

160 EHRM 29 september 1996, zaaknr. 20348/92, par. 78-84 (*Buckley t. Verenigd Koninkrijk*).

161 Zie de verwijzing van Christoffersen naar de parallelle Grote Kamer uitspraken in de zaken tegen het Verenigd Koninkrijk (Christoffersen 2009, p. 493 onder noot nummer 700) naar onder meer: EHRM 18 januari 2001, zaaknr. 27238/95, par. 91 (Grote Kamer) (*Chapman t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 18 januari 2001, zaaknr. 24882/94 (Grote Kamer) (*Beard t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 18 januari 2001, zaaknr. 24876/94 (Grote Kamer) (*Coster t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 18 januari 2001, zaaknr. 25289/94 (Grote Kamer) en EHRM 18 januari 2001, zaaknr. 25154/94 (*Jane Smith t. Verenigd Koninkrijk*).

In de zaak *Chapman*¹⁶² wordt de bijzondere bescherming voor kwetsbare groepen, zoals Roma, duidelijk zichtbaar.¹⁶³ In dit verband overweegt het Hof als volgt:

‘The vulnerable position of gypsies as a minority means that some special consideration should be given to their needs and their different lifestyle both in the relevant regulatory framework and in reaching decisions in particular cases. To this extent, there is thus a positive obligation imposed on the Contracting States by virtue of Article 8 to facilitate the gypsy way of life.’¹⁶⁴

Het voorgaande is bevestigd in onder meer de zaak *Connors* – uitzetting van een Roma familie van een gemeentelijk terrein waar de familie rechtmatig verbleef.¹⁶⁵ Het faciliteren van de ‘gypsy way of life’ is in beginsel meer materieel van aard. Dit laat onverlet dat het feit dat het hier gaat om personen behorend tot een kwetsbare groep wel genoeg gewicht dient te krijgen in de belangenafweging op nationaal niveau. Daarmee kan gezegd worden dat deze verplichting tevens een procedurele dimensie heeft.¹⁶⁶ De *Connors*-uitspraak is relevant om twee redenen. Allereerst omdat het EHRM hier wijst op het verband tussen de omvang van de *margin of appreciation* die de Staat toekomt en de ernst van de inmenging:

‘This margin will vary according to the nature of the Convention right in issue, its importance for the individual and the nature of the activities restricted, as well as the nature of the aim pursued by the restrictions. *The margin will tend to be narrower where the right at stake is crucial to the individual’s effective enjoyment of intimate or key rights* [cursivering: TdJ].’

De *margin of appreciation* van de Staat is in principe ruim in sociaal-economische en ruimtelijke ordeningszaken.¹⁶⁷ Een inmenging die raakt aan de ‘intimate or key rights’ van betrokkene maakt echter dat deze ruimte voor de Staat kleiner wordt.¹⁶⁸

Het Hof gaat in deze overweging ook in op het verschil met het eigendomsrecht, door te overwegen dat:

162 EHRM 18 januari 2001, zaaknr. 27238/95 (Grote Kamer) (*Chapman t. Verenigd Koninkrijk*).

163 Vgl. ook: Leijten 2015, p. 336 e.v.

164 EHRM 18 januari 2001, zaaknr. 27238/95, par. 96 (Grote Kamer) (*Chapman t. Verenigd Koninkrijk*).

165 EHRM 14 juli 2004, EHRC 2004, 67, m.nt. K. Henrard (*Connors t. Verenigd Koninkrijk*).

166 De meningen in de literatuur lopen uiteen. Zo kwalificeert Lavrysen dit eerder als een materiële positieve verplichting (Lavrysen 2016, p. 109-110), is Brems genuanceerd (Brems 2013, p. 137 en 154) en kwalificeren Peroni & Timmer de verplichting als procedureel (Peroni & Timmer 2013, p. 1056 en 1076-1077).

167 Leijten 2015, p. 345 e.v.

168 Vgl. ook: Lavrysen 2016, p. 190-191.

‘(...) in spheres such as housing, which play a central role in the welfare and economic policies of modern societies, it will respect the legislature’s judgment as to what is in the general interest unless that judgment is manifestly without reasonable foundation (...). It may be noted however that this was in the context of Article 1 of Protocol No. 1, not Article 8 which concerns rights of central importance to the individual’s identity, self-determination, physical and moral integrity, maintenance of relationships with others and a settled and secure place in the community.’

Dit is dus anders voor artikel 8 EVRM. Het gaat dan om rechten die van belang zijn voor de persoonlijke identiteit, het zelfbeschikkingsrecht en de fysieke en morele integriteit. Maar ook om het behoud van relaties met anderen en een gevestigde en veilige plaats in de maatschappij. Het Hof concludeert vervolgens, onder verwijzing naar de eerder in dit hoofdstuk uitvoerig besproken zaak *Hatton*.¹⁶⁹

‘Where general social and economic policy considerations have arisen in the context of Article 8 itself, the scope of the margin of appreciation depends on the context of the case, with particular significance attaching to the extent of the intrusion into the personal sphere of the applicant [cursivering: TdJ].’¹⁷⁰

De mate van inmenging in het recht van het individu is dus bepalend voor de omvang van de *margin of appreciation*. Hoe fundamenteler het recht, of sommige aspecten van een recht, hoe meer reden bestaat voor het Hof om de nationale gang van zaken strenger te toetsen, en dus de *margin of appreciation* te beperken. Het Hof differentieert hier dus tussen de fundamentele rechten van de artikelen 8 EVRM en 1 EP EVRM, waarbij kernaspecten van het recht en de mate van inmenging daarin bepalend zijn voor de uiteindelijke striktheid van de toets, en de ruimte die de Staat krijgt.¹⁷¹ Dit impliceert bovendien dat hoe ernstiger de gevolgen voor het individu, hoe meer reden voor het Hof om strenger te toetsen. In deze toets focust het Hof zelf steeds

169 Paragraaf 103 en 123.

170 EHRM 14 juli 2004, EHRC 2004, 67, m.nt. K. Henrard, par. 82 (*Connors t. Verenigd Koninkrijk*).

171 Differentiatie binnen artikel 8 EVRM zien we ook terug in: EHRM 27 augustus 2015, EHRC 2015, 232, m.nt. B.C. van Beers (Grote Kamer) (*Parrillo t. Italië*), waarin het gaat om het wettelijk verbod van donatie van *in vitro* bevruchte eicellen aan de wetenschap en het EHRM dit verbod binnen de ruime *margin* vindt vallen van de Staat, en dus toelaatbaar. Bovendien acht het Hof (par. 174) ‘the right invoked by the applicant to donate embryos to scientific research is not one of the core rights attracting the protection of Article 8 of the Convention as it does not concern a particularly important aspect of the applicant’s existence and identity.’ Was dit wel het geval geweest, dan zou het Hof misschien de beoordelingsruimte van de Staat beperken, en ook eerder de toets aanscherpen en (extra) procedurele waarborgen in de nationale procedure verlangen.

vaker¹⁷² op de procedure, en in mindere mate op de materiële aspecten van een zaak. In de zaak *Connors* schoten de procedurele waarborgen ook tekort. Zo zijn de redenen voor de verwijdering van klagers niet door een onafhankelijk rechtscollege onderzocht.¹⁷³

In de uitspraken in de zaken *Yordanova e.a.*¹⁷⁴ en *Winterstein e.a.*¹⁷⁵ benadrukt het EHRM het belang van de proportionaliteitstoets op nationaal niveau.

Allereerst de zaak *Yordanova e.a.* waarin klagers een groep van ruim twintig Roma zijn die in zelfgebouwde illegale huizen in een buitenwijk van Sofia wonen. De Bulgaarse autoriteiten hebben deze illegale bewoning decennialang gedoogd. Bij besluit van 17 september 2005 is een uitzetting van klagers gevorderd. Binnen een week moesten klagers hun huis verlaten; alternatieve huisvesting ontbrak. Een voorlopige maatregel van het EHRM heeft het uitzettingsbesluit geschorst. Dit maakt het uitzettingsbesluit nog niet ongeldig. Klagers wendden zich tot het Hof en beroepen zich op diverse EVRM-bepalingen, waaronder artikel 8 EVRM.¹⁷⁶

In de onderhavige zaak noemt het Hof vijf factoren¹⁷⁷ die van invloed zijn op de omvang van de *margin of appreciation* die de nationale autoriteiten toekomt.¹⁷⁸ Om te beginnen komt de Staat in principe een ruime *margin of appreciation* toe ten aanzien van het sociaal-economisch beleid, waaronder huisvesting en stedelijke/landelijke ordening (zie onder i). Vervolgens herhaalt het Hof dat bij de bepaling van de omvang van de beoordelingsruimte in 8 EVRM-zaken aangaande sociaal-economisch beleid, in het bijzonder belang toekomt aan de mate van inmenging in de persoonlijke levenssfeer van klager (zie onder ii).¹⁷⁹ In de daarop volgende overweging wijst het Hof op het belang van de procedurele waarborgen bij het bepalen of de Staat binnen zijn beoordelingsmarge is gebleven (onder iii):

172 Zie Leijten 2015, p. 336 en de verwijzing naar de *Buckley* zaak, waarin het Hof niet ingaat op de materiële aspecten van de zaak, maar zich tot een toets aan de aanwezige procedurele waarborgen op nationaal niveau beperkt. Vgl. ook de hierna te bespreken zaken *Yordanova e.a.* en *Winterstein e.a.*

173 EHRM 14 juli 2004, EHRC 2004, 67, m.nt. K. Henrard, par. 94 (*Connors t. Verenigd Koninkrijk*).

174 EHRM 24 april 2012, EHRC 2012, 149, m.nt. K. Henrard (*Yordanova e.a. t. Bulgarije*).

175 EHRM 17 oktober 2013, EHRC 2014, 31, m.nt. K. Henrard (*Winterstein e.a. t. Frankrijk*).

176 Op dit klachtonderdeel ga ik in het hierna volgende in. Ik sta dus niet stil bij andere interessante aspecten van deze zaak, waaronder de wijze waarop het Hof de klacht onder artikel 14 EVRM (discriminatieverbod) afdoet. Hiervoor verwijs ik naar de lezenswaardige annotatie van Henrard (EHRC 2012, 149) en zie ook Leijten 2015, p. 344.

177 Alle par. 118. Zie in meer algemene zin over de factoren die van invloed zijn op de omvang van de *margin of appreciation*: Lavrysen 2016, p. 189-191.

178 EHRM 24 april 2012, EHRC 2012, 149, m.nt. K. Henrard, par. 118 (*Yordanova e.a. t. Bulgarije*).

179 Eerder in o.m.: EHRM 14 juli 2004, EHRC 2004, 67, m.nt. K. Henrard, par. 82 (*Connors t. Verenigd Koninkrijk*).

‘The procedural safeguards available to the individual will be especially material in determining whether the respondent State has remained within its margin of appreciation.’¹⁸⁰

In dit verband wijst het Hof op een eerlijke besluitvormingsprocedure, waarbij voldoende recht is gedaan aan de door artikel 8 EVRM gewaarborgde belangen, en noemt de eerder in deze paragraaf besproken zaken *Buckley*¹⁸¹ en *Chapman*.¹⁸² Onder verwijzing naar *McCann*¹⁸³ overweegt het Hof dat het ‘noodzakelijk in een democratische rechtsstaat’-vereiste als onderdeel van de lid 2-toets zowel een vraag naar de procedure als de inhoud kan zijn:

‘In particular, the Court must examine whether the decision-making process leading to measures of interference was fair and such as to afford due respect to the interests safeguarded to the individual by Article 8. The “necessary in a democratic society” requirement under Article 8 § 2 raises a question of procedure as well of substance’.¹⁸⁴

Interessant is de volgende overweging van het Hof waarin het wijst op het belang van de proportionaliteitstoets op nationaal niveau door een onafhankelijk rechtscollege. Volledigheidshalve de betreffende overweging (onder punt iv):

‘Since the loss of one’s home is a most extreme form of interference with the right under Article 8 to respect for one’s home, any person at risk of an interference of this magnitude should in principle be able to have the proportionality and reasonableness of the measure determined by an independent tribunal in the light of the relevant principles under Article 8, notwithstanding that, under domestic law, he has no right of occupation. This means, among other things, that where relevant arguments concerning the proportionality of the interference have been raised by the applicant in domestic judicial proceedings, the domestic courts should examine them in detail and provide adequate reasons’.¹⁸⁵

Dit vereiste, dat het Hof hier in het kader van de omvang van de *margin of appreciation* van artikel 8 EVRM formuleert in huisvestingszaken, richt zich expliciet tot de nationale rechters. Bovendien overweegt het Hof dat de argumenten van klager in detail moeten worden onderzocht en dient het rechterlijk oordeel te worden gemotiveerd. Deze vereisten zijn onderdeel van de toetsings-

180 EHRM 24 april 2012, EHRC 2012, 149, m.nt. K. Henrard, par. 118 (*Yordanova e.a. t. Bulgarije*).

181 EHRM 29 september 1996, zaaknr. 20348/92, par. 76 (*Buckley t. Verenigd Koninkrijk*).

182 EHRM 18 januari 2001, zaaknr. 27238/95, par. 92 (Grote Kamer) (*Chapman t. Verenigd Koninkrijk*).

183 EHRM 13 mei 2008, zaaknr. 19009/04, par. 26 (*McCann t. Verenigd Koninkrijk*).

184 EHRM 24 april 2012, EHRC 2012, 149, m.nt. K. Henrard, par. 118 (*Yordanova e.a. t. Bulgarije*).

185 Onder verwijzing naar: EHRM 21 september 2010, zaaknr. 37341/06, par. 67-68 en 74 (*Kay e.a. t. Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 21 juni 2011, zaaknr. 48833/10, par. 65 (*Orlić t. Kroatië*).

omvang, een vereiste dat we (genuanceerder) kennen van artikel 6 EVRM en ook van artikel 13 EVRM.¹⁸⁶ Deze vereisten trekt het Hof in casu dus door naar artikel 8 EVRM.

Tot slot de vijfde overweging. Wanneer de nationale autoriteiten verzuimen te verklaren of argumenten te geven waarom uitzetting van klagers noodzakelijk was, trekt het Hof de conclusie dat het legitieme doel van de eigendomscontrole het aflegt tegen het recht van klager op zijn huis (onder v).

Met Henrard ben ik eens dat het Hof bij deze factoren ook reeds ingaat op de effectieve belangenafweging en de proportionaliteitstoets: de appreciatie-marge en de evenredigheidstoets lopen hier dus door elkaar.¹⁸⁷ Bovendien zijn de aanwezige procedurele waarborgen in het nationale recht en de proportionaliteitstoets opnieuw van invloed op de toepasselijke *margin*.¹⁸⁸

In *Yordanova* legt het Hof veel nadruk op de proportionaliteitstoets van de maatregel. Deze toets richt zich vooral op de rechterlijke autoriteiten, en daarnaast wijst het EHRM opnieuw ook op het belang van een eerlijke besluitvormingsprocedure waarbij met name de uitvoerende autoriteiten aan zet zijn. In het kader van de besluitvorming wijst het Hof erop dat de Bulgaarse wetgeving de gemeentelijke autoriteiten niet verplicht om de verschillende belangen en de proportionaliteit in hun besluit mee te nemen. De gemeentelijke autoriteiten hebben slechts gesteld dat klagers onrechtmatig op het betreffende stuk grond verbleven, en de nationale rechters weigerden om in te gaan op de argumenten van klagers die zagen op de proportionaliteit en de lange duur dat klagers daar hebben gewoond.¹⁸⁹ Verder hadden de nationale autoriteiten rekening moeten houden met de gevolgen van de uitzetting voor klagers, en het risico van het niet langer hebben van een thuis.¹⁹⁰ Ook is voor de nationale wetgever een belangrijke taak weggelegd. Zeker nu de wetgeving de gemeentelijke autoriteiten thans niet verplicht tot een proportionaliteitstoets, en dit op grond van artikel 8 EVRM wel mogelijk moet zijn.

In casu gaat het om personen die behoren tot een bijzondere sociale achtergestelde groep. Dit is voor het Hof reden om te overwegen dat hier rekening mee moet worden gehouden in de proportionaliteitstoets op nationaal niveau:

‘In the context of Article 8, in cases such as the present one, the applicants’ specificity as a social group and their needs must be one of the relevant factors in the proportionality assessment that the national authorities are under a duty to undertake.’¹⁹¹

186 Zie hoofdstuk 2, i.h.b. par. 2.2.2.3 en par. 2.3.

187 Zie Henrard onder punt 6 en par. 118 van de uitspraak.

188 Leijten 2015, p. 347.

189 EHRM 24 april 2012, EHRC 2012, 149, m.nt. K. Henrard, par. 122 (*Yordanova e.a. t. Bulgarije*).

190 EHRM 24 april 2012, EHRC 2012, 149, m.nt. K. Henrard, par. 126 (*Yordanova e.a. t. Bulgarije*).

191 EHRM 24 april 2012, EHRC 2012, 149, m.nt. K. Henrard, par. 129 (*Yordanova e.a. t. Bulgarije*).

Het Hof noemt zelfs expliciet dat dit aspect een gewichtige factor is in zaken waarin het gaat om onrechtmatig verblijf.¹⁹²

De proportionaliteitstoets geeft de verwevenheid van de materiële en procedurele aspecten van deze zaak goed weer.¹⁹³ Immers, het vereiste dat op nationaal niveau de proportionaliteit van het besluit moet worden getoetst, is aan te merken als een procedureel vereiste. Dat daarbij gewicht toekomt aan het gegeven dat het gaat om personen behorend tot een sociaal achtergestelde groep is eveneens te kwalificeren als een procedureel vereiste. Het is tenslotte aan de nationale autoriteiten om in voldoende mate rekening te houden met dit aspect bij de evenredigheidstoets van de maatregel. De proportionaliteitstoets wordt echter, vanzelfsprekend, ingevuld met materiële criteria: waaronder de duur van de illegale bewoning, de mogelijkheden voor alternatieve huisvesting en de kwetsbaarheid van deze groep.¹⁹⁴ In deze uitspraak legt het Hof de nadruk op het verloop van de *procedure* op nationaal niveau, en laat het na om een meer inhoudelijk oordeel te vellen over de zaak. Dit is in lijn met de subsidiaire positie van het Hof en ook de ruime *margin of appreciation*. Tegelijkertijd roept dit de vraag op of een dergelijke procedurele uitkomst van de zaak bevredigend is voor klagers. Het is dan immers denkbaar dat zolang de nationale procedure zorgvuldig is verlopen het Hof geen reden ziet om een meer inhoudelijk oordeel te geven over het besluit.¹⁹⁵ Met als gevolg dat een voor klagers inhoudelijk onwenselijk besluit, mits zorgvuldig tot stand gekomen, overeind blijft. Het Hof benadrukt zelf regelmatig het belang dat het hecht aan een procedurele beoordeling.¹⁹⁶ Wanneer de nationale inmenging proportioneel is en dus binnen de belangenafweging voldoende

192 EHRM 24 april 2012, *EHRC* 2012, 149, m.nt. K. Henrard, par. 133 (*Yordanova e.a. t. Bulgarije*).

193 Vgl. ook Leijten 2015, p. 341.

194 Brems spreekt in dit verband van een zogenaamde ‘substance-flavoured procedural review’ van het Hof. Hierbij gaat het om ‘a review of the quality of the human rights scrutiny performed at the domestic level’ (zie Brems 2017). De beoordeling is procedureel van aard; de nadruk van het onderzoek ligt echter op hoe de nationale autoriteiten de inhoud van de zaak hebben behandeld, aldus Lavrysen onder verwijzing naar Brems (Lavrysen 2016, p. 181 en p. 109-110).

195 Vgl. ook Gerards 2017 en de verwijzing naar het achtergrond document van een aantal rechters voor de opening van het juridische jaar 2015: http://www.echr.coe.int/Documents/Seminar_background_paper_2015_ENG.pdf, met name onder de punten 37 e.v. en de verwijzing daar naar: EHRM 12 juni 2014, *EHRC* 2014, 219, m.nt. A.J. Overbeeke, par. 150-151 (Grote Kamer) (Fernández Martínez t. Spanje) (geen verlenging arbeidscontract van godsdienstleraar, een katholieke getrouwde priester en vader, nadat bekend is geworden dat hij zich verzet tegen standpunten van de katholieke kerk – waaronder abortus, echtscheiding – was legitiem en proportioneel; geen schending van artikel 8 EVRM). De beoordeling van de Spaanse autoriteiten was gemotiveerd en niet willekeurig, aldus het Hof.

196 Zie Gerards 2017 en de verwijzing naar de Bijdrage van het Hof aan de conferentie in Brussel: http://www.echr.coe.int/Documents/2015_Brussels_Conference_Contribution_Court_ENG.pdf, zie onder punt 6 e.v. Zie ook hoofdstuk 7 van Nussberger in dezelfde bundel ten aanzien van het nadeel voor klager van een procedurele beoordeling door het Hof.

rekening is gehouden met het belang van klager en het besluit/rechterlijk oordeel is gemotiveerd, ontbreekt voor het Hof,¹⁹⁷ de noodzaak om zijn eigen oordeel in de plaats te stellen voor dat van de nationale autoriteiten.¹⁹⁸ Een procedurele beoordeling van de nationale belangenafweging volstaat dan.

Een bevestiging van hetgeen het Hof heeft bepaald in *Yordanova e.a.* zien we in *Winterstein e.a.*¹⁹⁹ Het gaat in deze zaak om een langdurig door de autoriteiten gedoogde illegale bewoning. Ook in deze zaak is niet aangetoond dat de uitzetting noodzakelijk was. De gemeentelijke autoriteiten en de nationale rechters hebben onvoldoende rekening gehouden met de kwetsbare positie waarin Roma zich bevinden.²⁰⁰ Bij de invulling van de proportionaliteitsstoets dient op nationaal niveau rekening te worden gehouden met de lange duur van de bewoning, de lange tijd dat deze bewoning is gedoogd en tot slot de groepsdimensie.²⁰¹ Het Hof komt zowel tot een procedurele als een materiële schending van artikel 8 EVRM.

Het voorgaande illustreert tot slot dat een waterdicht onderscheid tussen deel I en deel II van deze studie ontbreekt. Het Hof leest diverse procedurele waarborgen in in artikel 8 EVRM (deel I) en tegelijkertijd beperkt het zijn eigen toets in sommige gevallen²⁰² tot een (semi) procedurele toets (deel II) waarbij het de naleving van de onder artikel 8 EVRM geformuleerde procedurele verplichtingen (inclusief materiële criteria) toetst (deel I).²⁰³

6.3.4 Privacy kwesties: toegang tot persoonlijke/vertrouwelijke informatie

Voor wat betreft de toegang tot persoonlijke/vertrouwelijke informatie bestaat voor een deel overlap met het recht op informatie in milieuzaken.²⁰⁴ Ook in milieuzaken kan het tenslotte gaan om gezondheids/veiligheidsinformatie

197 Zie eerder: hoofdstuk 5, paragraaf 5.3.2.1.

198 EHRM 20 mei 2014, zaaknr. 4241/12, par. 57-58 (*Mc. Donald t. het Verenigd Koninkrijk*) (beperking nachtelijke verpleging van een oude beperkt mobiele dame; beperking niet voorzien bij wet op dat punt schending artikel 8 EVRM. De klacht is kennelijk ongegrond ingevolge artikel 35, lid 3 en lid 4 t.a.v. de keuze om de nachtelijke verpleging te beperken vanwege de *margin of appreciation* op dit terrein en de omgang met schaarse middelen; de beperking is noodzakelijk in een democratische samenleving volgens het Hof en de belangafweging was proportioneel).

199 Leijten 2015, p. 341 e.v.

200 EHRM 17 oktober 2013, EHRC 2014, 31, m.nt. K. Henrard, par. 161 (*Winterstein e.a. t. Frankrijk*).

201 EHRM 17 oktober 2013, EHRC 2014, 31, m.nt. K. Henrard, par. 160 (*Winterstein e.a. t. Frankrijk*).

202 Steeds vaker, zie de bijdragen van Brems (2017) en Nussberger (2017).

203 Gerards duidt de in deel I van deze studie beschreven ontwikkeling in combinatie met de beoordeling van de kwaliteit van de nationale besluitvorming (inclusief de wetgever) op proportionaliteit als 'procedural turn'. Zie Brems & Gerards 2017 en Gerards 2017. Zie over de 'procedural turn' ook: Arnardóttir 2017.

204 Zie paragraaf 6.3.2.

voor de betrokkene(n). Dit type informatie geldt doorgaans wel voor meer mensen, denk hierbij aan gezondheidsrisico's voor omwonenden van een fabriek. Onder omstandigheden zijn de nationale autoriteiten verplicht om uit eigen beweging onder artikel 8 EVRM informatie te verstrekken (zie *Vilnes e.a.*),²⁰⁵ en bovendien dient in ieder geval te zijn voorzien in een procedure om informatie te verkrijgen.²⁰⁶

In de kern komt de procedurele plicht die het Hof in het kader van de toegang tot de persoonlijke/vertrouwelijke informatie heeft ingelezen neer op de mogelijkheid naar nationaal recht om de weigering van de openbaarmaking van de persoonlijke/vertrouwelijke informatie aan te vechten. Het kan zo zijn dat belangen van derden aan de openbaarmaking van de informatie in de weg staan. Een eventuele weigering moet wel worden gemotiveerd.

In de eerste plaats is in het kader van de toegang tot persoonlijke informatie de Grote Kamer uitspraak in de zaak *Gaskin*²⁰⁷ van belang. Klager Gaskin is in zijn jeugd in verschillende pleeggezinnen opgegroeid. Klager stelt dat hij niet in alle pleeggezinnen goed is behandeld. Het verzoek om informatie over deze periode levert niets op: de autoriteiten weigeren de gegevens uit de persoonsdossiers te verstrekken. Het Hof oordeelt in deze zaak dat het ontbreken van een onafhankelijke autoriteit die de weigering van het informatieverzoek beoordeelt, ontbreekt. Dit resulteert in een schending van artikel 8 EVRM.²⁰⁸ Het vereiste dat een onafhankelijke autoriteit een oordeel moet kunnen geven over de rechtmatigheid van het besluit, en dat voor betrokkene dus de mogelijkheid moet bestaan om zich tot deze autoriteit te wenden is een artikel 13 EVRM vereiste, en wordt hier dus onderdeel van artikel 8 EVRM.²⁰⁹

Ten grondslag aan een dergelijk informatieverzoek ligt vaak een 'vital interest' van betrokkene. Dergelijke informatie is voor de betrokkene nodig om zijn/haar jeugd beter te kunnen begrijpen, en daarmee een volledig beeld van de persoonlijke identiteit te krijgen. Tegelijkertijd is juist de vertrouwelijkheid van de informatie van belang om objectieve en betrouwbare informatie

205 Zie: EHRM 5 december 2013, *AB* 2014, 105, m.nt. T. de Jong, *EHRC* 2014, 45, m.nt. A.C. Hendriks, *JAR* 2014, 72, m.nt. M.S.A. Vegter, *NJ* 2015, 129, m.nt. E.A. Alkema (*Vilnes e.a. t. Noorwegen*).

206 Zie ook: EHRM 19 oktober 2005, *EHRC* 2005, 118, *NJ* 2009, 453 par. 167 (Grote Kamer) (*Roche t. Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 19 februari 1998, *JB* 1998, 49, m.nt. A.W. Heringa, par. 60 (Grote Kamer) (*Guerra e.a. t. Italië*).

207 EHRM 7 juli 1989, *NJ* 1991, 659, m.nt. E. Dommering (*Gaskin t. Verenigd Koninkrijk*).

208 EHRM 7 juli 1989, zaaknr. 10454/83, par. 49 (*Gaskin t. Verenigd Koninkrijk*). Een bevestiging van deze 'independent review' en het ontbreken van een rechtsmiddel tegen een afwijzing is te vinden in: EHRM 24 september 2002, zaaknr. 39393/98, i.h.b. par. 30 en 31 (*M.G. t. Verenigd Koninkrijk*) (verzoek om informatie gegevens 'social service').

209 Onder verwijzing naar deze zaak (en ook de *Hatton*-zaak) wijst Lavrysen op de relatie tussen het proportionaliteitsbeginsel en de verplichting om toegang te bieden tot effectieve remedies. Wanneer deze remedies ontbreken is de inmenging immers per definitie disproportioneel. Lavrysen 2016, p. 179-181.

te verkrijgen, en daarnaast met het oog op belangen van derden.²¹⁰ Het zijn dus deze belangen die op nationaal niveau moeten worden gewogen om te kunnen beslissen op het informatieverzoek.

In aansluiting op het voorgaande kan gewezen worden op de zaak *Mikulic*²¹¹ waarin de vermeende vader van klagster niet meewerkt aan een DNA-test. Opnieuw benadrukt het Hof hier het vitale belang van klagster voor haar ontwikkeling en identiteitsvorming om te weten wie haar biologische vader is.²¹² Het ontbreken van procedurele maatregelen naar nationaal recht om op andere wijze het vaderschap binnen afzienbare tijd vast te stellen, is voor het Hof reden om te oordelen dat de Kroatische autoriteiten hier tekort zijn geschoten in de bescherming van het recht op privéleven van klagster. Hoewel onder artikel 8 EVRM aan de Staat een *margin of appreciation* toekomt, laat dit onverlet dat:

‘(...) under such a system the interests of the individual seeking the establishment of paternity must be secured when paternity cannot be established by means of DNA testing. The lack of any procedural measure to compel the alleged father to comply with the court order is only in conformity with the principle of proportionality if it provides alternative means enabling an independent authority to determine the paternity claim speedily. No such procedure was available to the applicant in the present case (...) [cursivering: TdJ].’²¹³

De vaststelling van het vaderschap dient dus bovendien ‘speedily’ te gebeuren. In een zaak waarin de moeder op haar sterfbed de naam van de biologische vader aan haar 52 jarige dochter had verteld, probeerde de dochter vervolgens tevergeefs het juridisch vaderschap vast te stellen.²¹⁴ De verjaringstermijnen werden namelijk strikt gehanteerd door de nationale autoriteiten, en dit excessief formalisme wijst het Hof van de hand.

Verder dient ook in de gevallen dat het gaat om toegang tot persoonlijke vertrouwelijke informatie te zijn voorzien in een toegankelijke procedure.²¹⁵

210 EHRM 7 juli 1989, NJ 1991, 659, m.nt. E. Dommering, par. 49 (*Gaskin t. Verenigd Koninkrijk*).

211 EHRM 13 maart 2002, EHRC 2002, 25, m.nt. Janssen (*Mikulic t. Kroatië*). Zie voor een vergelijkbare zaak: EHRM 30 mei 2006, RvdW 2006, 721 (*Ebru en Tayfun Engin Colak t. Turkije*).

212 EHRM 13 maart 2002, EHRC 2002, 25, m.nt. Janssen, par. 64 (*Mikulic t. Kroatië*). Zie een recentere bevestiging van dit belang van het kind om de identiteit te weten: EHRM 14 januari 2016, EHRC 2016, 76, m.nt. S. Florescu (*Mandet t. Frankrijk*).

213 EHRM 13 maart 2002, EHRC 2002, 25, m.nt. Janssen, par. 64 (*Mikulic t. Kroatië*).

214 Zie EHRM 20 december 2007, EHRC 2008, 3, m.nt. F.M.J. den Houdijker (*Phinikaridou t. Cyprus*), zoals genoemd op p. 382 in White & Ovey 2014.

215 Vgl. ook: Harris e.a. 2014, p. 563-564.

In dit kader kan gewezen worden op de ontvankelijkheidsbeslissing *Brinks* tegen Nederland.²¹⁶

In *Brinks* heeft klager bij de Minister van Binnenlandse Zaken verschillende Wob – verzoeken ingediend met het verzoek om inzage in over hem verzamelde gegevens. De Minister heeft de verzoeken afgewezen en de rechtbank heeft een deel van de gegevens ter beschikking gesteld. De ABRvS schaart zich uiteindelijk achter het besluit van de Minister om de gegevens niet te verstrekken. Klager wil inzage in deze gegevens, omdat hij meent dat dit nadelige gevolgen voor zijn privéleven heeft gehad, in het bijzonder bij het vinden van een baan. De Minister heeft de verzoeken geweigerd nu het zowel informatie over derden kan bevatten als informatie over de werkwijze en werkzaamheden van de veiligheidsdienst.

Het EHRM verklaart de zaak niet-ontvankelijk nu de nationale procedure voorziet in een volle rechterlijke toets. Het gaat hier om een ‘volle’ rechterlijke toets omdat de rechter inzage krijgt in de gegevens en zo de juistheid van de weigering kan beoordelen. De procedure is dus zorgvuldig en tussen het belang van klager en het belang van nationale veiligheid is een redelijke afweging gemaakt. In de sfeer van de nationale veiligheid komen de Staten bovendien een *margin of appreciation* toe.²¹⁷

De procedurele component van artikel 8 EVRM brengt dus met zich dat naar nationaal recht de mogelijkheid moet bestaan om de redelijkheid van een weigering van een persoonlijk of vertrouwelijk informatieverzoek aan te vechten. In de gevallen dat het gaat om toegang tot persoonlijke informatie die nodig is voor de ontwikkeling van iemands identiteit, acht het Hof dit type informatie van vitaal belang. Dit is voor het Hof dan ook reden om het belang van een toegankelijke procedure met betrekking tot deze informatie te onderstrepen. Hoe groter dus het belang dat op het spel staat, hoe meer nadruk het EHRM legt op een eerlijke en zorgvuldige procedure. Ook in de zaken waarin de aantasting ernstig is of kan zijn, zoals in artikel 3 EVRM uitzettingszaken, hecht het Hof waarde aan procedurele zorgvuldigheidseisen en een effectieve procedure voor betrokkenen.

6.3.5 Privé- en familieleven en het vreemdelingenrecht

Artikel 8 EVRM kan ook een rol spelen in het vreemdelingenrecht. Een uitzetting kan niet alleen een inmenging opleveren met artikel 3 EVRM²¹⁸ maar ook met het recht op familieleven onder artikel 8 EVRM als het gaat om gevestigde

216 EHRM 15 juli 2005, *EHRC* 2005, 65, m.nt. Janssen (ontv.besl.) (*Brinks t. Nederland*). Zie ook EHRM 14 februari 2006, *RvdW* 2006, 358 (*Turek t. Slowakije*). Christoffersen 2009, p. 495; Mowbray 2007, p. 503.

217 EHRM 15 juli 2005, *EHRC* 2005, 65, m.nt. Janssen (ontv.besl.) (*Brinks t. Nederland*).

218 Zie hoofdstuk 5, i.h.b. paragraaf 5.3.2 en 5.4.

migranten.²¹⁹ Een uitzetting levert immers een doorbreking van familiebanden op. In het merendeel van de EHRM-uitspraken²²⁰ die zien op de uitzetting en een mogelijke inbreuk met artikel 8 EVRM, stellen de nationale autoriteiten zich op het standpunt dat de vreemdeling een bedreiging vormt voor de nationale veiligheid.²²¹ Daarnaast kan artikel 8 EVRM aan de orde zijn wanneer het gaat om de toelating ('admission') van een vreemdeling. Met een beroep op het recht op privé- of familielevens wordt geprobeerd een uitzetting te voorkomen of juist een aanspraak op verblijf te realiseren.²²² De omstandigheden van het geval zijn bepalend voor de vraag of het Hof de vraag naar het verblijfsrecht behandelt onder het recht op privé- of familielevens.²²³

Onder artikel 8 EVRM kan het dus zowel gaan om de negatieve verplichting om in principe niet te interfereren met het privé- en/of familielevens van betrokkenen (uitzetting). Daarnaast kan onder omstandigheden de positieve verplichting bestaan onder artikel 8 EVRM om de vreemdeling toe te laten (gezinsvorming/gezinshereniging).²²⁴ Op papier is sprake van een onderscheid tussen de negatieve en positieve verplichtingen: de Staat dient zich te onthouden of juist over te gaan tot actie.²²⁵ De praktijk is echter weerbarstiger: het onderscheid is vaak diffuus.²²⁶ Niettemin bestaan er ook verschillen tussen de negatieve en positieve verplichtingen onder artikel 8 EVRM.²²⁷ Zo is het in het geval van positieve verplichtingen onder artikel 8 EVRM, eerste lid aan de klager om aan te tonen dat zijn belang onder een van de beschermde deelrechten van artikel 8 EVRM valt. Wanneer het echter gaat om een negatieve verplichting is het aan de Staat om te laten zien dat de beperking van het onder artikel 8 EVRM aangenomen recht conform de voorwaarden van het

219 Klaassen 2015, p. 47.

220 In sommige gevallen verblijft de migrant illegaal, zoals bijvoorbeeld in: EHRM 31 januari 2006, EHRC 2006, 35, m.nt. A.J.Th. Woltjer, par. 44 (*Rodrigues da Silva en Hoogkamer t. Nederland*).

221 Vgl. Klaassen 2015, p. 47 en zie ook: Woltjer 2015, onder C.2 (digitaal geraadpleegd). Achterliggend legitiem doel is het voorkomen van wanorde of misdaad, en de Staten komen op dit punt een beoordelingsruimte toe (Klaassen 2015, p. 47; Harris e.a. 2014, p. 577). Bij de beoordeling of de uitzetting gerechtvaardigd is, geldt een aantal in de EHRM-jurisprudentie ontwikkelde inhoudelijke criteria, waaronder: de aard en de ernst van het vergrijp, de familiesituatie van betrokkene etc. Landmarkcase in dezen is: EHRM 18 oktober 2006, EHRC 2006, 146, m.nt. A.J.Th. Woltjer, JV 2006, 417, m.nt. PB, NJ 2007, 415, m.nt. E.A. Alkema, RodW 2007, 164 (Grote Kamer) (*Üner t. Nederland*). Zie ook: Grabenwarter 2014, p. 229 e.v.

222 Vgl. Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 111-112; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 93; Van Dijk e.a. 2006, p. 705. Zie ook: Woltjer 2015, onder C.2 (digitaal geraadpleegd) en EHRM 8 december 2011, EHRC 2011, 162, m.nt. Aarrass & Helmink, par. 49 (*A.A. t. Verenigd Koninkrijk*). Vgl. ook: Klaassen 2015, i.h.b. hoofdstuk 3 en 9, en daarnaast de hierna te bespreken EHRM-jurisprudentie.

223 Woltjer 2015, onder C.2 (digitaal geraadpleegd); Grabenwarter 2014, p. 230.

224 Woltjer 2015, onder C.2 (digitaal geraadpleegd). Vgl. ook: Smyth 2015, p. 73-75.

225 Woltjer 2015, onder C.2.2.4 (digitaal geraadpleegd) onder verwijzing naar: EHRM 31 januari 2006, EHRC 2006, 35, m.nt. A.J.Th. Woltjer (*Rodrigues da Silva en Hoogkamer t. Nederland*).

226 Zo merkt Klaassen op: Klaassen 2015, p. 47 en p. 62-74.

227 Helder uiteengezet door Slingenberg in haar dissertatie: Slingenberg 2012.

tweede lid van dit artikel is.²²⁸ Dit maakt het dus van belang of het Hof een verplichting als positief danwel negatief kwalificeert, omdat het eerste lid onder artikel 8 EVRM gunstiger is voor de Staat nu het in dat geval aan klager is om te laten zien dat de kwestie onder het recht op privé- en familielevens valt.²²⁹ Wel hanteert het Hof, zoals eerder opgemerkt in dit hoofdstuk, dezelfde *fair balance*-toets in het geval van een toets aan de negatieve of positieve verplichting onder artikel 8 EVRM.²³⁰ Artikel 8 EVRM is tot slot niet onbegrensd. Zo bevat het geen recht op verblijf.²³¹

In deze paragraaf gaat het primair – in lijn met de doelstelling van dit onderzoek – om de procedurele waarborgen die het Hof onder artikel 8 EVRM in migratiezaken heeft geformuleerd. Het gaat dan om het beginsel van hoor en wederhoor, de voortvarendheid van de procedure en tot slot het beste belang van het kind. Bij het belang van het kind gaat het erom in welke mate hiermee in de procedure rekening moet worden gehouden. De selectie van de waarborgen is tot stand gekomen aan de hand van een selectie EHRM-uitspraken, en relevante (hand)boeken/artikelen.²³² Gelet op het ontbreken van een waterdichte scheiding tussen de negatieve en positieve verplichtingen,²³³ komen in het hiernavolgende zowel EHRM-zaken aan bod waarin beide type verplichtingen afzonderlijk of tegelijkertijd aan de orde zijn.²³⁴ Dit betekent dat het kan gaan om zaken waarin een vreemdeling wordt uitgezet en/of zaken waarin het gaat om de vraag of de vreemdeling aanspraak kan maken op een verblijfstitel.²³⁵

Hoor en wederhoor

In *Al Nashif* tegen Bulgarije²³⁶ constateert het Hof onder artikel 8 EVRM een aantal procedurele tekortkomingen in de nationale procedure. De van Palestijnse afkomst staatloze Al Nashif is klager in deze zaak, en woont met zijn vrouw en kinderen in Bulgarije. Zijn verblijfsvergunning is door de Bulgaarse autori-

228 Slingenberg 2012, p. 373-375.

229 Slingenberg 2012, p. 375.

230 Klaassen 2015, p. 62. Klaassen is kritisch en stelt voor wel te differentiëren (p. 81-83).

231 EHRM 28 juni 2011, EHRC 2011, 133, m.nt. A.J.Th. Woltjer (*Nunez t. Noorwegen*).

232 O.m. de uitspraken gepubliceerd in de EHRC en JV, en daarnaast: Woltjer 2015, onder C.2 (digitaal geraadpleegd), Schabas 2015, Klaassen 2015, Harris e.a. 2014, White & Ovey 2014 en Grabenwarter 2014.

233 Woltjer 2015, onder C.2.2.4 (digitaal geraadpleegd) onder verwijzing naar: EHRM 31 januari 2006, EHRC 2006, 35, m.nt. A.J.Th. Woltjer (*Rodrigues da Silva en Hoogkamer t. Nederland*). Zie ook Lavrysen over het lastig te maken onderscheid tussen negatieve verplichtingen en positieve verplichtingen: Lavrysen 2016, i.h.b. p. 53-57.

234 Zie ook Klaassen 2015, i.h.b. zijn paragraaf 'Hybrid obligations', p. 62-77. Treffend brengt Klaassen het diffuse onderscheid tot uitdrukking door de vraag te stellen waarom een weigering van een toelating van de vreemdeling niet net zo goed een inmenging in het recht op privé/familielevens van de betrokkene oplevert (zie p.62).

235 Woltjer 2015, onder C.2.2.4 (digitaal geraadpleegd).

236 EHRM 20 juni 2002, EHRC 2002, 66, m.nt. Forder, JV 2002, 239, m.nt. Guild (*Al Nashif t. Bulgarije*).

teiten echter ingetrokken omdat hij een gevaar zou vormen voor de nationale veiligheid, nu hij religieuze activiteiten zou ontplooiën voor een fundamentalistische organisatie.

In casu ontbreekt een procedure op tegenspraak,²³⁷ zijn de redenen voor het besluit niet aan klager medegedeeld en bestond er geen beroepsmogelijkheid.²³⁸ Onder artikel 13 EVRM gaat het EHRM in op de mogelijkheid van een procedure op tegenspraak. Hoewel procedurele beperkingen vanwege de nationale veiligheid nodig kunnen zijn, betekent dit echter niet dat er helemaal geen procedurele waarborgen meer hoeven te zijn, zo overweegt het Hof:

‘Even where an allegation of a threat to national security is made, the guarantee of an effective remedy requires as a minimum that the competent independent appeals authority must be informed of the reasons grounding the deportation decision, even if such reasons are not publicly available. The authority must be competent to reject the executive’s assertion that there is a threat to national security where it finds it arbitrary or unreasonable. There must be some form of adversarial proceedings, if need be through a special representative after a security clearance. Furthermore, the question whether the impugned measure would interfere with the individual’s right to respect for family life and, if so, whether a fair balance is struck between the public interest involved and the individual’s rights must be examined. [cursivering: TdJ].’²³⁹

Op een manier moet dus een procedure op tegenspraak mogelijk zijn, eventueel met behulp van een ‘special representative’.²⁴⁰ Deze vertegenwoordiger vertoont veel overeenkomsten met de figuur van de ‘special advocate’ naar Brits recht, waarvan het EHRM in een latere zaak²⁴¹ oordeelde dat deze kan bijdragen aan de verdedigingsrechten. Deze advocaat krijgt inzage in de vertrouwelijke stukken, en kan vervolgens namens cliënt (contact na inzage door de ‘special advocate’ met zijn cliënt is verboden) de verdediging voeren. Zo wordt recht gedaan aan het beginsel van een procedure op tegenspraak.²⁴²

237 Zie ook: EHRM 24 april 2008, *EHRC* 2008, 79, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2008, 264, m.nt. PB (C.G. e.a. t. *Bulgarije*); EHRM 11 februari 2010, zaaknr. 31465/08 (*Raza t. Bulgarije*) en EHRM 12 februari 2013, zaaknr. 58149/08 (*Amie e.a. t. Bulgarije*).

238 EHRM 20 juni 2002, *EHRC* 2002, 66, m.nt. Forder, *JV* 2002, 239, m.nt. Guild, par. 126 en 128 voor de conclusie (*Al Nashif t. Bulgarije*).

239 EHRM 20 juni 2002, *EHRC* 2002, 66, m.nt. Forder, *JV* 2002, 239, m.nt. Guild, par. 137 (*Al Nashif t. Bulgarije*).

240 EHRM 20 juni 2002, *EHRC* 2002, 66, m.nt. Forder, *JV* 2002, 239, m.nt. Guild, par. 137 (*Al Nashif t. Bulgarije*).

241 EHRM 19 februari 2009, *JV* 2009, 142, m.nt. Van Kempen & T. Spijkerboer (*A. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

242 Zie anders, namelijk een beperkte kennisname van het dossier door de rechter: EHRM 6 december 2007, *EHRC* 2008, 33, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2008, 32, m.nt. PB, par. 61-63 (*Liu en Liu t. Rusland*).

In de ontvankelijkheidsbeslissing *I.R. en G.T.*²⁴³ heeft het Hof herhaald dat deze speciale advocaten voldoende waarborgen bieden om het recht van artikel 8 EVRM te beschermen. Het ging in deze procedures om ongewenst verklaarde vreemdelingen, vanwege het gevaar voor de nationale veiligheid. Het Hof differentieert overigens wel tussen de procedurele verplichtingen onder artikel 8 EVRM en die onder de artikelen 5 en 6 EVRM. Onder de laatste twee artikelen gaat het om vrijheidsontneming en strafrechtelijke vervolging, en het Hof toetst dan strenger.²⁴⁴ Dit bevestigt opnieuw dat de ernst van de maatregel de toets strenger maakt.

In de uitzettingszaak *Alim* tegen Rusland²⁴⁵ hebben de autoriteiten nagelaten om een hoorzitting te houden en daarnaast is de echtgenoot van klager niet gehoord.²⁴⁶ Beide eisen zijn artikel 6 EVRM-eisen en worden hier dus binnen het bereik van artikel 8 EVRM gebracht. Vanuit het perspectief van klager bezien betekent dit een verruiming van de procedurele bescherming onder artikel 8 EVRM. Voor de Staat brengt dit een toename in het aantal procedurele verplichtingen met zich waaraan hij moet voldoen. Het Hof concludeert dat uitzetting van klager in strijd is met artikel 8 EVRM.²⁴⁷

Voortvarendheid procedure

De Grote Kamer uitspraak van het Hof in de zaak *De Souza Ribeiro*²⁴⁸ ziet in de kern op een te snelle uitzetting van klager. Dit is de reden om deze uitspraak onder de voortvarendheid van de procedure te bespreken. Daarnaast laat deze uitspraak zien dat het Hof sterk focust op de nationale procedurele gang van zaken, en de effectiviteit en toegankelijkheid van een nationaal rechtsmiddel benadrukt. Verder blijkt er een verschil te bestaan tussen een rechtsmiddel met schorsende werking in het nationale recht in het kader van artikel 3 en artikel 8 EVRM.

Klager in deze zaak is de in Frans Guyana woonachtige *De Souza Ribeiro*. Vanaf zijn zevende verblijft hij hier met zijn ouders. In 2006 is hij vanwege drugsbezit veroordeeld tot twee maanden voorwaardelijke gevangenisstraf, en een proefperiode van twee jaar. Later, in 2007, wordt klager bij een verkeerscontrole aangehouden, waarbij hij niet kan aantonen dat hij legaal in Frans Guyana verblijft. Hierop is hij door de nationale autoriteiten gearresteerd en

243 EHRM 28 januari 2014, EHRC 2014, 184 (ontv.besl.) (*I.R. en G.T. t. Verenigd Koninkrijk*).

244 EHRM 28 januari 2014, EHRC 2014, 184, par. 61 e.v. (ontv.besl.) (*I.R. en G.T. t. Verenigd Koninkrijk*).

245 EHRM 27 december 2011, JV 2012, 166 (*Alim t. Rusland*).

246 Par. 97.

247 De autoriteiten hebben verder onvoldoende rekening gehouden met wat in het beste belang van het kind is, en in de belangenafweging is onvoldoende rekening gehouden met of klager een gevaar voor de openbare orde/veiligheid vormde. De impact van het uitzettingsbesluit en het inreisverbod op het familieleven van klager is evenmin onderzocht, en dit gaat buiten de *margin of appreciation* van de Staat, zie par. 96-100.

248 EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 43, JV 2013, 86, m.nt. A.M. Reneman (Grote Kamer) (*De Souza Ribeiro t. Frankrijk*).

is een uitzettingsbevel tegen hem uitgevaardigd. Binnen 36 uur na dit bevel, wordt klager uitgezet. Klager heeft nog wel de dag na het uitzettingsbevel om een rechterlijke toets van het bevel verzocht. Dit weerhoudt de nationale autoriteiten er echter niet van om klager binnen minder dan een uur na zijn verzoek uit te zetten. De rechter verwerpt hierop het beroep van klager: het belang is niet langer aanwezig nu klager is uitgezet. Overigens wordt later alsnog een verblijfsvergunning toegekend aan klager en wordt de eerdere uitzetting na onderzoek door de rechter onrechtmatig verklaard.

In Straatsburg oordeelt de Kamer van het Hof dat geen sprake is van een schending van artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 8 EVRM. De Grote Kamer van het Hof oordeelt echter unaniem dat hier wel sprake van is. Van toegang tot een effectief rechtsmiddel is in casu geen sprake.²⁴⁹

In tegenstelling tot wat het Hof onder artikel 3 EVRM in combinatie met artikel 13 EVRM heeft bepaald, acht het Hof het onder artikel 8 EVRM in combinatie met artikel 13 EVRM geen vereiste voor de effectiviteit dat naar nationaal recht een rechtsmiddel met schorsende werking voor handen is.²⁵⁰ Het Hof laat echter na om dit te motiveren.²⁵¹ In beide gevallen gaat het om een uitzetting van de vreemdeling. Met het verschil dat onder artikel 3 EVRM sprake moet zijn van een verdedigbare klacht dat er een reëel risico bestaat van een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling met potentiële onomkeerbare schade tot gevolg. In familiezaken onder artikel 8 EVRM is geen sprake van een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling bij uitzetting. Toch laat dit onverlet dat zich – zeker in het geval van minderjarige kinderen – wel onomkeerbare schade ten aanzien van de doorbreking van familiebanden kan voordoen. De rechters in hun *dissenting opinion* bij de eerste uitspraak van de Kamer noemen ook de negatieve gevolgen voor het kind van een plotselinge maatregel waarbij hij van (een van) zijn ouder(s) wordt gescheiden.²⁵² De rechters overwegen:

‘sudden, brutal and often radical separation from one’s family as a result of a removal measure can have a devastating effect on the individual concerned. Detaining, then deporting a person, sometimes far from their family, can cause suffering, anxiety and distress. Especially if the person has no opportunity to submit arguments to, or be heard by, an appropriate national authority before they are deported.’²⁵³

249 EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 43, JV 2013, 86, m.nt. A.M. Reneman, par. 99 (Grote Kamer) (*De Souza Ribeiro t. Frankrijk*).

250 EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 43, JV 2013, 86, m.nt. A.M. Reneman, par. 83 (Grote Kamer) (*De Souza Ribeiro t. Frankrijk*).

251 EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 43, JV 2013, 86, m.nt. A.M. Reneman, par. 99 (Grote Kamer) (*De Souza Ribeiro t. Frankrijk*). Zie ook de kritische noot van Reneman op dit punt (onder de punten 4 en 5).

252 Zie de verwijzing van Reneman in haar noot onder punt 4.

253 EHRM 30 juni 2011, zaaknr. 22689/07 (*De Souza Ribeiro t. Frankrijk*). *Dissenting opinion* van de rechters: Spielmann, Berro-Lefevre en Power.

In casu was klager niet minderjarig, toch overweegt de Grote Kamer van het Hof dat de uitzetting van klager hem 'genuine distress and uncertainty' moet hebben bezorgd.²⁵⁴

In de tweede plaats benadrukt de Grote Kamer in deze uitspraak het belang van een effectief en toegankelijk nationaal rechtsmiddel. Dit is conform het subsidiariteitsbeginsel.²⁵⁵ Kort op de arrestatie van klager volgde het besluit om klager uit te zetten. Dit wijst op een ontbrekend onderzoek aan de zijde van de nationale autoriteiten (de uitvoerende in dit geval). Vervolgens is klager binnen 36 uur na uitvaardiging van het uitzettingsbesluit daadwerkelijk uitgezet, met als gevolg dat noch de uitvoerende autoriteit, noch de rechter het uitzettingsbesluit hebben kunnen onderzoeken.²⁵⁶ Het door klager aanhangig gemaakte beroep bij de rechter tegen het uitzettingsbesluit heeft ook niks uitgehaald: een uur na dit beroep werd hij zonder rechterlijk onderzoek uitgezet.²⁵⁷

De 36 uur waarbinnen het uitzettingsbevel ten uitvoer is gelegd, is weinig bevorderlijk voor de in de praktijk aanwezige effectiviteit en toegankelijkheid van het rechtsmiddel. De snelheid van de toegang tot het rechtsmiddel mag niet de praktische effectiviteit in de weg staan.²⁵⁸ De Grote Kamer van het Hof komt tot de slotsom dat klager in de praktijk niet beschikte over een effectief rechtsmiddel ten aanzien van artikel 8 EVRM toen hij werd uitgezet.²⁵⁹

Opvallend aan deze uitspraak is dat het EHRM (de Grote Kamer dit keer) onder artikel 13 EVRM op een terrein waar artikel 6 EVRM is uitgesloten een typische 6 EVRM-eis toepast. Namelijk een *toegankelijk* effectief rechtsmiddel. In theorie beschikte klager in casu over toegang tot een effectief rechtsmiddel: hij kon immers beroep instellen tegen het uitzettingsbesluit. De snelle tenuitvoerlegging van het uitzettingsbesluit maakt een onderzoek naar de rechtmatigheid van het uitzettingsbesluit echter onmogelijk, en daarmee het rechtsmiddel ineffectief en ontoegankelijk. Eerder, in de Nederlandse zaak *G.R.*²⁶⁰ zagen we iets vergelijkbaars: ook daar paste het Hof via artikel 13 EVRM het toegankelijkheidsvereiste toe in een vreemdelingenrechtelijke casus.

254 EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 43, JV 2013, 86, m.nt. A.M. Reneman, par. 107 (Grote Kamer) (*De Souza Ribeiro t. Frankrijk*) en punt 4 van de noot.

255 EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 43, JV 2013, 86, m.nt. A.M. Reneman, par. 84 en par. 98 (Grote Kamer) (*De Souza Ribeiro t. Frankrijk*).

256 EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 43, JV 2013, 86, m.nt. A.M. Reneman, par. 88 (Grote Kamer) (*De Souza Ribeiro t. Frankrijk*).

257 EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 43, JV 2013, 86, m.nt. A.M. Reneman, par. 94-95 (Grote Kamer) (*De Souza Ribeiro t. Frankrijk*).

258 EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 43, JV 2013, 86, m.nt. A.M. Reneman, par. 95 (Grote Kamer) (*De Souza Ribeiro t. Frankrijk*).

259 EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 43, JV 2013, 86, m.nt. A.M. Reneman, par. 99 (Grote Kamer) (*De Souza Ribeiro t. Frankrijk*).

260 EHRM 10 januari 2012, AB 2012, 31, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*G.R. t. Nederland*).

Met deze uitspraak lijkt het Hof de werkingssfeer van artikel 6 EVRM dus opnieuw onder omstandigheden te verruimen en van toepassing te verklaren op vreemdelingenrechtelijke kwesties. Hoewel de Grote Kamer van het Hof in deze uitspraak overweegt dat artikel 8 EVRM in combinatie met artikel 13 EVRM geen schorsende werking vereist, is in deze uitspraak *de facto* toch sprake van de wens van een rechtsmiddel met schorsende werking. Immers: uitzetting had niet plaats mogen vinden, voordat een onderzoek was uitgevoerd door de rechterlijke autoriteiten.

Tot slot volgt uit deze uitspraak dat, hoewel Staten een ruime beoordelingsruimte toekomt ingevolge artikel 13 EVRM, deze ruimte niet onbegrensd is. Zo dienen de Staten namelijk wel minimum procedurele waarborgen te bieden om betrokkenen tegen willekeurige uitzetting te beschermen.²⁶¹

Anders is de zaak *Butt*,²⁶² waarin de nationale autoriteiten juist niet snel genoeg het uitzettingsbesluit ten uitvoer hebben gelegd. Terecht merkt Woltjer op dat 'het EHRM [kennelijk] van de verdragsstaten [verwacht] dat zij uitzettingsprocedures zorgvuldig maar wel snel voorbereiden en uitvoeren. Het blijft balanceren tussen zorgvuldigheid en snelheid...'.²⁶³ In het talmen aan de zijde van de Noorse autoriteiten vindt het Hof een uitzonderlijke omstandigheid op grond waarvan de positieve verplichting ontstaat om verblijf toe te staan aan de betrokkene.²⁶⁴ Hoe meer tijd een tenuitvoerlegging van het uitzettingsbesluit in beslag neemt, hoe groter de aanspraak op verblijf.²⁶⁵

Van een lang stilzitten aan de kant van de nationale autoriteiten was eveneens sprake in de zaak *Kaplan*.²⁶⁶ Het EHRM oordeelde dat de autoriteiten het uitzettingsbesluit niet snel genoeg ten uitvoer hebben gelegd. Dit maakt dat, in combinatie met andere factoren (waaronder onvoldoende gewicht aan belang van het kind), het Hof tot een schending van artikel 8 EVRM komt.

Tot slot *Mugenzi* tegen Frankrijk²⁶⁷ waarin het Hof de positieve verplichting formuleert voor de Staat om snelheid en soepelheid te betrachten bij de behandeling van aanvragen en gezinsherenigingsprocedures. Deze zaak verschilt van de zaken *Butt* en *Nunez*.²⁶⁸ In deze twee zaken verbleven klagers en hun kinderen al op het grondgebied van de betreffende Staat, en was de vertraging vooral toe te schrijven aan de Staat en niet zozeer aan de vreemde-

261 EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 43, JV 2013, 86, m.nt. A.M. Reneman, par. 97 en par. 79 (Grote Kamer) (*De Souza Ribeiro t. Frankrijk*).

262 EHRM 29 januari 2013, EHRC 2013, 40, m.nt. A.J.Th. Woltjer (*Butt t. Noorwegen*), i.h.b. par. 76-91.

263 Zie onder punt 5 van de annotatie van Woltjer.

264 Zie opnieuw onder punt 5 van de annotatie van Woltjer.

265 Woltjer 2015, onder C.2.2.4 (digitaal geraadpleegd).

266 EHRM 24 juli 2014, JV 2014, 320, m.nt. J. Werner (*Kaplan e.a. t. Noorwegen*).

267 EHRM 10 juli 2014, EHRC 2014, 225, m.nt. A.J.Th. Woltjer (*Mugenzi t. Frankrijk*).

268 Zo merkt Woltjer op. Zie voor een bespreking van de zaak *Nunez*, hierna.

lingen.²⁶⁹ In *Mugenzi* gaat het om een eerste toelating van de gezinsleden van klager.

Klager is de in Rwanda geboren Mugenzi, die in 2003 de vluchtelingenstatus in Frankrijk verkrijgt. Hierop dient Mugenzi een verzoek tot gezinshereniging in voor zijn vrouw en acht kinderen. Dit verzoek wordt afgewezen, en ook het daarop volgende bezwaar van klager en beroep bij de hoogste Franse rechter leveren niks op.

Het EHRM oordeelt dat de weigering om een visum te verlenen geen inmenging in het recht op familieleven van klager oplevert. Wel gaat het Hof in op de vraag of sprake is van een schending van de positieve verplichtingen door Frankrijk.²⁷⁰ Het Hof overweegt dat op Frankrijk de positieve verplichting rust om aanvragen en gezinsherenigingsprocedures voortvarend en inschikkelijk te behandelen. Deze verplichting lijkt het Hof niet in algemene termen te willen formuleren, nu de kwalificatie van klager als erkend vluchteling als voorwaarde wordt gesteld.²⁷¹ Het vereiste om aanvragen en dergelijke procedures in het geval dat het gaat om een persoon die de vluchtelingenstatus heeft verkregen voortvarend en flexibel te behandelen baseert het Hof onder meer op regels van de UNHCR en het IVRK.²⁷² Het Hof refereert in dit kader ook aan de kwetsbaarheid van vluchtelingen, en dit is ook een van de redenen om ten aanzien van deze groep flexibiliteit en snelheid te betrachten. Bovendien stelt juist de gezinshereniging de vluchtelingen in staat om hun leven op te pakken en dit bestempelt het Hof als een fundamenteel recht.²⁷³

In casu verkeerde klager langdurige tijd in onzekerheid. Het heeft ruim anderhalf jaar geduurd voordat klager een afwijzend besluit ontving op zijn visumaanvraag voor zijn vrouw en kinderen. De bezwaarprocedure nam vijftien maanden in beslag, en de daaropvolgende beroepsprocedure voor de Franse hoogste rechter duurde twee jaar. Totaal heeft klager bijna vijf jaar in onzekerheid verkeerdd.²⁷⁴ De gebreken die kleven aan de totstandkoming van het bewijs leggen ook veel gewicht in de schaal.²⁷⁵ De test die is gehanteerd om de leeftijd van twee van de kinderen van klager vast te stellen, staat bekend als onbetrouwbaar. Toch heeft dit de Franse autoriteiten er niet van weerhouden om de uitkomst van de test te volgen. Het voorgaande maakt

269 Zie helder onder punt 1 van de noot.

270 EHRM 10 juli 2014, *EHRC* 2014, 225, m.nt. A.J.Th. Woltjer, par. 49 (*Mugenzi t. Frankrijk*).

271 Aldus Woltjer onder punt 1 van de noot.

272 EHRM 10 juli 2014, *EHRC* 2014, 225, m.nt. A.J.Th. Woltjer, par. 32, 54-56 (*Mugenzi t. Frankrijk*) en zie punt 4 van de noot.

273 EHRM 10 juli 2014, *EHRC* 2014, 225, m.nt. A.J.Th. Woltjer, par. 54 (*Mugenzi t. Frankrijk*).

274 EHRM 10 juli 2014, *EHRC* 2014, 225, m.nt. A.J.Th. Woltjer, par. 57 e.v. (*Mugenzi t. Frankrijk*) en helder onder punt 4 weergegeven door Woltjer.

275 Zo merkt Woltjer op (punt 4).

dat het EHRM oordeelt dat van een *fair balance* geen sprake is, nu de procedure niet flexibel, doeltreffend en snel is verlopen: schending van artikel 8 EVRM.²⁷⁶

Onder omstandigheden, waarbij de omstandigheid dit keer is gelegen in de toekenning van de vluchtelingenstatus, is de Staat verplicht om aanvragen en gezinsherenigingsprocedures voortvarend en coulant te behandelen. Dit vereiste lijkt opnieuw sterk op het redelijke termijn vereiste van artikel 6 EVRM. Over de band van artikel 8 EVRM brengt het Hof dit vereiste toch binnen het bereik van het vreemdelingenrecht. Dat op de Staat ook de plicht rust om souplesse te betrachten, is mede ingegeven door de kwetsbaarheid van vluchtelingen en bovendien het belang dat zij hebben bij gezinshereniging. Zo kunnen zij hun leven weer voort zetten, nadat zij hun land noodgedwongen hebben moeten verlaten.

Beste belang van het kind

Heeft het belang van het kind procedurele implicaties in verblijfskwesties? De aanwezigheid van uitzonderlijke omstandigheden kan de positieve verplichtingen die op de Staat rusten activeren. Een uitzonderlijke omstandigheid kan het belang van het kind zijn. Met andere woorden: de zorg voor een minderjarig kind kan tot gevolg hebben dat aan de ouder een verblijfsvergunning moet worden toegekend.²⁷⁷ Wanneer ik hierna spreek over het belang van het kind, impliceert dit dat ik uitga van wat in het *beste* belang is van het kind.

Vooropgesteld moet worden dat de invulling van het criterium 'het belang van het kind' gebeurt aan de hand van materiële criteria. Hierbij kan dan gedacht worden aan de leeftijd van het kind, de effectieve familieband etc.²⁷⁸ Hoewel de invulling van voormeld criterium dus inhoudelijk is, is de verplichting om in de belangenafweging tussen het belang van het individu en het belang van de Staat (waaronder het controleren van immigratie) rekening te houden met het belang van het kind als een procedurele verplichting te kwalificeren. De vervolgvraag, namelijk *hoeveel* gewicht in de nationale belangenafweging toe moet worden gekend aan het belang van het kind, is echter als materieel te kwalificeren. Het belang van het kind als factor waarmee in de nationale belangenafweging rekening moet worden gehouden, toont het diffuse onderscheid tussen de materiële en procedurele component binnen een en hetzelfde EVRM-recht. Een fundamenteel materieel belang als het belang van het kind, kan immers nopen tot het meenemen van dit inhoudelijke belang in de belangenafwegingsprocedure.

276 Woltjer wijst in zijn noot nog op de volgende twee uitspraken (EHRM 10 juli 2014, zaaknr. 2260/10 (*Tanda-Muzinga t. Frankrijk*) en zaaknr. 19113/09 (*Senigo Longue e.a. t. Frankrijk*)) waarin het Hof een vergelijkbare redenering volgt. Hoewel in de tweede zaak klaagster geen vluchtelingenstatus had, aldus Woltjer. Dit vind ik in het licht van de *Mugenzi* uitspraak opmerkelijk. EHRM 10 juli 2014, EHRC 2014, 225, m.nt. A.J.Th. Woltjer, par. 62 (*Mugenzi t. Frankrijk*).

277 Woltjer 2015, onder C.2.2.4 (digitaal geraadpleegd).

278 Zie de heldere uiteenzetting en analyse van Smyth: Smyth 2015.

Hoewel in de hierna te bespreken zaken de nadruk ligt op de inhoudelijke invulling van wat in het beste belang van het kind is, onderstrepen deze zaken tegelijkertijd de noodzaak dat in de nationale afwegingsprocedure rekening wordt gehouden met dit belang. Met andere woorden: binnen de nationale procedure moet hier ruimte voor worden gecreëerd.

De eerste zaak²⁷⁹ waarin het Hof refereerde aan het belang van het kind in een migratiezaak is de zaak *Rodrigues da Silva en Hoogkamer*.²⁸⁰ Vanwege niet gelegaliseerd verblijf dreigt de moeder te worden uitgezet. In het geval dat ten tijde van het ontstaan van de familiebanden de situatie onzeker is, kunnen uitzonderlijke omstandigheden er eventueel toe leiden dat een uitzetting een schending van artikel 8 EVRM oplevert.²⁸¹ In casu staat onder andere het belang van het kind van klaagster eraan in de weg dat zij wordt uitgezet. Het illegaal verblijf van klaagster tijdens de geboorte van het kind verandert hier in dit geval niks aan.²⁸²

Ook in latere zaken heeft het belang van het kind in grote en minder grote mate een rol gespeeld.²⁸³ De jurisprudentie van het Hof ten aanzien van het belang van het kind in uitzettings- en toelatingskwesities is echter weinig consistent en principieel.²⁸⁴ Smyth pleit in dit verband voor een meer 'rights based approach', waarbij de in het IVRK relevante rechten als uitgangspunt te worden genomen. Hierbij gaat het dan om het recht op familiehereniging van het kind, het recht te worden gehoord en andere sociaaleconomische rechten.²⁸⁵ Uit de analyse van de EHRM-jurisprudentie van Smyth komt naar voren dat het gewicht dat het belang van het kind krijgt in de belangenafweging afhankelijk is van de andere factoren die een rol spelen in dit afwegingsproces.²⁸⁶

Illustratief voor de betekenis van het belang van het kind en de kwetsbare groep waartoe minderjarige kinderen behoren, is de uitspraak *Nunez*.²⁸⁷ Klaagster in deze zaak is de in de Dominicaanse Republiek geboren Nunez. Bij haar eerste verblijf in Noorwegen wordt ze verdacht van winkeldiefstal, hetgeen uiteindelijk resulteert in een uitzetting en een inreisverbod. Dit weerhoudt Nunez er niet van om enkele maanden na de uitzetting zich opnieuw in Noorwegen te vestigen onder opgave van een andere naam en geboorte-

279 Smyth 2015, p. 74.

280 EHRM 31 januari 2006, EHRC 2006, 35, m.nt. A.J.Th. Woltjer (*Rodrigues da Silva en Hoogkamer t. Nederland*).

281 EHRM 31 januari 2006, EHRC 2006, 35, m.nt. A.J.Th. Woltjer, par. 39 (*Rodrigues da Silva en Hoogkamer t. Nederland*).

282 EHRM 31 januari 2006, EHRC 2006, 35, m.nt. A.J.Th. Woltjer, par. 44 (*Rodrigues da Silva en Hoogkamer t. Nederland*).

283 Vgl. o.m.: Klaassen 2015, p. 62 e.v.; Smyth 2015 en de daar genoemde jurisprudentie.

284 Aldus Smyth 2015. Klaassen is dezelfde mening toegedaan: Klaassen 2015, p. 80-81.

285 Smyth 2015, p. 85 e.v.

286 Smyth 2015, p. 99 e.v.

287 EHRM 28 juni 2011, EHRC 2011, 133, m.nt. A.J.Th. Woltjer, JV 2011, 402, m.nt. S.K. van Walsum (*Nunez t. Noorwegen*).

datum. Ze trouwt met een Noorse man, ontvangt een arbeidsvergunning (die meerdere keren wordt verlengd) en krijgt ook een verblijfsvergunning. De aanvraag van de Noorse nationaliteit wordt echter beëindigd, omdat haar man wil scheiden. Vervolgens krijgt klaggster een relatie met een man die ook de Dominicaanse nationaliteit heeft, en beschikt over een vestigingsvergunning. Met deze man krijgt ze twee kinderen (in 2002 en 2003). Deze kinderen worden niet geregistreerd en hebben evenmin een verblijfsvergunning. In 2001 komt de identiteitsfraude van Nunez aan het licht, en worden haar vergunningen ingetrokken en wordt in 2005 (nadat haar beroep ongegrond is verklaard) besloten tot uitzetting en een inreisverbod. Nunez en de vader van de kinderen zijn inmiddels uit elkaar, en de vader heeft de voogdij gekregen over de kinderen. Tot aan de hoogste instantie krijgt Nunez geen gelijk.

De beslissing van het Straatsburgse Hof is wel in het voordeel van klaggster. De identiteitsfraude en de strafrechtelijke veroordeling rechtvaardigen de inmenging in het recht van klaggster. Bovendien is een gevaar voor de openbare orde een contra indicatie voor het aannemen van uitzonderlijke omstandigheden die maken dat verblijf is toegestaan.²⁸⁸ Toch maakt in casu de langdurige procedure,²⁸⁹ de stress voor de kinderen en de kwetsbaarheid van de kinderen dat het Hof oordeelt dat uitzetting geen doorgang mag vinden. Met een uitzetting wordt immers de band tussen de moeder en de kinderen verbroken. De overweging van het Hof ten aanzien van dit punt:

*'Having regard to all of the above considerations, notably the children's long lasting and close bonds to their mother, the decision in the custody proceedings, the disruption and stress that the children had already experienced and the long period that elapsed before the immigration authorities took their decision to order the applicant's expulsion with a re-entry ban, the Court is not convinced in the concrete and exceptional circumstances of the case that sufficient weight was attached to the best interests of the children for the purposes of Article 8 of the Convention. Reference is made in this context also to Article 3 of the UN Convention on the Rights of the Child, according to which the best interests of the child shall be a primary consideration in all actions taken by public authorities concerning children. The Court is therefore not satisfied that the authorities of the respondent State acted within their margin of appreciation when seeking to strike a fair balance between its public interest in ensuring effective immigration control, on the one hand, and the applicant's need to be able to remain in Norway in order to maintain her contact with her children in their best interests, on the other hand [cursivering: Td]].'*²⁹⁰

288 Woltjer 2015, onder C 2.2.4 (digitaal geraadpleegd).

289 Zie ook de hiervoor besproken zaak *Butt* waarin juist het talmen de inbreuk op artikel 8 EVRM oplevert. Zie punt 5 van de noot van Woltjer bij die zaak.

290 EHRM 28 juni 2011, *EHRC* 2011, 133, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2011, 402, m.nt. S.K. van Walsum, par. 84 (*Nunez t. Noorwegen*). Zie ook: Reneman 2011.

In de nationale procedure is volgens het EHRM dus onvoldoende gewicht toegekend aan het belang van de kinderen. Het belang van de kinderen is in deze zaak dus de uitzonderlijke omstandigheid op grond waarvan niet tot uitzetting en het inreisverbod mag worden besloten.²⁹¹

Zoals eerder opgemerkt, onder verwijzing naar Smyth en Klaassen, is de betekenis en het gewicht dat het Hof toekent aan het belang van het kind niet altijd consistent en duidelijk.²⁹² In de Grote Kamer uitspraak in de zaak *Jeunesse*²⁹³ is daar echter deels verandering ingekomen. Deels, omdat ook kritiek is geuit hoe nu precies op nationaal niveau uitvoering dient te worden gegeven aan de verplichting om effectieve bescherming aan kinderen te bieden.²⁹⁴ Tegelijkertijd noemt de Grote Kamer van het Hof wel vier concrete cumulatieve factoren aan de hand waarvan kan worden bepaald of in het onderhavige geval sprake is van uitzonderlijke omstandigheden die ertoe kunnen leiden dat uitzetting niet mag plaatsvinden en daarmee verblijf dient te worden toegestaan.²⁹⁵

Allereerst de feiten in deze zaak. Klaagster in deze zaak is geboren in Paramaribo, en beschikte tot 1975 over de Nederlandse nationaliteit. Met het onafhankelijk worden van Suriname in dat jaar, verkrijgt zij de Surinaamse nationaliteit. Zij begint in 1987 een relatie met een Surinaamse man, en hij is in 1991 naar Nederland verhuisd en heeft in 1993 de Nederlandse nationaliteit verkregen. Klaagster ontvangt in 1997 een visum, na verloop van dit visum blijft ze illegaal in Nederland. Haar verzoeken om een verblijfsvergunning

291 Vgl. ook: Woltjer 2015, onder C 2.2.4 (digitaal geraadpleegd). Anders: EHRM 14 februari 2012, *EHRC* 2012, 89, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2012, 170, m.nt. S.K. van Walsum (*Antwi e.a. t. Noorwegen*). In deze zaak ontbreken de uitzonderlijke omstandigheden (par. 103) en zijn de kinderen niet blootgesteld aan stress en dus niet kwetsbaar in dit opzicht (par. 101). Het belang van het kind staat evenmin aan uitzetting in de weg in *Berisha*: EHRM 30 juli 2013, *EHRC* 2013, 223, m.nt. A.J.Th. Woltjer (*Berisha t. Zwitserland*). Overigens was de stemverhouding om geen schending van artikel 8 EVRM aan te nemen nipt: vier tegen drie. Vgl. ook: EHRM 3 november 2011, *EHRC* 2012, 39, m.nt. M.A.K. Klaassen (*Arvelo Aponte t. Nederland*) (uitzetting, geen schending artikel 8 EVRM). In EHRM 24 juli 2014, *JV* 2014, 320, m.nt. J. Werner (*Kaplan e.a. t. Noorwegen*) oordeelt het Hof echter dat onvoldoende rekening is gehouden met het belang van het kind bij uitzetting van de vader, en komt tot een unanieme schending van artikel 8 EVRM.

292 Weinig verhelderend is ook EHRM 8 november 2016, *JV* 2017, 2, m.nt. E. Hilbrink (*El Ghatet t. Zwitserland*) (gezinshereniging, belangenafweging en motivering schieten tekort, unanieme schending artikel 8 EVRM). In deze zaak blijft onduidelijk wat nu de concrete betekenis is van het belang van het kind (en dus het gewicht dat het dient te krijgen in de belangenafweging) in migratiezaken (zie par. 46-54 van de uitspraak). In par. 46 van de uitspraak richt het Hof zich overigens wel expliciet tot de 'domestic courts', wanneer het in algemene termen ingaat op het belang van het kind.

293 EHRM 3 oktober 2014, *AB* 2014, 433, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *EHRC* 2014, 262, m.nt. M. den Heijer, *JV* 2014, 343, m.nt. P. Boeles (Grote Kamer) (*Jeunesse t. Nederland*). Ex artikel 30 EVRM heeft de Kamer van het Hof de zaak doorverwezen naar de Grote Kamer (14 mei 2013), eerder ontv. besl: 4 december 2012 (zaaknr. 12738/10), klacht art. 8 EVRM ontvankelijk.

294 Zie Den Heijer onder punt 5 in zijn annotatie bij deze uitspraak.

295 Zie par. 115-118 van de uitspraak voor deze factoren.

worden keer op keer afgewezen. Ze trouwt met haar partner, en krijgt twee kinderen (in 2000 en 2005). Ook in 2010 wordt het verzoek van klaagster voor een verblijfsvergunning afgewezen, en wordt zij in hechtenis genomen teneinde de uitzetting te realiseren. De dan zwangere klaagster wordt eind 2010 weer vrijgelaten. In de procedure voor het Hof in Straatsburg staat de vraag centraal of er uitzonderlijke omstandigheden zijn op grond waarvan de uitzetting van klaagster niet verenigbaar zou zijn met artikel 8 EVRM.

Vooropgesteld moet worden dat klaagster op de hoogte was van haar onzekere bestaan toen ze startte met de opbouw van een gezinsleven. Alleen de aanwezigheid van uitzonderlijke omstandigheden kunnen hier verandering in brengen.²⁹⁶ Bij het bepalen of sprake is van deze omstandigheden, formuleert het EHRM vier cumulatieve criteria.

Ten eerste gaat het Hof in op het feit dat de echtgenoot van klaagster en haar kinderen beschikken over de Nederlandse nationaliteit. Bovendien beschikte klaagster bij haar geboorte over de Nederlandse nationaliteit, en is zij deze van rechtswege verloren (door het onafhankelijk worden van Suriname).²⁹⁷ Ten tweede wijst het Hof erop dat klaagster al zestien jaar in Nederland verblijft, en geen strafblad heeft. Hoewel ze geen gehoor heeft gegeven aan de op haar rustende verplichting om Nederland te verlaten, staat daar tegenover dat de Nederlandse autoriteiten al die tijd haar illegale verblijf hebben gedoogd. Dit maakte het voor klaagster mogelijk om sterke familie, sociale en culturele banden met Nederland te ontwikkelen. Bovendien was het adres van klaagster bekend bij de autoriteiten en heeft klaagster meerdere malen verzoeken ingediend teneinde een verblijfsvergunning te bemachtigen.²⁹⁸ Ook in de eerder in deze paragraaf besproken zaak *Butt*²⁹⁹ pakte het stilzitten van de autoriteiten niet in hun voordeel uit. Ten derde overweegt het Hof dat, ondanks de ontbrekende onoverkomelijke obstakels die een terugkeer van klaagster met haar man en kinderen onmogelijk maken, deze terugkeer toch een beproeving zou zijn voor hen. De situatie van *alle* familieleden dient in de toets op verenigbaarheid met artikel 8 EVRM mee te worden genomen.³⁰⁰ Ten vierde en in de laatste plaats gaat het Hof in op het belang om binnen deze toets de belangen van de kinderen mee te nemen. Hoewel dit belang op zichzelf niet van doorslaggevende betekenis is, moet wel voldoende gewicht aan dit belang worden toegekend. In het kader van de gezinshereniging besteedt het Hof aandacht aan de omstandigheden van de minder-

296 EHRM 3 oktober 2014, *AB* 2014, 433, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *EHRC* 2014, 262, m.nt. M. den Heijer, *JV* 2014, 343, m.nt. P. Boeles, par. 113-114 (Grote Kamer) (*Jeunesse t. Nederland*).

297 Par. 115.

298 Par. 116.

299 EHRM 29 januari 2013, *EHRC* 2013, 40, m.nt. A.J. Th. Woltjer (*Butt t. Noorwegen*).

300 Par. 117.

jarige kinderen, hun leeftijd, de situatie in het land en de mate waarin de kinderen afhankelijk zijn van hun ouders.³⁰¹

Naar het oordeel van de Grote Kamer van het Hof is de band tussen moeder en kinderen des te meer van belang nu de vader de broodwinner is.³⁰² De belangenafweging van de nationale autoriteiten is in casu tekort geschoten, en hierbij is onvoldoende gewicht toegekend aan wat in het beste belang van de kinderen is. De overweging van de Grote Kamer:

‘(...) the Court considers that they [de nationale autoriteiten: TdJ] fell short of what is required in such cases and it reiterates that national decision-making bodies should, in principle, advert to and assess evidence in respect of the practicality, feasibility and proportionality of any such removal in order to give effective protection and sufficient weight to the best interests of the children directly affected by it. The Court is not convinced that actual evidence on such matters was considered and assessed by the domestic authorities. Accordingly, it must conclude that insufficient weight was given to the best interests of the applicant’s children in the decision of the domestic authorities to refuse the applicant’s request for a residence permit.’³⁰³

Hoewel het belang van het kind niet op zichzelf de doorslag geeft, komt het dus wel veel gewicht toe in deze zaak. De Grote Kamer formuleert een nieuwe verplichting voor de Staten.³⁰⁴ In beginsel moeten de nationale beslissingsautoriteiten bij een uitzetting van de ouder het bewijs in acht nemen en beoordelen op uitvoerbaarheid, haalbaarheid en proportionaliteit. Met als doel effectieve bescherming en voldoende gewicht te geven aan wat in het beste belang van de betreffende kinderen is. De term ‘national decision-making authorities’ richt zich met name tot de uitvoerende autoriteiten van de Staat: deze autoriteiten gaan immers in eerste instantie over de vergunningverlening. Deze plicht geldt echter ook voor de rechter. De Grote Kamer komt tot de slotsom dat geen sprake is van een *fair balance* tussen de conflicterende belangen en dat artikel 8 EVRM geschonden is.³⁰⁵

6.3.6 Strafrechtelijke bevoegdheden: inzet geheime bevoegdheden en binnentreden woningen

Tot slot kan in het kader van de procedurele verplichtingen onder artikel 8 EVRM op de procedurele eisen in het geval van strafrechtelijke bevoegdheden

301 EHRM 3 oktober 2014, AB 2014, 433, m.nt. A.J.Th. Woltjer, EHRC 2014, 262, m.nt. M. den Heijer, JV 2014, 343, m.nt. P. Boeles, par. 113-114 (Grote Kamer) (*Jeunesse t. Nederland*).

302 Par. 119.

303 EHRM 3 oktober 2014, AB 2014, 433, m.nt. A.J.Th. Woltjer, EHRC 2014, 262, m.nt. M. den Heijer, JV 2014, 343, m.nt. P. Boeles, par. 120 (Grote Kamer) (*Jeunesse t. Nederland*).

304 Zo merkt Klaassen op: Klaassen 2015, p. 74.

305 Voor deel II van dit onderzoek is deze uitspraak ook relevant, zie nader: hoofdstuk 11, paragraaf 11.4.2.1.

worden gewezen.³⁰⁶ Hoewel het strafrecht buiten het bereik van deze studie valt, is er toch voor gekozen wel kort in te gaan op de procedurele (zorgvuldigheids)eisen gericht op de rechtsbescherming. Deze eisen kunnen namelijk meer algemene procedureel interessante conclusies opleveren.³⁰⁷ Dit type procedurele eisen formuleert het Hof onder artikel 8 EVRM, en vaak in combinatie met artikel 6 en 13 EVRM.³⁰⁸ De procedurele regulerings-eisen (data opslag, wie heeft toegang tot de data etc.) blijven vanwege de eerder gekozen begrenzing van dit onderzoek buiten beschouwing.³⁰⁹

Vanwege het geheime karakter van de toezichtsbevoegdheden zal het niet snel voorkomen dat de betrokkene een melding ontvangt van het inzetten van een dergelijke bevoegdheid. Dit maakt het van wezenlijk belang dat de procedure geschikte en vergelijkbare garanties omvat om de rechten van het individu te borgen.³¹⁰ Bij voorkeur is bij de inzet van een geheime toezichtsbevoegdheid een voorafgaande rechterlijke machtiging afgegeven. Bij het ontbreken hiervan kunnen procedurele waarborgen achteraf deze tekortkoming compenseren.³¹¹ Verder is het zo dat hoe meer de bevoegdheid ingrijpt in het privéleven van iemand, hoe meer adequate en effectieve waarborgen er moeten zijn.³¹² Zowel het verlenen van de toestemming en het toezicht op de uitoefening van de bevoegdheid is bij voorkeur in handen van twee (rechterlijke) onafhankelijke instituten.³¹³

306 Vanwege de centrale vraagstelling van dit onderzoek, met het bestuurs(proces)recht als bijzonder aandachtspunt, sta ik slechts kort stil bij de eisen die het Hof in dit type zaken heeft ontwikkeld. Hoewel relevant voor de punitieve handhaving in het bestuursrecht, zoals in het geval van doorzoekingen bij ondernemingen in het kader van het mededingingsrecht, valt dit buiten het bereik van dit onderzoek (zie hoofdstuk 1).

307 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 1.3.

308 Barkhuysen e.a. 2014a, p. 38 e.v. Zie recent: EHRM 2 april 2015, AB 2016, 45, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Vinci Construction & Génie Civil et Services t. Frankrijk*) (ten onrechte geen volle rechterlijke toetsing van inbeslagname, ging ook om vertrouwelijke documenten met advocaat).

309 Zie over de afbakening ook hoofdstuk 1, en over dit type eisen: Veegens 2012, p. 208 en daar genoemd onder meer: EHRM 28 juni 2007, zaaknr. 62540/00, par. 75-77 (*De vereniging voor Europese integratie en mensenrechten en Ekimdzhiev t. Bulgarije*); EHRM 18 mei 2010, zaaknr. 26839/05, par. 152 en 158-170 (*Kennedy t. Verenigd Koninkrijk*) en zie verder de jurisprudentie genoemd onder noot nummer 757; Gerards 2011a, p. 128 e.v en EHRM 29 juni 2006, EHRC 2007, 13, m.nt. Loof (ontv.besl.) (*Weber en Saravia t. Duitsland*).

310 EHRM 6 september 1978, zaaknr. 5029/71, par. 55 (Grote Kamer) (*Klass e.a. t. Duitsland*). Zie ook: EHRM 4 mei 2000, zaaknr. 28341/95, par. 59 (Grote Kamer) (*Rotaru t. Roemenië*).

311 Barkhuysen e.a. 2014a, p. 47.

312 Zie Veegens 2012, p. 235 en de verwijzing naar: EHRM 16 december 1997, zaaknr. 136/1996/755/954, par. 45 (*Camenzind t. Zwitserland*) en EHRM 2 september 2010, EHRC 2010, 123, m.nt. P. De Hert & J. van Caeneghem, par. 71 (*Üzun t. Duitsland*).

313 Veegens 2012, p. 235. Zie verder in dit verband over de (rechterlijke) controle op het gebruik van de geheime toezichtsbevoegdheden en een notificatie achteraf: EHRM 28 juni 2007, zaaknr. 62540/00, par. 85-90 (*De vereniging voor Europese integratie en mensenrechten en Ekimdzhiev t. Bulgarije*) en Veegens 2012, p. 228-231. Vgl. verder: EHRM 2 september 2010, EHRC 2010, 123, m.nt. P. De Hert & J. van Caeneghem (*Üzun t. Duitsland*); EHRM 31 maart

In het kader van de inzet van strafrechtelijke bevoegdheden teneinde inlichtingen/informatie te verkrijgen, kan worden gewezen op de *Telegraaf* zaak.³¹⁴ Hoewel het hier voornamelijk gaat om de bescherming van de vrijheid van meningsuiting onder artikel 10 van het Verdrag, laat deze uitspraak wel zien dat bij potentieel niet terug te draaien gevolgen een voorafgaande rechterlijke toets is vereist. Een onafhankelijk orgaan met de bevoegdheid de speciale bevoegdheden te voorkomen of te beëindigen ontbreekt in casu.³¹⁵ Daar komt nog bij dat een beoordeling achteraf weinig zin heeft nu het de vertrouwelijkheid van de journalistieke bronnen niet kan herstellen, zo overweegt het Hof:

‘(...) review post factum, whether by the Supervisory Board, the Committee on the Intelligence and Security Services of the Lower House of Parliament or the National Ombudsman, cannot restore the confidentiality of journalistic sources once it is destroyed.’³¹⁶

Potentieel onherstelbare schade is dus een belangrijke indicator bij de beantwoording van de vraag of, en zo ja, welke procedurele waarborgen in het nationale recht aanwezig dienen te zijn. Eerder zagen we dit onder artikel 3 EVRM en ook in dit hoofdstuk in uithuisplaatsingszaken. In milieuzaken is door het Hof op de onomkeerbare schade gewezen in het kader van de toepasselijkheid van artikel 8 EVRM. Overigens doet zich zowel onder artikel 2 als 3 EVRM de onomkeerbaarheid van de schade, gelet op de rechten die deze artikelen beschermen, eerder voor. Dit is waarschijnlijk ook de reden dat het Hof onder deze artikelen de onomkeerbare schade ook vaker en explicieter, en in de *general principles* noemt, in vergelijking met bijvoorbeeld artikel 8 EVRM in omgevingsgerelateerde zaken.

Ook in het kader van het binnentreden van woningen heeft het Hof onder artikel 8 EVRM (en ook onder 6 EVRM) bepaald dat een voorafgaande controle de voorkeur heeft.³¹⁷ In de gevallen dat alleen achteraf rechterlijke controle aanwezig is, is dit in beginsel niet Straatsburg proof. Alleen de aanwezigheid

2016, zaaknr. 34148/07 (*Šantare en Labaznyikovs t. Letland*) (telefoontaps, ineffectieve beoordeling rechtmatigheid van telefoontaps). Zie ook: Veegens 2012, p. 241 e.v.

314 EHRM 22 november 2012, zaaknr. 39315/06 (*Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. e.a. t. Nederland*).

315 EHRM 22 november 2012, zaaknr. 39315/06, par. 100 (*Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. e.a. t. Nederland*).

316 EHRM 22 november 2012, zaaknr. 39315/06, par. 101 (*Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. e.a. t. Nederland*).

317 Barkhuysen e.a. 2014a, p. 42.

van andere misbruik voorkomende waarborgen kan deze tekortkoming wegnemen.³¹⁸

Resumerend: om te beginnen is in deze omvangrijke deelparagraaf stilgestaan bij de procedurele eisen in familie gerelateerde zaken. Bij de bespreking van een selectie zaken viel een aantal zaken op. Allereerst dient de nationale besluitvormingsprocedure in het geval van een beperking/beëindiging van het omgangsrecht met kinderen zorgvuldig te zijn. Dit betekent onder meer dat de ouders dienen te worden geïnformeerd over de te nemen maatregelen, moeten worden gehoord en dat de procedure voldoende voortvarend dient te geschieden. Op dit terrein krijgen sommige 6 EVRM-eisen onder omstandigheden al over de band van artikel 8 EVRM gelding in de besluitvormingsfase. Bij een conflict tussen het belang van de ouders en het belang van het kind, prevaleert het laatste. De waarde die het Hof hecht aan het belang van het kind in de belangenafweging en het gewicht dat dit dient te krijgen, heeft zowel materiële als procedurele implicaties. De verplichting om binnen de nationale belangenafweging rekening te houden met het beste belang van het kind kan als een procedurele verplichting worden gekwalificeerd. Verder verplicht de lastige onomkeerbaarheid van de uithuisplaatsingsbeslissing dat nationale autoriteiten willekeur tegengaan. Dit doen zij onder meer door voorafgaand aan de maatregel zorgvuldig onderzoek te verrichten.

In de tweede plaats volgde een bespreking van de procedurele eisen die gelden in milieuzaken. Voor veel van de eisen die het Hof in dit verband heeft ontwikkeld, geldt dat deze zien op de nationale besluitvormingsprocedure. Tegelijkertijd kunnen de eisen ook gelden in de fase voor de rechter. In de kern rust in milieukwesties op de Staat de verplichting om voorafgaand aan een te nemen maatregel met potentiële gevolgen voor de gezondheid/het milieu onderzoek te (laten) verrichten. Daarnaast dienen de betrokkenen de beschikking te krijgen over de voor hen relevante informatie (doorgaans op verzoek). Verder geldt dat het publiek in voldoende mate in de besluitvormingsprocedure moet worden betrokken. Dit vereiste houdt sterk verband met het recht op informatie. Interessant was verder dat het EHRM in *Tătar*³¹⁹ het voorzorgsbeginsel introduceerde. Op grond van dit beginsel staat onzekerheid over de intreding van schadelijke gevolgen voor de gezondheid in milieu gerelateerde kwesties er niet aan in de weg dat de Staat verplicht kan zijn om maatregelen te treffen die de gevaren beperken. Om zo onomkeerbare milieu

318 Barkhuysen e.a. 2014a, p. 42. Illustratief in dit verband zijn de zaken: EHRM 16 december 1992, zaaknr. 13710/88 (*Niemietz t. Duitsland*); EHRM 16 december 1997, zaaknr. 136/1996/755/954, (*Camenzind t. Zwitserland*); EHRM 16 april 2002, EHRC 2002, 6, m.nt. Janssen, par. 43 en 48-49 (*Stés Colas Est e.a. t. Frankrijk*) waarin het gaat om een huiszoeking in een onderneming. Voor deze studie is vooral het punt van de al dan niet vereiste voorafgaande rechterlijke machtiging van belang.

319 EHRM 27 januari 2009, AB 2009, 285, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2009, 40, m.nt. M. Peeters (*Tătar t. Roemenië*).

(en daarmee gezondheids)schade te voorkomen. Niet duidelijk uit de jurisprudentie volgt om welke maatregelen het dan dient te gaan. Wel refereerde het Hof in deze uitspraak aan de mogelijke 'onomkeerbare schade' die zich voor kan doen, en dit markeert het belang van het treffen van *voorafgaande* maatregelen.

In de derde plaats volgde de procedurele tendens in leefomgevingszaken. In dit type zaken heeft het Hof procedurele eisen voor zowel de uitvoerende autoriteiten als de rechterlijke autoriteiten in het leven geroepen. Bovendien werd duidelijk dat kwetsbare groepen extra bescherming dienen te krijgen in de nationale procedure. Het feit dat het om een kwetsbare groep gaat, is een factor waarmee in de nationale belangenafweging rekening moet worden gehouden. De mate van inmenging, en de vraag of het gaat om 'intimate or key rights' is van invloed op de *margin* die het Hof de Staat laat, en de materiële en procedurele verplichtingen die het vervolgens stelt.

In de vierde plaats is ingegaan op privacy gerelateerde kwesties, waarbij het ging om de toegang tot persoonlijke/vertrouwelijke informatie. Deze verplichting raakt aan de informatieplicht in milieukwesties. De kern procedurele verplichting in privacy kwesties ziet op het bieden van de mogelijkheid om een weigering van een informatieverzoek aan te vechten. Dit betekent dus dat betrokkene een rechtsmiddel moet kunnen aanwenden en daarnaast dient sprake te zijn van 'hoor en wederhoor'. Het Hof benadrukt verder het belang van een toegankelijke procedure in de gevallen dat het gaat om informatie die van 'vital interest' is voor de betrokkene.

In de vijfde plaats volgde het privé- en familieleven in relatie tot vreemdelingenrechtelijke kwesties. Het EHRM heeft steeds meer procedurele garanties onderdeel gemaakt van artikel 8 EVRM in vreemdelingenrechtelijke kwesties. Zo toont de voortvarendheid waarmee besluiten ten uitvoer worden gelegd raakvlakken met het redelijke termijn vereiste van artikel 6 EVRM. Onder artikel 6 EVRM geldt tenslotte dat rechterlijke uitspraken binnen een redelijke termijn dienen te worden gedaan, en ook moeten uitspraken daadwerkelijk ten uitvoer worden gelegd. Onder artikel 8 EVRM wordt de voortvarendheid ten aanzien van de daadwerkelijke uitzetting zowel van betekenis voor de nationale uitvoerende autoriteiten als de rechterlijke autoriteiten. Artikel 8 EVRM brengt de verplichting met zich om voortvarend uitvoer te geven aan een uitzettingsbesluit. Ook de toegankelijkheid van een effectief rechtsmiddel kan onderdeel zijn van artikel 8 EVRM.³²⁰ Daarnaast heeft het Hof een voorwaardelijke positieve verplichting geformuleerd om voortvarend en soepel te werk te gaan in gezinsherenigingsprocedures. Voorwaardelijk, omdat de betrokkene wel over de vluchtelingenstatus moet beschikken.³²¹ Bovendien

320 EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 43, JV 2013, 86, m.nt. A.M. Reneman (Grote Kamer) (*De Souza Ribeiro t. Frankrijk*) en EHRM 10 januari 2012, AB 2012, 31, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*G.R. t. Nederland*).

321 EHRM 10 juli 2014, EHRC 2014, 225, m.nt. A.J.Th. Woltjer (*Mugenzi t. Frankrijk*).

kan onder omstandigheden ook het ontbreken van een procedure op tegenspraak³²² binnen het bereik van artikel 8 EVRM worden gebracht.

Tot slot, en in de zesde plaats, is kort stilgestaan bij de procedurele eisen die gelden in het geval van de inzet van strafrechtelijke bevoegdheden. Een relevante bevinding in het kader van dit onderzoek is dat ook in dit type zaken duidelijk werd dat hoe ingrijpender de inmenging, des te groter de noodzaak van procedurele waarborgen ter bescherming van het recht van het individu.

6.4 De procedurele waarborgen van artikel 8 EVRM in relatie tot de artikelen 6 en 13 EVRM en de mogelijke toegevoegde waarde

Onder de procedurele component van artikel 8 EVRM bevinden zich ook typische 6 EVRM-eisen als de redelijke termijn en het horen van de betrokkenen. Ook de tenuitvoerlegging van de uitspraak neemt het Hof in sommige gevallen mee onder artikel 8 EVRM. De aanwezigheid van een effectief rechtsmiddel behandelt het Hof doorgaans in combinatie met artikel 13 EVRM. De procedurele verplichtingen onder artikel 8 EVRM zien we, uitzonderingen daargelaten, niet als zodanig terug onder artikel 6 en/of 13 EVRM. In het bijzonder niet wanneer deze eisen lijken te zijn gericht op de uitvoerende fase. Evenmin brengen laatstgenoemde procedurele artikelen de verplichting met zich om een onderzoek te doen in het geval van mogelijke gevaren/risico's voor het milieu/de gezondheid, of om de betrokkenen te informeren. Deze procedurele verplichtingen formuleerde het EHRM daarom onder artikel 8 EVRM. Ter effectivering van dit recht en ook vanwege de ruime *margin* die een al te inhoudelijke sturing vanuit Straatsburg onder dit artikel verhindert.

Verder is artikel 6 EVRM, als bekend, niet van toepassing op het terrein van het vreemdelingenrecht.³²³ Toepassing over de band van artikel 8 EVRM en/of 13 EVRM kan een omzeiling van dit verbod betekenen, met *de facto* een verruiming van het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM tot gevolg.³²⁴

Naast de eerder in dit hoofdstuk besproken EHRM-zaken,³²⁵ kan ook in *Borisov* tegen Litouwen³²⁶ een voorzichtige beweging worden gevonden van het inlezen van een 6 EVRM-waarborg in artikel 8 EVRM.³²⁷ Voorzichtigheid

322 EHRM 20 juni 2002, EHRC 2002, 66, m.nt. Forder, JV 2002, 239, m.nt. Guild (*Al Nashif t. Bulgarije*); EHRM 27 december 2011, JV 2012, 166 (*Alim t. Rusland*).

323 Opnieuw: Van Dijk e.a. 2006, p. 530 en: EHRM 5 oktober 2000, EHRC 2000, 84, m.nt. A.W. Heringa, par. 36-40 (*Maaouia t. Frankrijk*). Zie ook uitvoerig over deze uitspraak, en de uitsluiting van artikel 6 EVRM en de relatie tot het Zevende Protocol (artikel 1): Bryan & Langford 2010.

324 In de hierna te bespreken zaken *Al Nashif*, *De Souza Ribeiro* (Grote Kamer), *Kaplan*, *Butt* en *Mugenzi* lijkt het Hof de toepassing van artikel 6 EVRM via artikel 8 en 13 EVRM eveneens te verruimen.

325 Zie paragraaf 6.3.5.

326 EHRM 14 juni 2011, EHRC 2011, 120, m.nt. J.H. Gerards (*Borisov t. Litouwen*).

327 EHRM 14 juni 2011, EHRC 2011, 120, m.nt. J.H. Gerards (*Borisov t. Litouwen*).

is geboden nu het om een van de rol geschrapte zaak gaat en het Hof de klacht dus niet inhoudelijk behandelt.³²⁸ Het Hof gaat in deze zaak in op de gevolgen van de lange duur van de procedure van de vergunningverlening voor de rechten van klager onder artikel 8 EVRM. Dit laatste impliceert een toepassing van het redelijke termijnvereiste (zoals vastgelegd in artikel 6 EVRM) in het vreemdelingenrecht.

Een duidelijkere beweging, en daarmee een stap verder gaat het Hof in de zaak *G.R. tegen Nederland*.³²⁹ Niet over de band van een materiële bepaling dit keer, maar via het procedurele artikel 13 EVRM wordt een typische artikel 6 EVRM eis toegepast in een vreemdelingenzaak. Het Hof oordeelt in deze zaak dat de nationale autoriteiten (de toenmalige minister van Vreemdelingenzaken en Integratie en hierin gevolgd door de rechtbank) zich excessief formalistisch hebben opgesteld. Zij hebben namelijk extra documenten gevorderd om een uitzondering mogelijk te maken op het betalen van *leges* in de procedure voor een vergunningaanvraag in het kader van gezinshereniging onder artikel 8 EVRM. Het Hof ziet niet in waarom klager, naast de loonstrook van de bijstandsuitkering van zijn echtgenote en de officiële documenten waaruit blijkt dat hij getrouwd is en op hetzelfde adres als zijn vrouw woont, ook nog een verklaring van zijn bezittingen en inkomsten had moeten overleggen. Daarnaast heeft hij moeten aantonen dat zijn echtgenote alles in het werk heeft gesteld om op andere wijze aan geld te komen om de *leges* te kunnen betalen. Dit acht het Hof des te opmerkelijker nu het inkomen van klager bij de lokale autoriteiten bekend is.³³⁰ Deze excessief formalistische houding heeft ertoe geleid dat klager in strijd met artikel 13 EVRM een overigens effectief rechtsmiddel en toegang tot een rechter is onthouden. Daar komt bij dat het Hof het te betalen bedrag aan *leges* van 830 euro niet in verhouding vindt staan tot het (bijstands)inkomen van het gezin van klager van 988 euro per maand. Het Hof komt dus tot een schending van artikel 13 EVRM.³³¹

Over de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM merkt het Hof nog het volgende op. Het Hof deelt de opvatting van de Nederlandse regering dat het hier in feite gaat om een beperking van het recht op toegang tot de rechter. Een typische 6 EVRM-eis die tenslotte geen toepassing zou mogen krijgen in een

328 Zie de annotatie van Gerards onder punt 6.

329 EHRM 10 januari 2012, AB 2012, 31, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*G.R. t. Nederland*). Zie meer recent ook de ontvankelijkheidsbeslissing van het Hof in de zaak: *N. e.a. tegen het Verenigd Koninkrijk* (EHRM 15 april 2014, zaaknr. 16458/12 (*N. e.a. t. het Verenigd Koninkrijk*)). De klacht van klager die erop ziet dat zij op grond van artikel 6 EVRM moest worden gehoord alvorens naar Sri Lanka te worden uitgezet, vat het Hof op als een klacht die zo is te herformuleren dat deze onder artikel 13 EVRM valt (voorafgaand aan uitzetting onderzoek klacht 3 EVRM en dus rechtsmiddel met schorsende werking) en derhalve beoordeeld dient te worden. Zie par. 128 van de ontvankelijkheidsbeslissing.

330 EHRM 10 januari 2012, AB 2012, 31, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 53 en 54 (*G.R. t. Nederland*).

331 EHRM 10 januari 2012, AB 2012, 31, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 55 (*G.R. t. Nederland*).

vreemdelingenzaak als de onderhavige. Maar het Hof rekent tot een effectief rechtsmiddel zoals verwoord in artikel 13 EVRM ook een toegankelijke procedure en vindt zoals gezegd dat klager in deze zaak ten onrechte de toegang tot een rechter en een effectief rechtsmiddel is onthouden.³³² Over de band van artikel 13 EVRM brengt het Hof dus een typische 6 EVRM eis, namelijk het recht op toegang tot de rechter, binnen het bereik van het vreemdelingenrecht. Waarom kiest het Hof er in deze zaak voor om over de band van artikel 13 EVRM een typische artikel 6 EVRM waarborg toe te passen? Het Hof had er tenslotte ook voor kunnen kiezen om het in te lezen in artikel 8 EVRM. Misschien dat de toegankelijkheid van de procedure sterker verband houdt met het recht op een effectief rechtsmiddel?³³³ De latere uitspraak van de Grote Kamer in de hiervoor besproken zaak *De Souza Ribeiro*³³⁴ lijkt ook in deze richting te wijzen. In deze zaak oordeelde het Hof dat klager onder artikel 13 EVRM evenmin over een *toegankelijk* effectief rechtsmiddel beschikte.

Wat is nu de toegevoegde waarde van de procedurele waarborgen van artikel 8 EVRM ten opzichte van de procedurele eisen van 6 en 13 EVRM?

Allereerst lijken veel van de procedurele eisen onder artikel 8 EVRM zich op de besluitvormingsfase te richten. Daarmee zijn deze eisen van toegevoegde waarde, omdat artikel 6 EVRM in principe niet ziet op het horen/informeren van de betrokkene in de besluitvormingsfase. Evenmin voorziet artikel 13 EVRM in deze plichten. Ook het doen van voorafgaand onderzoek naar mogelijke gevaren voor de gezondheid/het milieu ligt niet besloten in het recht op toegang tot de rechter of een effectief rechtsmiddel. Voor zover in sommige gevallen 6 EVRM-waarborgen in de toets onder artikel 8 EVRM worden meegenomen, is dit vooral vanuit pragmatisch oogpunt. Dit laat echter onverlet dat deze waarborgen dan dus wel een rol kunnen spelen onder het recht op privéleven.

In de tweede plaats kan via het materiële recht op respect voor het privéleven en/of via artikel 13 EVRM een typische 6 EVRM-eis van toepassing zijn in vreemdelingenrechtelijke kwesties. Dit heeft dus een uitbreiding van de werkingssfeer van artikel 6 EVRM tot gevolg, en brengt nieuwe verplichtingen voor de nationale autoriteiten met zich en extra procedurele waarborgen voor de rechtszoekende.

In beide gevallen zijn de procedurele 8 EVRM-waarborgen die in de EHRM-jurisprudentie zijn ontwikkeld van meerwaarde ten opzichte van de reeds bestaande procedurele eisen die expliciet uit het EVRM volgen.

332 EHRM 10 januari 2012, AB 2012, 31, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 50 en 55 (G.R. t. Nederland).

333 Zie ook: Barkhuysen 2012 over excessief formalisme in het bestuursrecht.

334 EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 43, JV 2013, 86, m.nt. A.M. Reneman (Grote Kamer) (*De Souza Ribeiro t. Frankrijk*).

6.5 DE PROCEDURELE WAARBORGEN: BESLUITVORMINGSFASE EN/OF RECHTERLIJKE FASE

Het EHRM laat na om bij de formulering van positieve verplichtingen (materieel en procedureel) expliciet het type nationale actor aan te wijzen die met deze verplichtingen is belast. Voor een antwoord op de vraag of de procedurele eisen onder artikel 8 EVRM zich tot het uitvoerend orgaan of de rechter richten, kan niettemin een aanknopingspunt worden gevonden in de aard van de zaak, de mogelijke onomkeerbare schade³³⁵ en het type procedurele verplichtingen.

Bij het verlenen van een vergunning op grond waarvan voor het milieu en de gezondheid schadelijke stoffen worden verwerkt, kan het van belang zijn dat de betrokkenen *vooraf* worden geïnformeerd over de mogelijke gevolgen voor hun gezondheid/leefomgeving. De fase waarin deze informatievoorziening plaatsvindt, is vaak het stadium waarin de uitvoerende autoriteit aan zet is. Al in de besluitvormingsfase dienen de betrokken partijen tenslotte (op verzoek) te worden geïnformeerd en/of te worden gehoord. Ook dient voorafgaand aan een eventuele vergunningverlening onderzoek te worden verricht door experts.³³⁶ Verder zijn in zaken waarin het gaat om een uithuisplaatsing van een kind de uitvoerende autoriteiten (inclusief deskundigen) bij uitstek in de positie om informatie te verstrekken, onderzoek te doen, een procedure op tegenspraak te organiseren en in voldoende mate rekening te houden met wat in het beste belang van het kind is.³³⁷ De aard van de zaak en de moeilijk terug te draaien beslissing tot uithuisplaatsing maken in dit geval dus dat bepaalde procedurele waarborgen al in de besluitvormingsfase moeten worden nageleefd. Dit verhindert echter niet dat in dit soort zaken (sommige van) deze eisen ook in de rechterlijke fase gelden, en blijven gelden. De rechter neemt overigens ook doorgaans het uiteindelijke uithuisplaatsingsbesluit.

In het geval van de inzet van geheime strafrechtelijke bevoegdheden verhindert het karakter van deze bevoegdheden dat de betrokkene vooraf een notificatie ontvangt. Toch dient bij voorkeur voorafgaand aan een dergelijke ingrijpende maatregel een (onafhankelijke) rechterlijke toets plaats te vinden. Een rechterlijke toets, hoewel de bevoegdheid op de voorfase ziet. Dit is meteen illustratief voor de moeilijkheid van het aanwijzen van welke nationale actor aan zet is, nu dit door elkaar kan lopen. Indien de rechterlijke toets niet mogelijk is, kan met behulp van procedurele waarborgen achteraf toch recht worden gedaan aan de rechten van betrokkene ex artikel 8 EVRM. Ook kan

335 Zie ook de hoofdstukken 4 en 5 over de procedurele onderzoeksplicht onder artikel 2 en 3 EVRM, waarbij toch met name de uitvoerende autoriteiten (inclusief experts) in eerste instantie belast zijn met de snelle start van het onderzoek en het verdere voorspoedige verloop en de veiligstelling van bewijs.

336 Zie paragraaf 6.3.2.

337 Zie paragraaf 6.3.1.

de onherstelbare schade ertoe leiden dat voorafgaand aan de inmenging een rechterlijke toets plaats moet vinden.³³⁸

Verder is het type verplichting relevant voor de beantwoording van de vraag of de uitvoerende autoriteit of de rechterlijke macht belast is met het naleven van de procedurele verplichting. Veel van de eisen die het Hof heeft geformuleerd onder artikel 8 EVRM zien op een zorgvuldige besluitvormingsprocedure en gelden daarmee veelal in de besluitvormingsfase. Sommige procedurele eisen kunnen zowel een rol spelen in de besluitvormingsfase als in de fase voor de rechter. Bijvoorbeeld het beginsel van hoor en wederhoor en ook de plicht om te motiveren. Ook is het tot slot denkbaar dat het verzuim van een procedurele plicht door het bestuur kan worden hersteld in de rechterlijke fase (mits deze toegepast kan worden door de rechter). Het EHRM beziet de procedure immers op zijn totaliteit.³³⁹

6.6 CONCLUSIE

Onder artikel 8 EVRM heeft het Hof op diverse rechtsterreinen een ruime verzameling procedurele verplichtingen ingelezen. In deze concluderende paragraaf voert het te ver om de procedurele waarborgen die onderdeel zijn van het materiële recht op bescherming van het privé- en familieleven op de diverse rechtsterreinen volledig weer te geven. Daarvoor verwijs ik dan ook naar paragraaf 6.3 van dit hoofdstuk. Voor de diverse rechtsterreinen geldt dat veel van deze procedurele waarborgen zien op een zorgvuldige besluitvorming. Hierbij gaat het dan (niet uitputtend) om het tijdig informeren van betrokkenen, het horen en het doen van voorafgaand onderzoek naar eventuele hinder voor de leefomgeving. Ook een voortvarende besluitvorming en de daadwerkelijke tenuitvoerlegging kunnen in artikel 8 EVRM worden ingelezen. Veel van de procedurele verplichtingen onder dit artikel lijken te zijn gericht tot de uitvoerende autoriteiten, maar dit neemt niet weg dat deze procedurele verplichtingen ook voor de rechter (kunnen) gelden. Voor de vraag welke nationale autoriteit belast is met de uitvoer van deze verplichtingen bieden de aard van de zaak, het type verplichting en de vraag of eventuele onomkeerbare schade dreigt aanknopingspunten.

In essentie zijn de in paragraaf 6.3 vermelde procedurele eisen die het Hof heeft ingelezen in artikel 8 EVRM terug te brengen tot de volgende bevindingen. Om te beginnen komt de Staat onder artikel 8 EVRM een ruime *margin of appreciation* toe. Deze beoordelingsruimte heeft echter geen consequenties voor het formuleren van positieve procedurele verplichtingen. Sterker nog: de ruime inhoudelijke beoordelingsruimte van de Staat biedt voor het Hof juist een

³³⁸ Zie paragraaf 6.3.6.

³³⁹ Het Hof spreekt van 'as a whole'.

opening om procedurele eisen te formuleren. De procedurele verplichtingen staan immers naar hun aard in een wijder verband tot de inhoud van de zaak dan de materiële positieve verplichtingen. Bovendien bestaat er een relatie tussen de omvang van de inhoudelijke ruimte die het Hof de Staat onder artikel 8 EVRM laat, en de aanwezigheid van procedurele garanties in de nationale procedure. Hoe meer procedurele garanties bestaan en hoe meer gewicht aan de belangen van de betrokkene op nationaal niveau is toegekend, des te meer inhoudelijke beoordelingsruimte de Staat toekomt.

In de tweede plaats is ook de 8 EVRM-jurisprudentie casuïstisch van aard. Dit maakt het opnieuw lastig om meer algemene conclusies aan de uitspraken van het Hof te verbinden. Toch brengt de bestudering van deze EHRM-jurisprudentie een aantal factoren die houvast bieden om het voor de betrokken partijen mogelijk te maken om te anticiperen op de uitspraken van het Hof. Deze factoren fungeren bovendien als een alarmbel voor de nationale autoriteiten om in sommige gevallen extra zorgvuldig te werk te gaan en, indien aan de orde, de belangenafweging af te stemmen op de uit de EHRM-jurisprudentie voortvloeiende (materiële en procedurele) eisen.

Het fundamentele karakter van het recht is de eerste factor die kan dienen als handvat én als waarschuwingssignaal. Hoe fundamenteler het recht, hoe meer waarde het Hof hecht aan procedurele zorgvuldigheidseisen in de nationale procedure. Zo kan het op het spel staan van iemands vitale belang (toegang tot persoonlijke/vertrouwelijke informatie) of iemands 'intimate or key rights' (Roma zaken) reden te meer zijn voor het Hof om van de Staten te verlangen dat in het nationale recht is voorzien in een toegankelijke en effectieve procedure.

De tweede factor is een mengvorm van de ernst van de inmenging in het recht en de daarmee doorgaans gepaard gaande ernstige gevolgen voor de betrokkene en de onomkeerbare schade. De onomkeerbare mogelijke schade die kan ontstaan door het nemen van een maatregel of het nalaten daarvan, activeert de verplichting voor de nationale autoriteiten om de procedurele maatregelen na te leven (onder meer het doen van zorgvuldig onderzoek). Zo kan voorkomen worden dat deze onomkeerbare schade zich realiseert. Voorbeelden hiervan zijn te vinden in uithuisplaatsingszaken (ten aanzien van de onomkeerbaarheid van de besluiten), maar ook in milieuzaken (zij het voorzichtiger) en zelfs (zij het nog voorzichtiger) in bronbeschermingszaken. Wanneer de ernst van de aantasting van het recht en het (fundamentele) belang van de persoon in kwestie als uitgangspunt worden genomen, vervaagt op onderdelen het onderscheid tussen de absolute en relatieve rechten. Een ernstige aantasting van iemands absolute fundamentele recht of vitale belang onder een relatief recht leidt er in beide gevallen toe dat het Hof de aanwezigheid van procedurele eisen in het nationale recht onderstreept en aanscherpt. Een inmenging in een absoluut recht als het recht op leven, is per definitie ernstig en levert direct een schending op. De positieve verplichtingen onder dit artikel toetst het Hof dan ook streng. In de gevallen waarin een vitaal

belang onder artikel 8 EVRM ernstig wordt aangetast, gelden ook strenge procedurele eisen, net als onder de artikelen 2 en 3 EVRM. Het Hof differentieert dus binnen artikel 8 EVRM. Het ene door artikel 8 EVRM beschermde deelbelang krijgt meer procedurele bescherming dan het andere in de nationale procedure. Dit is afhankelijk van de ernst van de aantasting en in welk deelbelang een inmenging plaatsvindt. Hierdoor vervaagt op punten het onderscheid tussen de de procedurele eisen onder de absolute en relatieve rechten.

De derde factor ziet op het behoren tot een kwetsbare groep en de implicaties die dit kan hebben voor de nationale belangenafweging. In de gevallen dat het gaat om een inmenging in het recht van een persoon behorend tot een kwetsbare groep, heeft het Hof positieve procedurele verplichtingen geformuleerd. In de belangenafweging moet rekening worden gehouden met het feit dat het gaat om personen die deel uit maken van een kwetsbare groep. De wijze waarop hier uiteindelijk rekening mee wordt gehouden, wordt materieel ingevuld, maar de plicht om dit te doen is procedureel van aard. Bovendien kan het behoren tot een kwetsbare groep ook de procedurele verplichting activeren om voortvarend te werk te gaan en betrokkenen te horen. Dit bevestigt opnieuw de wisselwerking tussen de materiële en procedurele component binnen een en dezelfde zaak. De inhoudelijke kwetsbaarheidscomponent activeert de procedurele verplichting.

De vierde factor houdt verband met factor drie en ziet op het beste belang van het kind. De verplichting om in de nationale belangenafweging rekening te houden met het belang van het kind is opnieuw een procedurele verplichting die vervolgens in de daadwerkelijke besluitvorming materieel wordt ingevuld.

Voormelde factoren maken het mogelijk om in de enorme brei zaaksgebonden EHRM-jurisprudentie orde aan te brengen. Zo kan de nationale praktijk op voorhand zoveel mogelijk conform de EVRM-standaarden worden ingericht.

In hoeverre zijn de procedurele waarborgen van artikel 8 EVRM nu van toegevoegde waarde ten opzichte van de procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM? Om te beginnen kunnen over de band van artikel 8 en/of 13 EVRM in het vreemdelingenrecht 6 EVRM-eisen worden toegepast. Hierbij gaat het om eisen als de voortvarendheid met betrekking tot de duur van de procedure, het horen en ook de toegang tot een effectief en toegankelijk rechtsmiddel. Onder omstandigheden kunnen deze eisen dus onderdeel zijn van artikel 8 EVRM en zo van toepassing worden op het vreemdelingenrecht. Het Hof heeft met het inlezen van procedurele verplichtingen onder artikel 8 EVRM dit materiële artikel niet alleen een procedurele betekenis heeft gegeven. Het Hof heeft daarnaast via dit artikel, en soms via artikel 13 EVRM, het toepassingsverbod van artikel 6 EVRM op het vreemdelingenrecht omzeild. Daarmee heeft het Hof het aantal procedurele verplichtingen voor de nationale autoriteiten op dit rechtsgebied uitgebreid. In dit opzicht zijn de procedurele waarborgen van artikel 8 EVRM van toegevoegde waarde. Deze waarborgen leveren nieuwe procedurele

verplichtingen op ten opzichte van de artikelen 6 en 13 EVRM. Bovendien breiden zij de fase waarin en het terrein waarop deze eisen gelden uit.

Tot slot maakt het enorme toepassingsbereik van artikel 8 EVRM dat veel zaken raken aan de door dit artikel beschermde belangen. Dit onderstreept het belang voor alle nationale actoren om op de hoogte te zijn van de verplichtingen/aanspraken die hieruit voortvloeien.

7 | De procedurele waarborgen van artikel 1 EP EVRM

7.1 INLEIDING

De centrale vraag in dit hoofdstuk luidt: welke procedurele waarborgen heeft het EHRM ingelezen in artikel 1 EP EVRM? In aansluiting daarop wordt de derde onderzoeksvraag beantwoord: wat is de mogelijke toegevoegde waarde van deze waarborgen in relatie tot de artikelen 6 en 13 EVRM?

Evenals de procedurele eisen onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM, vinden we de procedurele eisen onder artikel 1 EP EVRM niet terug in de tekst zelf. Deze eisen zijn tot stand gekomen in de omvangrijke jurisprudentie van het Hof. De procedurele positieve verplichtingen die het Hof onder het eigendomsrecht heeft ontwikkeld zijn een nadere bestudering waard. Daarbij is het interessant om te zien wat de mogelijke invloed is van de *margin of appreciation* op de procedurele eisen als onderdeel van artikel 1 EP EVRM. Daarnaast is het nuttig om de relatie van de procedurele eisen onder artikel 1 EP EVRM en de eisen van artikel 6 en 13 EVRM in kaart te brengen. En richten de procedurele waarborgen onder het eigendomsrecht zich in de praktijk op de uitvoerende autoriteiten van de Staat? Of is ook de rechter verplicht de onder artikel 1 EP EVRM geformuleerde procedurele eisen in acht te nemen?

Dit hoofdstuk volgt de volgende opbouw. Allereerst volgt de achtergrond van artikel 1 EP EVRM (paragraaf 7.2), gevolgd door het hart van dit hoofdstuk: de procedurele eisen onder het eigendomsrecht (paragraaf 7.3). Vervolgens volgt de paragraaf over deze eisen in relatie tot de procedurele eisen van de artikelen 6 en 13 EVRM en de eventuele toegevoegde waarde (paragraaf 7.4). Daarna gevolgd door de paragraaf waarin de vraag wordt beantwoord of de eisen zich met name lijken te richten tot het bestuur of de rechter, of juist tot beide actoren (paragraaf 7.5). Afgesloten wordt met de conclusie (paragraaf 7.6).

7.2 ACHTERGROND ARTIKEL 1 EP EVRM

7.2.1 Het eigendomsrecht

Als gezegd, maakt het eigendomsrecht geen onderdeel uit van het EVRM, maar vinden we dit recht terug in het aanvullend Eerste Protocol bij het Verdrag.

De erkenning van een internationaal eigendomsrecht is niet zonder slag of stoot gegaan. Het bleek lastig om de verschillende landen op één lijn te brengen ten aanzien van de erkenning en formulering van het eigendomsrecht.¹ In Groot-Brittannië was de vrees dat een internationaal eigendomsrecht noodzakelijke naoorlogse nationale economische keuzes in de weg zou kunnen staan. Andere geuite bezwaren zagen op het politieke karakter van het recht en de sterk nationaal economische invulling van het recht wat een algemene definiëring van het recht bemoeilijkte. Een oordeel van een internationale instantie over in principe nationale eigendomsbeperkende maatregelen was niet gewenst. Daarnaast zou het eigendomsrecht eerder een sociaal-economisch recht zijn, en zich derhalve niet lenen voor opnemings in het Verdrag nu sommige andere sociale grondrechten daar ook geen plaats zouden krijgen.²

Toch is op 20 maart 1952 het Eerste Protocol ondertekend, en na ratificatie is het in werking getreden op 18 mei 1954.³ Ratificatie door Nederland volgde op 31 augustus van datzelfde jaar.⁴ De tekst van artikel 1 EP EVRM luidt als volgt:

‘Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.

De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan dat een Staat heeft om die wetten toe te passen die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.’

Het recht op eigendom is echter niet als zodanig terug te vinden in de tekst van het eerste artikel van het Eerste Protocol.⁵ Voorstellen waarbij dit recht als zodanig werd erkend als ook een recht op schadevergoeding stuitten op Brits verzet.⁶ Hoewel dit dus tekstueel gezien niet terug is te vinden in artikel 1 EP EVRM wijst de uitleg van het Straatsburgse Hof in een andere richting, waarbij aan dit artikel wel een recht op eigendom is toegekend en bovendien

1 Zie o.m. de uitvoerige weergave van Tjepkema over de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 1 EP, en de weerstand van de Britten en de Zweden in het bijzonder: Tjepkema 2010, p. 610-614. Zie voor een beknoptere weergave: Schild 2012, p. 118-120; Vande Lanotte & Haeck 2004b, p. 302-304; Harris e.a. 2014, p. 862; Alkema 2000, p. 19.

2 Tjepkema 2010, p. 610.

3 Tjepkema 2010, p. 612; Schild 2012, p. 119.

4 Schild 2012, p. 119.

5 Schild 2012, p. 119.

6 Schild 2012, p. 120.

bij een ongerechtvaardigde inbreuk schadevergoeding kan worden geclaimd.⁷ Dit laat echter onverlet dat het EHRM de politieke dimensie van dit recht in het oog is blijven houden.⁸

7.2.2 Het begrip ‘eigendom’

In de eerste zin van artikel 1 EP EVRM staat het begrip ‘eigendom’ expliciet vermeld. Voor de toepassing van artikel 1 EP EVRM is het dan ook van belang dat sprake is van eigendom.⁹

In de Straatsburgse jurisprudentie heeft het eigendomsbegrip een autonome uitleg gekregen.¹⁰ Dit betekent dat de kwalificatie naar nationaal recht niet in de weg hoeft te staan aan de toekenning van het predicaat *eigendom*.¹¹ Verder is het eigendomsrecht veelomvattend.¹² Treffend spreekt Alkema van ‘(...) property / possessions in many respects operates as a kind of container’.¹³ Zo kwalificeren de eigendom van een boek,¹⁴ een stuk grond¹⁵ en een huis¹⁶ als eigendom in de zin van artikel 1 EP EVRM. Maar ook niet tastbare eigendommen¹⁷ als goodwill,¹⁸ een intellectueel eigendomsrecht¹⁹ en daarnaast een recht op schadevergoeding²⁰ en een vergunning²¹ vallen binnen de reikwijdte

7 Zie o.m. Christoffersen 2009, p. 498. Waarbij artikel 1 EP EVRM echter geen recht op het betalen van schadevergoeding door de nationale autoriteiten omvat. EHRM 29 maart 2011, EHRC 2011, 99, m.nt. M.K.G. Tjepkema & T. de Jong, par. 67 (*Potomska en Potomski t. Polen*).

8 Tjepkema 2010, p. 612-613.

9 Akkermans 2013, p. 1280.

10 Vgl. Barkhuysen & Van Emmerik 2013, p. 315, Schild 2012, p. 122 e.v.; Tjepkema 2010, p. 615; White & Ovey 2014, p. 496 e.v.

11 Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 116 e.v.; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 99; Tjepkema 2010, p. 615; EHRM 23 februari 1995, NJCM 1995, 1084, m.nt. R.J. Koopman, par. 53 (*Gasus Dossier – und Fördertechnik t. Nederland*).

12 Vande Lanotte & Haeck (red.) 2004b, p. 318 e.v.; White & Ovey 2014, p. 496; Harris e.a. 2014, p. 863 e.v.

13 Alkema 2000, p. 22.

14 Zie Vande Lanotte & Haeck (red.) 2004b, p. 321 en daar genoemd: EHRM 7 december 1976, par. 63 (*Handyside t. Verenigd Koninkrijk*).

15 Zie Vande Lanotte & Haeck (red.) 2004b, p. 321 en daar onder meer genoemd: EHRM 24 juni 1993, par. 41 (*Papamichalopoulos e.a. t. Griekenland*).

16 Zie Vande Lanotte & Haeck (red.) 2004b, p. 321 en daar genoemd: EHRM 24 juni 2003, par. 50 (*Allard t. Zweden*).

17 Zie ook Vande Lanotte & Haeck 2004b, p. 319.

18 EHRM 26 juni 1986, NJ 1987, 581, m.nt. E.A. Alkema, par. 41-42 (*Van Marle t. Nederland*). Vgl. opnieuw over artikel 1 EP EVRM (en over artikel 17 Handvest): Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 116 e.v.; Tjepkema 2010, p. 615.

19 EHRM 4 oktober 1990, zaaknr. 12633/87 (*Smith Kline t. Nederland*).

20 EHRM 20 november 1995, NJ 1996, 593, m.nt. E.J. Dommering, par. 31 (*Pressos Compania Naviera SA t. België*). Vgl. ook Tjepkema 2010, p. 615.

van het eigendomsbegrip. Het Hof heeft ook geoordeeld dat illegaal eigendom binnen het beschermingsbereik van artikel 1 EP EVRM kan vallen.²² Van belang is wel dat het potentiële eigendom een economische waarde heeft.²³ Het moet dus wel gaan om op geld waardeerbare belangen.²⁴ Als dit niet zo is, dan zal minder snel worden aangenomen dat sprake is van eigendom in de zin van artikel 1 EP EVRM.²⁵

Het eigendomsrecht is echter niet onbegrensd: de enkele hoop of verwachting op toekomstig eigendom kwalificeert niet als eigendom. Van een recht op het verwerven van eigendom is onder artikel 1 EP EVRM dus geen sprake.²⁶ Op het moment dat echter sprake is van een 'gerechtvaardigde verwachting' ('legitimate expectation') op toekomstig eigendom, valt dit wel weer binnen het eigendomsbegrip.²⁷ Toekomstig eigendom, op voorwaarde dat het met voldoende zekerheid vaststaat, kan ook binnen het bereik van artikel 1 EP EVRM worden gebracht.²⁸

-
- 21 EHRM 7 juli 1989, zaaknr. 10873/84, par. 53 (*Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden*). In deze zaak kwalificeerde de drankvergunning overigens niet als zelfstandige 'possession', 'maar alleen als belangrijk onderdeel van de totale bedrijfsuitvoering van het restaurant in kwestie', aldus Barkhuysen en Van Emmerik: Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 102.
 - 22 EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43, m.nt. A.J.Th. Woltjer (Grote Kamer) (*Öneryildiz t. Turkije*). Vgl. ook Barkhuysen & Van Emmerik 2005a, p. 76 e.v.
 - 23 Tjepkema 2010, p. 615-616; VandeLanotte & Haeck 2004b, p. 319.
 - 24 Schild 2012, p. 125; Van Dijk e.a. 2006, p. 866.
 - 25 Vgl. Harris e.a. 2014, p. 864; Tjepkema 2010, p. 616.
 - 26 Zie Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 101; Tjepkema 2010, p. 616 en de verwijzingen naar respectievelijk: EHRM 13 december 2000 (ontv.besl.) (*Malthous t. Tsjechische Republiek*) en EHRM 19 oktober 2000, zaaknr. 31227/96 (*Ambruosi t. Italië*).
 - 27 Schild 2012, p. 123. Vgl. ook: Grabenwarter 2014, p. 367 e.v.; Van Dijk e.a. 2006, p. 869; Vande Lanotte & Haeck (red.) 2004b, p. 326-331. Zie in dit kader de Grote Kamer uitspraak: EHRM 13 december 2016, EHRC 2017, 64, m.nt. A.E.M. Leijten, USZ 2017, 86, m.nt. H.J. Simon (Grote Kamer) (*Bélané Nagy t. Hongarije*) (afwijzing verzoek arbeidsongeschiktheidsuitkering, eigendom, excessieve last, schending artikel 1 EP – met 9 tegen 8) waarin de legitieme verwachting op eigendom aanzienlijk wordt uitgebreid, en daarmee het begrip 'eigendom' (possession). In EHRM 7 maart 2017, USZ 2017, 182, m.nt. H.J. Simon (*Bazcúr t. Hongarije*) bevestigt het EHRM deze uitbreiding van het eigendomsrecht.
 - 28 Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 101; EHRM 12 juli 2001, NJ 2004, 327, m.nt. E.A. Alkema (*HansAdam II of Liechtenstein t. Duitsland*); EHRM 7 mei 2002, EHRC 2002, 49, m.nt. J. van der Velde, par. 40-41 (*Burdov t. Rusland*). Geen eigendom, vanwege ontbreken gerechtvaardigde verwachting: EHRM 17 december 2013, AB 2015, 20, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2014, 91, m.nt. J.A.M.A. Sluysmans (ontv.besl.) (*Crash 2000 COD e.a. t. Bulgarije*).

7.2.3 De drie eigendomsregels: genotsregel, ontneming en regulering van eigendom

Het eigendomsrecht kent drie eigendomsregels. In de zaak *Sporrong en Lönnroth* tegen Zweden²⁹ heeft het EHRM bepaald dat uit artikel 1 EP EVRM de volgende drie regels zijn af te leiden.³⁰ Zo omvat dit artikel allereerst het recht om ongestoord te kunnen genieten van het eigendomsrecht, ook wel de genotsregel genoemd. In de tweede plaats overwoog het Hof dat aan de ontneming van het eigendomsrecht voorwaarden worden gesteld, en in de derde plaats heeft de Staat het recht om vanuit het algemeen belang eigendomsrechten te reguleren.³¹

Daarnaast is de zaak *Sporrong en Lönnroth* van belang, omdat dit arrest kan worden gezien als een van de eerste zaken waarin het Hof bepaalde dat de ontbrekende procedurele mogelijkheid om de beperking van het eigendomsrecht (in dit geval ging het om regulering) ter toetsing voor te leggen aan een daartoe bevoegde autoriteit een schending van artikel 1 EP EVRM opleverde.³²

Met betrekking tot de eigendomsregels is het zo dat de ontneming van eigendom de meest vergaande vorm van een inmenging in het eigendomsrecht is.³³ Bij de ontneming gaat het juridisch eigendom verloren. Hoe dit juridisch wordt gekwalificeerd is hierbij niet van belang; het EHRM kijkt of er ‘*de facto* sprake is van een ontneming van eigendom’.³⁴ Het Hof kijkt dus of feitelijk een ontneming van het eigendom heeft plaatsgevonden om ervoor te zorgen dat de Verdragsrechten ‘practical and effective’ zijn.³⁵ In het geval van onteigening beschikt de eigenaar niet langer over het recht om over zijn eigendom te beschikken. Wanneer het gaat om regulering beschikt de eigenaar nog wel (gedeeltelijk) over zijn eigendom.³⁶ De grens tussen beide inmen-

29 EHRM 23 september 1982, NJ 1988, 920, m.nt. E.A. Alkema (Grote Kamer) (*Sporrong en Lönnroth t. Zweden*).

30 Vgl. Vande Lanotte & Haecq (red.) 2004b, p. 308; Schutte 2004, p. 28 e.v.; Harris e.a. 2014, p. 868 e.v.; White & Ovey 2014, p. 503 e.v.; Tjepkema 2010, p. 616 e.v.; Schild 2012, p. 120 e.v.

31 EHRM 23 september 1982, NJ 1988, 290, m.nt. E.A. Alkema, par. 62 (Grote Kamer) (*Sporrong en Lönnroth t. Zweden*).

32 Zie uitgebreider paragraaf 7.3.

33 Tjepkema 2010, p. 619.

34 Schild 2012, p. 142.

35 EHRM 29 maart 2010, NJ 2011, 214, m.nt. Alkema, par. 78 (*Depalle t. Frankrijk*): ‘Regarding whether or not there has been an interference, the Court reiterates that, in determining whether there has been a deprivation of possessions within the second “rule”, it is necessary not only to consider whether there has been a formal taking or expropriation of property but to look behind the appearances and investigate the realities of the situation complained of. Since the Convention is intended to guarantee rights that are “practical and effective”, it has to be ascertained whether the situation amounted to a *de facto* expropriation (...)’.

36 Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 101. Vgl. ook Schild 2012, p. 142 en de verwijzing naar EHRM 1 december 2005, EHRC 2006, 50, m.nt. M.K.G. Tjepkema (*SCEA Ferme de Fresnoy t. Frankrijk*). Zie ook een ontvankelijkheidsbeslissing waarin het ging om de Wet herstructu-

gingsvormen met het eigendomsrecht is niet altijd even scherp te trekken.³⁷ Een reden hiervoor is dat niet altijd goed is te voorspellen of het Hof in een concrete zaak iets als eigendom kwalificeert of niet.³⁸ Tot slot dienen de drie eigendomsregels in onderlinge samenhang te worden gezien.³⁹

7.2.4 Inmenging in het eigendomsrecht: de toets

Als gezegd, is voor de toepassing van artikel 1 EP EVRM in de eerste plaats van belang dat er sprake is van eigendom in de zin van dit artikel, en vervolgens zal het Hof toetsen op welke van de drie eigendomsregels mogelijk een inbreuk is gemaakt door de Staat of een private persoon.⁴⁰ Bij de toets aan de eigendomsregels kijkt het Hof altijd eerst of sprake is van een ontneming of regulering, en pas als dit niet het geval is, kijkt het of de genotsregel van toepassing is.⁴¹

Nadat is vastgesteld dat sprake is van eigendom en op welke regel een inbreuk is gemaakt, gaat het Hof in op de vraag of de inbreuk op het eigendomsrecht gerechtvaardigd is. Ongeacht de vraag welke van de drie eigendomsregels aan de orde is,⁴² toetst het Hof vervolgens aan drie cumulatieve voorwaarden.⁴³

rering varkenshouderij en het Hof oordeelde dat sprake was van regulering en niet van ontneming: EHRM 30 april 2013, AB 2014, 13, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (ontv.besl.) (*Lohuis e.a. t. Nederland*).

37 EHRM 7 juli 1989, zaaknr. 10873/84, par. 53 (*Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden*). Als eerder opgemerkt kwalificeerde de drankvergunning hier niet als zelfstandig eigendom, maar als een belangrijk onderdeel van de bedrijfsvoering.

38 Aldus Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 102.

39 Vgl. o.m. Vande Lanotte & Haeck (red.) 2004b, p. 308; Harris e.a. 2014, p. 873; Tjepkema 2010, p. 618; Schild 2012, p. 120. EHRM 21 februari 1986, NJCM 1986, 546, m.nt. A.W. Heringa, par. 37 (Grote Kamer) (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*). Vgl. ook: EHRM 11 januari 2007, NJ 2008, 534, m.nt. Gielen (*Anheuser-Busch Inc. t. Portugal*) (Schild 2012, p. 120).

40 Zie voor een helder vijf stappenplan van het toetsingskader van artikel 1 EP EVRM de uiteenzetting van Akkermans (Akkermans 2013, p. 1304 e.v.). In het kader van de positieve verplichtingen (waarover meer in paragraaf 7.2.5) heeft het Hof voorts onder meer bepaald dat op de Staat ook de plicht kan rusten om het eigendom van individuen te beschermen tegen handelen van particulieren (Akkermans 2013, p. 1301).

41 Zie de betreffende overweging van het Hof in de zaak *Sporrong en Lönnroth* (par. 61): 'The Court must determine, before considering whether the first rule was complied with, whether the last two are applicable.' White & Ovey 2014, p. 503 e.v.

42 Vgl. Vande Lanotte & Haeck (red.) 2004b, p. 333; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 102; White & Ovey 2014, p. 503 e.v. Met betrekking tot de *fair balance* en dezelfde toets onder de drie regels: Tjepkema 2010, p. 638 en de verwijzing naar: EHRM 19 december 1989, zaaknrs. 10522/83; 11011/84; 11070/84, par. 48 (*Mellacher t. Oostenrijk*).

43 Zie o.m. Schild 2012, p. 126 -141; Tjepkema 2010, p. 623-625 en p. 638 e.v.; White & Ovey 2014, p. 505-507 (ontneming); p. 517 (regulering) en p.518 (genotsregel); Harris e.a. 2014, p. 872 e.v.; Van Dijk e.a. 2006, p. 878 -887.

De eerste voorwaarde ziet op de vraag of de eigendomsbeperkende maatregel bij wet is voorzien. De wet dient precies, voorzienbaar en toegankelijk te zijn.⁴⁴ Bij de toets aan de tweede voorwaarde kijkt het Hof of de eigendomsbeperkende maatregel in het algemeen belang is 'of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren'.⁴⁵ Bij de derde en laatste voorwaarde toetst het Hof of er een *fair balance* aanwezig is tussen het algemeen belang en het individuele belang. In de kern gaat het bij de *fair balance*-toets om de vraag naar de proportionaliteit en subsidiariteit van de eigendomsbeperkende maatregel.⁴⁶

Het bij wet voorzien vereiste levert doorgaans niet de meeste problemen op. Tegelijkertijd kan de toets aan dit vereiste wel anders uitvallen in de zaken waarin het Hof ervoor kiest om in het kader van het law-vereiste ook in te gaan op de aanwezigheid van procedurele waarborgen in het nationale recht.⁴⁷ De toets aan de procedurele waarborgen kan in sommige gevallen tenslotte omvangrijk zijn. Daarnaast komt de betekenis van de *rule of law* mede tot uitdrukking in de toets aan het law-vereiste, en vanwege het belang dat het Hof hecht aan het *rule of law*- principe is de toets onder het law-vereiste streng.⁴⁸

Bij de toets of de eigendomsbeperkende maatregel het algemeen belang dient, of ziet op het verzekeren van de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten gaat het om de vraag of de beperkende maatregel een legitiem doel dient. In de jurisprudentie van het EHRM is het algemeen belang ('general interest' of 'public interest')⁴⁹ ruim uitgelegd.⁵⁰ Dit betekent dat een belang dus snel kan worden gekwalificeerd als vallend binnen het algemeen belang, en hiermee is dan voldaan aan het vereiste van een legitiem doel. Ook deze voorwaarde levert dus doorgaans niet de meeste problemen op.

Anders is dit echter bij de toets aan de derde voorwaarde: de *fair balance*-toets. Bij dit derde onderdeel van de toets of de eigendomsbeperkende maatregel gerechtvaardigd is, maakt het Hof een belangenafweging tussen het algemeen belang aan de ene kant en het belang van het individu aan de andere kant. De invulling en uitkomst van deze belangenafweging is afhankelijk van de omstandigheden van het specifieke geval. Juist dit onderdeel van de toets

44 Schild 2012, p. 127; Tjepkema 2010, p. 623; Harris e.a. 2014, p. 878.

45 Zoals te lezen in de tekst van artikel 1 EP EVRM.

46 Schild 2012, p. 136; Barkhuysen & Van Emmerik 2005b, p. 14.

47 Zie ook paragraaf 7.3.

48 Schild 2012, p. 134.

49 Harris e.a. 2014, p. 876; Vande Lanotte & Haeck 2004b, p. 359.

50 Van Dijk e.a. 2006, p. 879 waarbij wordt opgemerkt dat het Hof hier een terughoudende toets hanteert en met name kijkt of in strijd met het verbod van détournement de pouvoir is gehandeld of dat sprake is van 'manifest arbitrariness' en p. 889-890. Zie ook Tjepkema 2010, p. 624-625 en Schild 2012, p. 134-135 en de verwijzing naar: EHRM 14 februari 2012, EHRC 2012, 86, m.nt. M.K.G. Tjepkema (*Tkachevy t. Rusland*) waarin sprake is van de (schijn van) détournement de pouvoir als gevolg waarvan het na te streven doel het algemeen belang niet dient.

krijgt veel aandacht in de rechtspraak van het Hof over artikel 1 EP EVRM. Dit is de reden om ook al op deze plek wat uitgebreider in te gaan op de *fair balance*-toets. Hiertoe zal ik eerst kort ingaan op enkele aspecten die kenmerkend zijn voor de belangenafweging. Vervolgens ga ik iets uitgebreider in op de invulling van de *fair balance*-toets in de jurisprudentie van het EHRM. Hierbij dienen de door Tjepkema in dit kader geformuleerde vuistregels als uitgangspunt.⁵¹ Daarnaast anticipeer ik bij deze bespreking al deels op de rol van de procedurele waarborgen in deze *fair balance*-toets.

Kenmerken fair balance-toets

Om te beginnen is de *fair balance*-toets op een aantal punten vergelijkbaar met de proportionaliteitstoets onder de artikelen 8, 9, 10 en 11 EVRM.⁵² Ook bij de toets of een beperking van voornoemde artikelen gerechtvaardigd is, toetst het Hof tenslotte of er een belangenafweging is gemaakt. Dit komt de uniformiteit ten goede. Tegelijkertijd heeft het begrip algemeen belang als gezegd onder artikel 1 EP EVRM een ruime uitleg gekregen, in vergelijking met het in lid 2 bij de artikelen 8 tot en met 11 van het EVRM genoemde begrip ‘necessary in a democratic society’ als potentieel legitiem beperkingsdoel.⁵³ Verder volgt uit de Straatsburgse jurisprudentie dat de aantasting van het eigendomsrecht niet mag leiden tot een ‘individual and excessive burden’ voor de betrokkene. Een onevenredige last (‘disproportionate burden’) kan dus niet door de Straatsburgse beugel, in dat geval ontbreekt de *fair balance*.⁵⁴

Een niet ten uitvoer legging van een rechterlijke uitspraak⁵⁵ of een onredelijke vertraging bij de uitbetaling van belasting⁵⁶ merkt het Hof aan als een onevenredige zware last. Dit geldt ook voor een wetswijziging als gevolg waarvan juridische kosten tijdens aanhangige procedures niet worden uitbetaald, ondanks de gerechtvaardigde verwachting.⁵⁷ Verder draagt ook een langdurige rechtsonzekerheid bij aan het aannemen van een ‘individual and

51 Tjepkema 2010, p. 638-651.

52 White & Ovey 2014, p. 506 en p. 519.

53 White & Ovey 2014, p. 519; Van Dijk e.a. 2006, p. 879.

54 Schild 2012, p. 139 e.v.

55 Van Dijk e.a. 2006, p. 889 en de verwijzing naar EHRM 22 februari 1994, zaaknr. 12954/87, par. 36 (*Raimondo t. Italië*). Vgl. ook Christoffersen 2009, p. 500 en de verwijzing naar: EHRM 30 juni 2005, zaaknr. 11931/03, par. 41 (*Teteriny t. Rusland*) en EHRM 25 februari 2005, zaaknr. 25964/02, par. 25 en 28 (*Poznakhirina t. Rusland*). Vgl. ook: EHRM 3 april 2007, zaaknr. 39745/02, par. 23-28 (*Cooperativa Agricola Slobozia – Hanesi t. Moldavië*). Zie meer recent een zaak waarin nationale rechters een tenuitvoerleggingsplicht van de Staat te beperkt hebben opgevat: EHRM 17 april 2012, *EHRC* 2012, 165, m.nt. J. van der Velde (*Ilyushkin e.a. t. Rusland*).

56 Van Dijk e.a. 2006, p. 889 en de verwijzing naar EHRM 3 juli 2003, zaaknr. 38746/97, par. 39 (*Buffalo Srl t. Italië*).

57 Van Dijk e.a. 2006, p. 889 en de verwijzing naar EHRM 19 oktober 2000, zaaknr. 31227/96, par. 29-34 (*Ambruosi t. Italië*).

excessive burden'.⁵⁸ Het gaat dus om 'procedural irregularities'⁵⁹ en een beroep op de onevenredige zware last onderbouwd met een procedurele onregelmatigheid is dus doorgaans succesvol.⁶⁰ Hierbij kan dan gedacht worden aan een onredelijke vertraging in de uitbetaling van belasting(toeslagen), of een te lang durende rechterlijke procedure, of het nalaten uitspraken van de rechter te implementeren.⁶¹ Toch is het vaak de optelsom van verschillende tekortkomingen die uiteindelijk resulteren in een schending.⁶²

Invulling fair balance-toets

Vertrekpunt bij de bespreking van de invulling van de *fair balance*-toets door het Hof vormen de door Tjepkema geformuleerde vuistregels.⁶³ Deze vier vuistregels zijn en werken erg verhelderend. Kort zijn dit de volgende: (i) 'de ernst van de aantasting van het eigendom',⁶⁴ (ii) 'redelijk aanbod tot schadevergoeding',⁶⁵ (iii) 'rechtsonzekerheid en gerechtvaardigde verwachtingen'⁶⁶ en (iv) 'procedurele waarborgen'.⁶⁷ De uitkomst van de *fair balance*-toets blijft lastig te voorspellen, maar deze vier vuistregels kunnen hierbij wel enige houvast bieden.⁶⁸

Voor dit onderzoek is vanzelfsprekend de vierde vuistregel relevant.⁶⁹ Bij de uiteenzetting van de procedurele waarborgen⁷⁰ zal gekeken worden welk gewicht de aan- of afwezigheid van deze procedurele waarborgen in de schaal legt bij de *fair balance*-toets. Ook de derde vuistregel die ziet op de 'rechtsonzekerheid' kan onder omstandigheden naar mijn opvatting verband houden met de procedurele waarborgen. Namelijk voor zover deze rechtsonzekerheid in de hand wordt gewerkt door onnodige vertraging door de overheid, en een rechtsmiddel voor betrokkene ontbreekt om de procedure te versnellen

58 Vlemminx 2002, p. 87.

59 Aldus Van Dijk e.a. 2006, op p. 889.

60 Van Dijk e.a. 2006, p. 889.

61 Zoals genoemd door Van Dijk e.a. (Van Dijk e.a. 2006, p. 889 en de verwijzing naar de EHRM-jurisprudentie).

62 Tjepkema 2010, p. 638.

63 Tjepkema 2010, p. 638-651.

64 Tjepkema 2010, p. 640-642.

65 Tjepkema 2010, p. 642-645. Zie uitgebreid over de methodes met betrekking tot de toekenning van de juiste hoogte van de schadevergoeding in geval van ontneming, onder meer: Harris e.a. 2014, p. 888-894.

66 Tjepkema 2010, p. 645-650.

67 Tjepkema 2010, p. 650-651.

68 Tjepkema 2010, p. 638-639.

69 Zie bijvoorbeeld voor de procedurele waarborgen als onderdeel van de *fair balance*-toets: EHRM 26 september 2006, EHRC 2006, 138, m.nt. Adriaansens, par. 79 (*Fleri Soler & Camilleri t. Malta*).

70 Paragraaf 7.3.

of de duur van de eigendomsbeperkende maatregel te reduceren.⁷¹ Bovendien kan ook de ernst van de aantasting van het eigendom (de eerste vuistregel) potentieel van invloed zijn op de toets aan de procedurele waarborgen door het Hof. Zijn de potentieel vergaande gevolgen voor het Hof reden om ook onder artikel 1 EP EVRM de procedurele eisen te verzwaren? Net zoals dit het geval is onder de absolute rechten van artikelen 2 en 3 EVRM en in sommige gevallen onder artikel 8 EVRM. In hoeverre speelt het criterium van de 'onomkeerbare schade' – zoals we dit kennen in de asielzaken onder artikel 3 EVRM – een rol? Of is onder het eigendomsrecht minder snel sprake van onomkeerbare schade omdat tegenover de inmenging in het recht een geldelijke compensatie kan worden gezet? Tegelijkertijd is het ook denkbaar dat zich onder artikel 1 EP EVRM onomkeerbare schade voordoet die niet achteraf financieel kunnen worden hersteld.

Het Hof hanteert een strengere toets in het geval van ontneming. Hoe ernstiger dus de inbreuk, hoe eerder dit een schending oplevert⁷² en hoe strenger de procedurele eisen die het Hof oplegt aan de Staat.⁷³ Een verzachtende factor is de schadevergoeding die betrokkene geboden wordt in het geval van ontneming.⁷⁴ Een ontneming van eigendom zonder 'enige vorm van compensatie' leidt ertoe dat het Hof eerder een schending van artikel 1 EP EVRM aanneemt.⁷⁵ Bij een regulering is dit anders: de afwezige compensatie leidt hier niet per definitie tot een disproportioneel ingrijpen door de Staat.⁷⁶

Margin of appreciation

Tot slot verdient het leerstuk van de *margin of appreciation* een aparte bespreking. Bij de vraag of een inmenging in het eigendomsrecht is gerechtvaardigd laat het EHRM de Staten een ruime *margin of appreciation*.⁷⁷ Op deze manier blijft het aan de Staten voorbehouden om economische en sociale beleidskeuzes te maken.⁷⁸ Bovendien zijn de nationale autoriteiten beter in staat om te oordelen wat in het algemeen belang is dan het Hof in Straatsburg.⁷⁹ Dit laatste is conform het subsidiariteitsbeginsel. Helder is de toelichting van Mahoney

71 Van Dijk e.a. 2006, p. 876 en Barkhuysen & Van Emmerik 2005b, p. 69 over gebruiksbeperkende maatregelen en de lange onzekerheid waar klager in verkeerde. Vlemminx 2002, p. 88.

72 Tjepkema 2010, p. 640.

73 Dit hebben we eerder kunnen zien onder artikel 3 EVRM in asielzaken en onder 8 EVRM, zie hoofdstuk 5 en 6.

74 Tjepkema 2010, p. 640.

75 Barkhuysen & Van Emmerik 2005b, p. 66; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 104. Zie ook: Akkermans 2013, p. 1316 e.v.; White & Ovey 2014, p. 507 e.v.

76 Barkhuysen & Van Emmerik 2005b, p. 67; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 104.

77 Van Dijk e.a. 2006, p. 876 waarbij wordt opgemerkt dat bij de proportionaliteitstoets onder andere verdragsartikelen ook een *margin* wordt gelaten.

78 Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 104.

79 Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 104.

voor de keuze om Staten onder artikel 1 EP EVRM een ruime *margin of appreciation* te geven:

‘The subject-matter of the right of property (...) is typically one where there is a diversity of view in democratic society as to how the tension between individual liberty and community interest should be regulated. The right of property as guaranteed under the Convention accommodates both socialists (redistributive) and conservative (acquisitive) approaches. At the other end of the spectrum there is presumably little or no scope for any margin of appreciation in relation to the right to life, the prohibition of torture and inhuman treatment, and the prohibition of slavery.’⁸⁰

Een gevolg van deze *margin of appreciation* is dat onder artikel 1 EP EVRM minder snel een schending wordt aangenomen.⁸¹ de Staten krijgen tenslotte de ruimte bij de toepassing van de eigendomsbeperkende maatregel. Illustratief in dit verband is dat het Hof pas in 1999 tot een schending van de regulering van eigendom kwam,⁸² en tot 1997 alleen in combinatie met artikel 6 EVRM tot een schending van de ontnemingsregel van artikel 1 EP EVRM oordeelde.⁸³ De ontwikkeling van het eigendomsrecht is dus echt van de laatste jaren.

Het Hof laat de Staten deze ruime *margin* bij zowel het law-vereiste, als ook bij het bepalen van het algemeen belang en tot slot bij de *fair balance*-toets.⁸⁴ Toch stelt het Hof hier grenzen. In het kader van het algemeen belang bepaalde het Hof dat het in principe de beoordeling van de Staat volgt bij wat kan worden gekwalificeerd als algemeen belang, tenzij dit ‘kennelijk zonder enige grond is’.⁸⁵ Bovendien verlangt het Hof ook in het kader van de *fair balance*-toets van de Staat dat bij de inzet van een evident onredelijk middel de keuze voor een zeer belastend alternatief vanuit het algemeen belang wordt onderbouwd.⁸⁶ Schild spreekt in het kader van de *margin of appreciation* bij de *fair balance*-toets dat het aan de Staten is om een belangenafweging te maken, maar dat een niet ‘redelijkerwijze verdedigbaar’ nalaten hiervan niet door de Straatsburgse beugel kan en een schending van artikel 1 EP EVRM oplevert.⁸⁷ Binnen de *fair balance*-toets laat het Hof de Staten de ruimte in

80 Mahoney 1998, p. 5. Vgl. ook Tjepkema 2010, p. 625-626.

81 Van Dijk e.a. 2006, p. 888-889; Tjepkema 2010, p. 625; Schild 2012, p. 137-138.

82 Tjepkema 2010, p. 625 en de verwijzing naar: EHRM 29 april 1999, zaaknr. 25088/94 (Grote Kamer) (*Chassagnou t. Frankrijk*).

83 Tjepkema 2010, p. 625 en de verwijzing naar: Van Banning 2001, p. 118 e.v.

84 Tjepkema 2010, p. 625.

85 Tjepkema 2010, p. 639.

86 Tjepkema 2010, p. 639.

87 Schild 2012, p. 138.

zowel de keuze voor de maatregel als of de proportionaliteit van de maatregel.⁸⁸ Het Hof kan echter nog wel eisen stellen aan de procedure.

Op de ruime *margin* voor de Staten bij de *fair balance*-toets is kritiek geuit. De ruime beoordelingsruimte zou de *fair balance*-toets hebben teruggebracht tot een minimale proportionaliteitstoets.⁸⁹ Wat betekent deze ruime *margin of appreciation* nu voor de procedurele waarborgen die het Hof in het kader van artikel 1 EP EVRM heeft geformuleerd?

Onder artikel 8 EVRM werd duidelijk dat een ruime *margin of appreciation* geen invloed heeft op de procedurele eisen die het Hof van de Staten verlangt. Het ligt in de lijn der verwachting dat dit ook geldt onder het eigendomsrecht.

De *margin* die aan de Staten wordt gelaten ziet op de inhoudelijke keuzes van de Staten. Dit laat dus onverlet dat het EHRM de nationale procedure alsnog wel aan een procedurele toets kan onderwerpen.⁹⁰ Dit type eisen staat tenslotte losser van de inhoud dan het geval is bij bijvoorbeeld de materiële positieve verplichting of de klassieke onthoudingsverplichting. Dit zagen we eerder onder artikel 8 EVRM waar het Hof in de regel de inhoudelijke belangenafweging terughoudend toetst, maar wel streng de aanwezigheid van procedurele waarborgen in de nationale besluitvormingsprocedure toetst. Bovendien kan met behulp van het stellen van procedurele eisen worden bewerkstelligd dat op nationaal niveau structurele wijzigingen worden doorgevoerd. De meer inhoudelijke eisen zijn immers, meer dan de procedurele eisen, sterk zaaksgebonden. Dit neemt niet weg dat ook procedurele eisen waaraan de Staat moet voldoen van ingrijpende en vergaande aard kunnen zijn.⁹¹ Zo kosten procedurele verplichtingen als het bieden van rechtsbijstand, of het horen van betrokkene zowel extra geld als capaciteit.

88 EHRM 24 oktober 1986, zaaknr. 9118/80, par. 52 (*AGOSI t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 5 december 2002, zaaknr. 53871/00 (*Islamische Religionsgemeinschaft e.a. t. Duitsland*); EHRM 28 juli 1999, zaaknr. 22774/93 (*Immolaire Saffi t. Italië*); EHRM 15 november 2001, zaaknr. 54999/00; 53991/00 (*Honecker e.a. t. Duitsland*); EHRM 29 april 1999, 25088/94 (*Grote Kamer*) (*Chassagnou t. Frankrijk*). Vgl. ook: Tjepkema 2010, p. 639.

89 Tjepkema 2010, p. 639-640 en de verwijzing naar Arai-Takahashi 2002, p. 157 en Schokkenbroek 1998, p. 30 e.v. Arai-Takahashi pleit voor een intensievere toets aan 1 EP, aldus Tjepkema.

90 Vgl. ook Brems & Lavrysen 2013, p. 195 e.v. die dit opmerken in het kader van het leerstuk van de procedurele rechtvaardigheid.

91 Vgl. Gerards die concluderend in een hoofdstuk over positieve verplichtingen stelt (Gerards 2011a, p. 260): 'In zekere zin zijn de procedurele positieve verplichtingen die het Hof heeft afgeleid uit vrijwel alle bepalingen van het EVRM, veel verstrekkender dan de materiële positieve verplichtingen die het heeft vastgesteld.'

7.2.5 Positieve verplichtingen onder artikel 1 EP EVRM: de materiële component

Ook in het kader van het eigendomsrecht heeft het Straatsburgse Hof positieve verplichtingen ontwikkeld. De bescherming van het eigendom door de Staat gaat dus verder dan de plicht die op de Staat rust om zich te onthouden van een inmenging met voormeld recht.⁹²

Opnieuw kan ook onder artikel 1 EP EVRM een onderscheid worden gemaakt tussen de materiële positieve verplichting en de procedurele positieve verplichting. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat de ruime *margin of appreciation* die de Staten toekomt in eigendomskwesaties ook consequenties heeft voor de materiële positieve verplichtingen die het Hof de Staten op kan leggen. Vanwege deze *margin* stelt het Hof onder het eigendomsrecht minder vergaande verplichtingen aan het handelen van de Staat om het eigendom te beschermen dan onder artikel 2 EVRM in het geval van natuurrampen.⁹³ Dit is mede ingegeven door het fundamentele en absolute karakter van het recht op leven onder artikel 2 EVRM.⁹⁴ De procedurele positieve verplichtingen gelden in het geval van natuurrampen echter onverkort.⁹⁵

In de Grote Kamer uitspraak van het Hof in de zaak *Öneryıldiz*⁹⁶ vinden we de plicht tot het nemen van maatregelen teneinde het eigendomsrecht te beschermen terug:

‘Genuine, effective exercise of the right protected by that provision does not depend merely on the State’s duty not to interfere, but may require positive measures of protection, particularly where there is a direct link between the measures which an applicant may legitimately expect from the authorities and his effective enjoyment of his possessions.’⁹⁷

92 EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43, m.nt. A.J.Th. Woltjer, par. 134 (Grote Kamer) (*Öneryıldiz t. Turkije*). Dit type verplichtingen heeft zich met name ontwikkeld in de jurisprudentie van midden en Oost-Europese landen, n.a.v. de eenwording van Duitsland, zo is te lezen bij: White & Ovey 2014, p. 495. Zie over de positieve verplichting ook: Akkermans 2013, p. 1301 e.v.; Grabenwarter 2014, p. 385 e.v.

93 Zie eerder hoofdstuk 4 over het verschil tussen de materiële positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM en artikel 1 EP EVRM, en de verwijzing naar de zaak: EHRM 20 maart 2008, AB 2008, 206 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 133 (*Budayeva t. Rusland*).

94 Zie paragraaf 4.2.2 in hoofdstuk 4. Vgl. ook: White & Ovey 2014, p. 494; Gerards 2011a, p. 255.

95 Zie paragraaf 4.3.1 in hoofdstuk 4.

96 EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43, m.nt. A.J.Th. Woltjer (Grote Kamer) (*Öneryıldiz t. Turkije*).

97 EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43, m.nt. A.J.Th. Woltjer, par. 134 (Grote Kamer) (*Öneryıldiz t. Turkije*). Vgl. ook voor de plicht die op de autoriteiten rust om schade aan eigendom te voorkomen en de omissie aan de zijde van de Staat: EHRM 12 februari 2013, EHRC 2013, 99, par. 27 (*Dzugayeva t. Rusland*).

In de onderhavige zaak overwoog de Grote Kamer van het Hof onder meer dat de Staat praktische maatregelen ('practical steps') had moeten nemen teneinde het eigendom van klagers (de illegaal gebouwde woning) te beschermen en sluit hierbij aan bij de in het kader van artikel 2 EVRM geformuleerde maatregelen waaronder het tijdig installeren van een gas-extractie systeem.⁹⁸

Op de Staat kan ook de plicht rusten om het eigendom te beschermen in de horizontale rechtsverhouding.⁹⁹ Het is echter wel zo dat deze plicht, wanneer het gaat om een economische relatie tussen particulieren, minder vergaand is dan in het geval dat het gaat om verlies van eigendom door het individu als gevolg van nalaten aan de zijde van de autoriteiten in gevaarlijke situaties.¹⁰⁰ Dit heeft tot gevolg dat, zo overweegt het Hof daarna:

'Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention cannot be interpreted as imposing any general obligation on the Contracting States to cover the debts of private entities.'¹⁰¹

Op deze manier begrenst het Hof dus de verplichting voor de Staten onder artikel 1 EP EVRM. Verder differentieert het Hof naar de ernst van de zaak. Hoe gevaarlijker/ernstiger de gevolgen voor betrokkenen, hoe meer van de Staten kan worden verlangd. Dit is ook conform de eerdere hoofdstukken over de bescherming van het recht op leven en het folterverbod en het recht op privé- en familielevens. Verder hebben de verplichtingen van de Staat onder het eigendomsrecht een meer institutionaliserend karakter in de gevallen waarin de Staat zelf betrokken is. Hierbij kan het dan bijvoorbeeld gaan om de plicht om naar nationaal recht te voorzien in een faillissementsprocedure.¹⁰²

De materiële verplichtingen die op de Staat rusten kunnen bovendien zowel preventief van aard zijn als herstellend van karakter.¹⁰³ Bij de laatste categorie kan het dan gaan om het nemen van adequate maatregelen die zien op de tenuitvoerlegging van rechterlijke uitspraken, het betalen van schadevergoeding voor onteigening of het verzekeren dat land wordt teruggegeven aan de

98 EHRM 30 november 2004, *AB* 2005, 43, m.nt. A.J.Th. Woltjer, par. 136 en par. 106-108 (Grote Kamer) (*Öneryildiz t. Turkije*); EHRM 28 februari 2012, *AB* 2012, 314, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *EHRC* 2012, 105, m.nt. D.G.J. Sanderink, par. 212 en 216 (*Kolyadenko e.a. t. Rusland*). Vgl. ook: Harris e.a. 2014, p. 870; Akkermans 2013, p. 1302. Zie ook de dissertatie van Sanderink over het EVRM en het materiële omgevingsrecht: Sanderink 2015, en toegespitst op artikel 1 EP EVRM en de positieve verplichting om regelgeving uit te vaardigen, p. 66 e.v.

99 Vgl. ook: White & Ovey 2014, p. 494; Harris e.a. 2014, p. 871 en de daar genoemde jurisprudentie.

100 White & Ovey 2014, p. 494, en de verwijzing naar: EHRM 3 april 2012, zaaknr. 54522/00, par. 111 (Grote Kamer) (*Kotov t. Rusland*).

101 EHRM 3 april 2012, zaaknr. 54522/00, par. 111 (Grote Kamer) (*Kotov t. Rusland*).

102 Voorbeeld ontleend aan: Harris e.a. 2014, p. 871.

103 White & Ovey 2014, p. 495; Harris e.a. 2014, p. 871.

rechthebbende.¹⁰⁴ Sommige van de herstelmaatregelen kunnen worden gekwalificeerd als procedureel, zoals de tenuitvoerlegging van een uitspraak. Tegelijkertijd is juist het betalen van schadevergoeding meer materieel van aard voor zover het gaat om daadwerkelijke betaling van het geldbedrag. De mogelijkheid die naar nationaal recht dient te bestaan om in aanmerking te komen voor een eventuele schadevergoeding is echter wel aan te merken als procedureel.¹⁰⁵ Het voorgaande illustreert dat een strikt onderscheid tussen materiële en procedurele positieve verplichtingen dus niet altijd te maken is, en beide verplichtingen bovendien (vaak) verenigd zijn in een uitspraak.

Tot slot is het lastig om een precies onderscheid te maken tussen de negatieve (onthoudings)verplichting en de positieve verplichting onder artikel 1 EP EVRM, zo volgt herhaaldelijk uit de jurisprudentie van het Hof.¹⁰⁶ In beide gevallen dient een *fair balance* aanwezig te zijn tussen het algemeen belang en het belang van het individu. De doelen (genoemd in lid 2 van artikel 1 EP EVRM) zijn onderdeel van de *fair balance*-toets. Tot slot behoudt de Staat een zekere *margin of appreciation* bij het nemen van de maatregelen in het kader van de materiële positieve verplichtingen.

Resumerend: het begrip eigendom wordt ruim uitgelegd in de Straatsburgse jurisprudentie. Het eigendomsrecht kent drie eigendomsregels; de genotsregel, ontneming en regulering van het eigendom. Bij de toets of de beperking van het eigendom Straatsburg-proof is, toetst het Hof aan drie cumulatieve voorwaarden. Bij de derde en laatste voorwaarde, de *fair balance*-voorwaarde, spelen de procedurele waarborgen een rol, waarover hierna meer. Verder leent het eigendomsrecht zich, als gevolg van de *margin of appreciation*, bij uitstek voor een procedurele toets, en dus het formuleren van procedurele positieve verplichtingen. De *margin of appreciation* verhindert tenslotte dat het EHRM te veel dicteert hoe de Staat om dient te gaan met het eigendomsrecht. Dit is waarschijnlijk ook de reden dat bij de bespreking van de materiële positieve verplichtingen onder artikel 1 EP EVRM dit type verplichtingen minder aanwezig lijkt te zijn dan bijvoorbeeld onder het absolute recht op leven van artikel 2 EVRM.

104 Harris e.a. 2014, p. 871 en de daar genoemde jurisprudentie. Vgl. recenter een uitspraak waarin het Hof oordeelde dat het nalaten van het betalen van schadevergoeding aan klager voor de waardedaling van het niet-onteigende gedeelte van het landgoed geen schending van 1 EP EVRM opleverde: EHRM 25 juni 2015, zaaknr. 24756/10 (*Couturon t. Frankrijk*).

105 Zie eerder het 13 EVRM-hoofdstuk.

106 EHRM 3 april 2012, zaaknr. 54522/00, par. 110 (Grote Kamer) (*Kotov t. Rusland*). Zie later EHRM 16 juli 2014, EHRC 2014, 226, par. 101 (*Ališić, Sadžak en Šahdanović t. Bosnië en Herzegovina, Kroatië, Servië, Slovenië en de voormalig Joegoslavische Republiek Macedonië*) en eerder: EHRM 22 juni 2004, zaaknr. 31443/96 (Grote Kamer) (*Broniowski t. Polen*).

7.3 DE PROCEDURELE WAARBORGEN VAN ARTIKEL 1 EP EVRM

7.3.1 De procedurele waarborgen onder artikel 1 EP EVRM: een eerste overzicht

De procedurele kernverplichting onder artikel 1 EP EVRM ziet op de mogelijkheid die in het nationale recht dient te bestaan om met behulp van een effectief rechtsmiddel een eigendom aantastende maatregel aan te vechten. In dit verband is de zaak *Sporrong en Lönnroth*¹⁰⁷ van belang. Dit arrest kan worden gezien als een van de eerste zaken waarin het Hof bepaalde dat de ontbrekende procedurele mogelijkheid om de regulering van het eigendomsrecht ter toetsing voor te leggen aan een daartoe bevoegde autoriteit bijdroeg aan de schending van artikel 1 EP EVRM.

In deze zaak heeft de Zweedse regering aan het gemeentebestuur van Stockholm een onteigeningsvergunning verleend voor de percelen die toekomen aan de klagers *Sporrong en Lönnroth*. Naast de onteigeningsvergunning wordt ook een bouwverbod opgelegd aan klagers.

Deze zaak kent echter een aantal procedurele gebreken volgens het Hof. Zo ontbrak in het nationale recht de mogelijkheid voor klagers om tussentijds een rechterlijk oordeel te krijgen over de rechtmatigheid van de onteigeningsvergunning en het opgelegde bouwverbod. Klagers verkeerden bovendien lange tijd in onzekerheid omdat de Zweedse uitvoerende autoriteiten voor een periode van respectievelijk 23 en acht jaar niet tot onteigening zijn overgegaan, en het bouwverbod ook gedurende 25 en twaalf jaar van kracht bleef.¹⁰⁸ Deze procedurele tekortkomingen hebben tot gevolg dat het EHRM in deze zaak heeft geoordeeld dat een *fair balance* tussen het algemeen belang (doel: stedelijke ontwikkeling) en het belang van klagers ontbreekt. Het EHRM heeft dit als volgt geformuleerd:

‘Being combined in this way, the two series of measures created a situation which upset the fair balance which should be struck between the protection of the right of property and the requirements of the general interest: the *Sporrong Estate* and Mrs. *Lönnroth* bore an individual and excessive burden which could have been rendered legitimate *only if they had had the possibility of seeking a reduction of the time-limits or of claiming compensation*. Yet at the relevant time Swedish law excluded these possibilities and it still excludes the second of them.’¹⁰⁹

Bij een langdurige beperking van het eigendomsrecht, met als gevolg rechtsonzekerheid, moet naar het oordeel van het Hof in het nationale recht zijn

107 EHRM 23 september 1982, NJ 1988, 290, m.nt. E.A. Alkema (Grote Kamer) (*Sporrong en Lönnroth t. Zweden*).

108 EHRM 23 september 1982, NJ 1988, 290, m.nt. E.A. Alkema, par. 70 en 72 (Grote Kamer) (*Sporrong Lönnroth t. Zweden*). Vgl. ook: Akkermans 2013, p. 1311.

109 EHRM 23 september 1982, NJ 1988, 290, m.nt. E.A. Alkema, par. 73 (Grote Kamer) (*Sporrong Lönnroth t. Zweden*).

voorzien in een mogelijkheid om een tussentijdse beoordeling te krijgen van de rechtmatigheid van de eigendomsbeperkende maatregel,¹¹⁰ dit is in latere jurisprudentie bevestigd.¹¹¹ Deze mogelijkheid en de optie om een schadevergoedingsverzoek in te dienen waren afwezig.¹¹² Van een *fair balance* is derhalve geen sprake. Dit, in combinatie met de onteigeningsvergunning en het daarbij komende bouwverbod leveren een schending van artikel 1 EP EVRM op.

De overkoepelende verplichting houdt in dat naar nationaal recht een mogelijkheid moet worden geboden om op te komen tegen een eigendomsbeperkende maatregel. Dit betekent meer concreet dat het voor de betrokkenen mogelijk moet zijn om een oordeel te krijgen over de rechtmatigheid van de beperkende maatregel (voor een rechterlijke instantie). Daarnaast moet eventueel een schadevergoeding kunnen worden gevorderd.

Het Hof legt in deze zaak de nadruk op de mogelijkheid voor betrokkene om de duur van de eigendomsaantasting te beperken (via een rechterlijke herziening) en de mogelijkheid om een claim tot schadevergoeding in te dienen.¹¹³ Of de duur van de inmenging dus ook daadwerkelijk is teruggebracht en of een schadevergoeding is betaald, is voor het Hof minder relevant. Volgens Christoffersens volgt hieruit de duidelijke procedurele focus van het Hof.¹¹⁴

In meer algemene zin valt in de voorgaande overweging op, en ook in de hierna te bespreken 1 EP-jurisprudentie, dat de formulering van deze verplichting verschilt van de klassieke procedurele positieve verplichting-formulering behorend bij de artikelen 2, 3 en 8 EVRM.¹¹⁵ De aanwezigheid van procedurele garanties (i.e. waarborgen) in de nationale procedure, waaronder de beschikbaarheid van een rechtsmiddel om de eigendom aantastende maatregel te betwisten, maakt onderdeel uit van de belangenafweging van

110 EHRM 23 september 1982, NJ 1988, 290, m.nt. E.A. Alkema, par. 70-74 (Grote Kamer) (*Sporrong Lönnroth t. Zweden*) en zie ook: EHRM 21 februari 1986, NJCM 1986, 546, m.nt. A.W. Heringa, par. 50 (Grote Kamer) (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

111 EHRM 16 september 1996, zaaknr. 15777/89, par. 98 (*Matos e Silva Lda e.a. t. Portugal*) (in casu resulteerde langdurige onzekerheid (13 jaar) over een voorgenomen onteigening en het bedrag aan compensatie in een onevenredig zware last voor klager); EHRM 29 maart 2011, EHRC 2011, 99, m.nt. T. de Jong & M.K.G. Tjepkema (*Potomska en Potomski t. Polen*). Zie ook Vlemminx 2002, p. 85.

112 Schending artikel 1 EP EVRM blijft uit in het geval dat via een civielrechtelijke procedure een schadevergoeding kan worden gevorderd: EHRM 18 maart 2014, zaaknr. 39689 (*Atev t. Bulgarije*).

113 Christoffersens 2009, p. 498.

114 Christoffersens 2009, p. 498. Zie ook Van Dijk e.a. 2006, p. 876 en noot nummer 60 waar wordt gewezen op de focus van het Hof op procedurele zaken onder verwijzing naar de uitspraken: EHRM 23 april 1987, par. 77 en par. 68 in de zaken *Erkner en Hofbauer t. Oostenrijk* en *Poiss t. Oostenrijk*. De nadruk op de aanwezigheid van een effectief rechtsmiddel in het nationale recht zagen we eerder in het 13 EVRM-hoofdstuk.

115 Zie voor deze procedurele positieve verplichtingen: hoofdstuk 4 (paragraaf 4.3), hoofdstuk 5 (paragraaf 5.3) en hoofdstuk 6 (paragraaf 6.3).

het Hof onder het eigendomsrecht. Hoewel het Hof in de regel nalaat om deze procedurele waarborgen expliciet te formuleren als een procedurele positieve verplichting, laat dit naar mijn opvatting onverlet dat de nationale autoriteiten in hun procesrecht deze waarborgen ter bescherming van het eigendomsrecht in acht moeten nemen. De waarborgen vormen tenslotte een vast onderdeel van de proportionaliteitstoets van het Hof behorend bij artikel 1 EP EVRM. Bovendien zijn er ook zaken waarin het Hof in het kader van de proportionaliteit van de inmenging wel expliciet spreekt van ‘positive obligations’ en ‘an obligation to provide a judicial mechanism for settling effectively property disputes and to ensure compliance of those mechanisms with the procedural and material safeguards enshrined in the Convention.’¹¹⁶ Kortom: de EHRM-rechtspraak verschilt op dit punt van de procedurele positieve verplichtingen behorend bij het recht op leven, het folterverbod en het recht op privé- en familielevens. Toch rust op de nationale autoriteiten de plicht om bij een inmenging in het eigendomsrecht te zorgen voor procedurele waarborgen die de negatieve inbreuk kunnen rechtvaardigen. Wel hebben de Staten hier meer vrijheid, omdat het geen zelfstandige verplichting is maar onderdeel van de algehele belangenafweging, en een tekortkoming dus kan worden gecompenseerd.

Hoewel artikel 1 EP EVRM (net als artikel 8 EVRM overigens) geen expliciete procedurele eisen bevat, moet het onder dit artikel dus toch mogelijk zijn om een effectief rechtsmiddel aan te wenden bij de verantwoordelijke autoriteiten tegen *elke* inmenging in het eigendomsrecht.¹¹⁷ Bij de toets of aan dit vereiste is voldaan, kijkt het Hof zowel naar de bestuurlijke voorprocedure als ook naar de rechterlijke procedure.¹¹⁸ Helder heeft het Hof dit als volgt geformuleerd in een van zijn uitspraken in een eigendomszaak:

‘It is true that Article 1 of Protocol No. 1 contains no explicit procedural requirements and the absence of judicial review does not amount, in itself, to a violation of that provision. Nevertheless, it implies that *any interference* with the peaceful enjoyment of possessions must be accompanied by procedural guarantees affording to the individual or entity concerned a *reasonable opportunity of presenting their case to the responsible authorities for the purpose of effectively challenging the measures interfering with the rights guaranteed by this provision*. In ascertaining whether this condi-

116 EHRM 29 maart 2011, EHRC 2011, 99, m.nt. T. de Jong & M.K.G. Tjepkema, par. 74 (*Potomska en Potomski t. Polen*), en ook in eerdere jurisprudentie: EHRM 7 december 2010, zaaknr. 27480/02, par. 103 (*Tarnańczyk t. Polen*). Tegelijkertijd kan over de kwalificatie van deze plicht als materieel dan wel procedureel wel weer discussie ontstaan. In de eerder genoemde Grote Kamer uitspraak in *Oneryildiz* (par. 134), ziet de positieve verplichting meer op een positieve materiële verplichting om maatregelen te treffen ter bescherming van het eigendomsrecht. Overigens spreekt het Hof in die zaak ook niet van een ‘judicial mechanism’.

117 Vande Lanotte & Haec 2004b, p. 365; Tjepkema 2010, p. 650. EHRM 23 september 1982, NJ 1988, 290, m.nt. E.A. Alkema, par. 70-74 (Grote Kamer) (*Sporrong en Lönnroth t. Zweden*). Vgl. ook: Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 87-88.

118 Tjepkema 2010, p. 650 en de daar genoemde jurisprudentie.

tion has been satisfied, a comprehensive view must be taken of the applicable judicial and administrative procedures.¹¹⁹

Het Hof heeft deze *general principle* in meerdere zaken bevestigd. Bovendien herhaalt het Hof dat ondanks de ontbrekende expliciete procedurele vereisten onder het eigendomsrecht, het Hof bij het beoordelen van de proportionaliteit toch kijkt naar de bescherming tegen willekeur.

In een latere eigendomszaak¹²⁰ gaat het Hof onder het eigendomsrecht in op de procedurele waarborgen 'adversarial proceeding' en 'equality of arms', onder verwijzing naar eerdere zaken.¹²¹ Deze waarborgen horen van origine bij artikel 6 EVRM thuis, en worden hiermee ook onderdeel van het eigendomsrecht. De betreffende overweging van het Hof:

'(...) in order to assess the proportionality of the interference the Court looks at the degree of protection from arbitrariness that is afforded by the proceedings in the case. In particular, the Court examines whether the proceedings concerning the interference with the applicants' right to the peaceful enjoyment of their possessions were attended by *basic procedural safeguards*. It has already held that an interference *cannot be legitimate in the absence of adversarial proceedings that comply with the principle of equality of arms*, enabling argument to be presented on the issues relevant for the outcome of a case. A comprehensive view must be taken of the applicable procedures' [cursivering: TdJ].¹²²

Het Hof kan, als gezegd besluiten om de toets aan de procedurele waarborgen te behandelen onder het law- vereiste¹²³ of in het kader van de *fair balance*-test.¹²⁴

Naast de mogelijkheid die voor het individu dient te bestaan om op te komen tegen een eigendomsbeperkende maatregel, en de incorporatie van sommige 6 EVRM-eisen (waaronder het onder omstandigheden horen van

119 EHRM 24 november 2005, *RvdW* 2006, 64, par. 134 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*). Vgl. eerdere uitspraken: EHRM 24 oktober 1986, zaaknr. 9118/80, par. 59 (*AGOSI t. Verenigd Koninkrijk*), EHRM 5 mei 1995, zaaknr. 18465/91, par. 44 (*Air Canada t. Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 21 mei 2002, *EHRC* 2002, 56, par. 45 (*Jokela t. Finland*). Zie ook Harris e.a. 2014, p. 900 waar zij onder verwijzing naar onder meer de *AGOSI* zaak het belang van 'procedural avenues' benadrukken.

120 EHRM 14 mei 2013, *AB* 2014, 14, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *EHRC* 2013, 170, m.nt. A.E.M. Leijten, *FED* 2013, 79, m.nt. M.R.T. Pauwels, par. 64 (*N.K.M. t. Hongarije*).

121 Waaronder *Hentrich* en *Jokela*. EHRM 22 september 1994, zaaknr. 13616/88, par. 49 (*Hentrich t. Frankrijk*); EHRM 21 mei 2002, *EHRC* 2002, 56, par. 45 (*Jokela t. Finland*).

122 EHRM 14 mei 2013, *AB* 2014, 14, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *EHRC* 2013, 170, m.nt. A.E.M. Leijten, *FED* 2013, 79, m.nt. M.R.T. Pauwels, par. 64 (*N.K.M. t. Hongarije*).

123 EHRM 24 november 2005, *RvdW* 2006, 64, par. 134 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*). Zie ook: Harris e.a. 2014, p. 878 e.v.

124 Zie Schild 2012, p. 133 en de verwijzing naar: EHRM 26 september 2006, *EHRC* 2006, 138, m.nt. Adriaansens, par. 79 (*Fleri Soler & Camilleri t. Malta*).

belanghebbenden),¹²⁵ heeft het Hof onder artikel 1 EP EVRM ook nog andere procedurele verplichtingen geformuleerd voor de Staten. Zo rust op grond van artikel 1 EP EVRM op de rechter onder meer de plicht zaken zorgvuldig te behandelen, en daarnaast moet de rechter de afweging van de uitvoerende autoriteit tussen het algemeen belang en het individueel belang zelf beoordelen.¹²⁶

7.3.2 De toepassing van de procedurele waarborgen

In deze kernparagraaf gaat het primair om de toepassing van de procedurele waarborgen onder artikel 1 EP EVRM. De overkoepelende procedurele verplichting onder het eigendomsrecht bestaat, als gezegd, uit de mogelijkheid die naar nationaal recht dient te bestaan om op te komen tegen de eigendoms-aantastende maatregel. Op verschillende wijze kan uiting worden gegeven aan deze plicht. Zo kan dit onder meer betekenen dat de betrokkene de mogelijkheid moet hebben om zijn zaak voor te leggen aan een nationale rechter om een oordeel te krijgen over de rechtmatigheid van de maatregel, of dat betrokkene toegang dient te krijgen tot bepaalde documenten, al in de besluitvormingsfase en/of in de fase voor de rechter.¹²⁷

Daarnaast heeft het EHRM diverse andere procedurele waarborgen ingelezen in artikel 1 EP EVRM.¹²⁸ Voorbeelden zijn het horen van de betrokkenen, het tijdig aankondigen van de te nemen maatregel en het tegengaan van een te lange rechtsonzekerheid. De procedurele eisen onder artikel 1 EP EVRM kunnen zowel verplichtingen in het leven roepen voor de uitvoerende autoriteiten als voor de rechterlijke autoriteiten van de Staat.

In de meeste zaken gaat het om een combinatie van de hiervoor genoemde eisen. Het is daarom lastig om een duidelijk onderscheid aan te brengen en te komen tot een concrete categorisering. Om de procedurele eisen onder artikel 1 EP EVRM toch zo helder mogelijk in kaart te brengen, is ervoor gekozen om het *lawfulness*-vereiste en de *fair balance*-toets als vertrekpunt te nemen bij de bespreking van de eisen.¹²⁹ Zoals eerder opgemerkt, kan het Hof onder beide vereisten procedurele eisen formuleren. Tot slot volgt de categorie zaken waarin het Hof expliciet spreekt van het beginsel van *good governance* waaraan de nationale autoriteiten zich moeten houden. Op punten vertoont deze laatste

125 EHRM 15 juni 2006, zaaknr. 57785/00, par. 76 (*Zlinsat, spol s.r.o. t. Bulgarije*).

126 Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 75 en recenter: Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p.87-88. In paragraaf 7.3.2 volgt een uitgebreidere bespreking van de toepassing van deze eisen in de jurisprudentie van het Hof.

127 Zoals ook te lezen is bij: Harris e.a. 2014, p. 878-880.

128 Vgl. ook: Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 87.

129 Deze indeling is mede gebaseerd op de voorhanden zijnde literatuur en daarnaast een selectie (recente) uitspraken van het EHRM. Vooral de geannoteerde, of gepubliceerde uitspraken in tijdschriften als: *AB* en *EHRC*.

categorie overlap met de zaken die ik in het kader van de *lawfulness* en de *fair balance* bespreek. Het principe van 'goed bestuur' omvat immers diverse procedurele eisen.

Lawfulness-vereiste

De uitspraak van het Hof in de zaak *Capital Bank AD*¹³⁰ is om een drietal redenen interessant en daarom een bespreking waard. Ten eerste geeft deze uitspraak een goed beeld van wat het Hof van de nationale uitvoerende autoriteiten op procedureel terrein verlangt. Ten tweede is deze uitspraak illustratief voor het aanscherpen van de procedurele eisen in het geval dat de eigendomsbeperkende maatregel ernstige consequenties heeft. Ten derde is deze uitspraak een bevestiging van het uitgangspunt dat de *margin of appreciation* die Staten toekomt ruim is in het geval van economische en sociale kwesties. Toch is deze beoordelingsruimte tegelijkertijd niet onbegrensd. Zeker niet waar het de procedurele waarborgen betreft.

In deze uitspraak komt het Hof ook tot een schending van artikel 6, eerste lid EVRM. De schending van artikel 6 EVRM bestaat eruit dat de Bulgaarse rechters¹³¹ het oordeel van de Centrale Bank (hierna: BNB) hebben overgenomen, zonder de relevante feiten en factoren van het geschil aan een rechterlijk onderzoek te onderwerpen.¹³² Verder had klager in deze zaak geen toegang tot de rechter en ontbrak een procedure op tegenspraak.¹³³ De tekortkomingen concentreren zich hier dus duidelijk op de fase voor de rechter, dit in tegenstelling tot de gebreken die het Hof constateert onder het eigendomsrecht waarbij het vooral gaat om tekortkomingen in de besluitvormingsfase.

Klager in deze zaak is een rechtspersoon, namelijk de bank Capital Bank AD. De BNB, een bestuursorgaan, heeft de bankvergunning van Capital Bank AD ingetrokken omdat de bank van klager insolvent werd bevonden door BNB. Deze inmenging in het eigendomsrecht kwalificeert het Hof als regulering van het eigendom. Bovendien heeft BNB een verzoek tot liquidatie ingediend bij de City Court van Bulgarije. Deze rechterlijke instantie en ook de hoger beroepsrechter hebben het verzoek, en de conclusie van BNB gevolgd, en hebben vervolgens een liquidatiebevel gegeven.

Het Hof gaat in deze zaak in op de procedurele waarborgen onder het *lawfulness*-vereiste. Ook in de onderhavige zaak herhaalt het Hof zijn *general principles* ten aanzien van de procedurele vereisten, en wijst daarbij expliciet op de aanwezigheid van een 'adversarial procedure' en daarnaast dat zowel de administratieve fase als de rechterlijke fase wordt meegenomen in de beoordeling of betrokkene effectief de inmenging in het eigendomsrecht heeft

130 EHRM 24 november 2005, *RvdW* 2006, 64 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*).

131 Zowel de City Court als het Bulgaarse Supreme Court.

132 EHRM 24 november 2005, *RvdW* 2006, 64, par. 98 e.v. (*Capital Bank AD t. Bulgarije*).

133 EHRM 24 november 2005, *RvdW* 2006, 64, par. 115 e.v. (*Capital Bank AD t. Bulgarije*).

kunnen aanvechten.¹³⁴ Zoals ook eerder opgemerkt in dit hoofdstuk, zien we dat onder artikel 1 EP EVRM de procedure op tegenspraak (een typisch 6 EVRM-vereiste) onder dit artikel wordt behandeld door het Hof. Bovendien kan het onderdeel zijn van de besluitvormingsfase.

De procedurele tekortkomingen die het Hof constateert aan de zijde van het bestuursorgaan BNB zien op het volgende. In de eerste plaats schiet het bestuursorgaan te kort ten aanzien van het informeren van klager over de intrekking van de bankvergunning. Klager wordt hiervan namelijk pas op de hoogte gesteld op het moment dat BNB het besluit al heeft genomen. Op grond van de nationale wetgeving rust op het bestuursorgaan niet de verplichting om de betreffende bank op de hoogte te brengen van de start van de procedure die kan leiden tot een eventuele regulering van het eigendom van betrokkene. Evenmin hoeft BNB rekening te houden met de handelingen en bezwaren van de bank in kwestie.¹³⁵

Verder beschikt klager niet over de mogelijkheid om een bestuurlijk of rechterlijk oordeel te krijgen over het besluit van BNB en het oordeel van de nationale rechterlijke instanties (belast met de liquidatieprocedure) om het insolventieoordeel van BNB te volgen. Dit ziet op de te beperkte omvang van de rechterlijke toetsing, op grond waarvan het Hof ook al tot een schending van artikel 6, eerste lid EVRM concludeerde. Capital Bank AD heeft zijn bezwaren ten aanzien van het oordeel van BNB met betrekking tot de insolventie in geen enkele fase kunnen uiten of het oordeel gemotiveerd kunnen weerleggen.¹³⁶

In casu schiet de nationale wetgeving tekort. Volgens het Straatsburgse Hof moet het bestuursorgaan de bank in kwestie informeren over de aanvang van de procedure waarbij eventueel tot regulering van het eigendom van de bank kan worden besloten.¹³⁷ Het moet voorts mogelijk zijn om eventuele bezwaren te kunnen uiten: een procedure op tegenspraak dus. Daarnaast moet een effectief rechtsmiddel voor handen zijn met behulp waarvan de betrokkene in de bestuurlijke of rechterlijke fase de inmenging in zijn eigendom effectief aan kan vechten.

Vervolgens noemt het Hof de serieuze en vergaande consequenties van het besluit van BNB om de bankvergunning van klager in te trekken. De bank heeft zijn activiteiten namelijk moeten stoppen en is verplicht failliet verklaard. Hoe ingrijpender de gevolgen voor de betrokkene, hoe groter de noodzaak om zorg te dragen voor procedurele waarborgen in het nationale recht. In casu betekent dit dat het mogelijk moet zijn om de maatregel die een inmenging

134 EHRM 24 november 2005, *RvdW* 2006, 64, par. 134 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*).

135 EHRM 24 november 2005, *RvdW* 2006, 64, par. 135 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*).

136 EHRM 24 november 2005, *RvdW* 2006, 64, par. 135 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*).

137 Zie eerder deze informatieplicht: EHRM 16 november 2004, zaaknr. 41673/98, par. 85-87 (*Bruncrona t. Finland*). Ook over de start van een rechterlijke procedure met mogelijk gevaar voor het eigendom moet de betrokkene op de hoogte worden gesteld: EHRM 24 mei 2007, zaaknr. 43626/02, par. 46 (*Viktor Kononov t. Rusland*).

oplevert in het eigendomsrecht aan te vechten, en dit was als gezegd uitgesloten in de nationale wetgeving.¹³⁸

Tot slot en in de derde plaats herhaalt het Hof in *Capital Bank AD* dat de Staten een ruime beoordelingsruimte toekomt in economische aangelegenheden. Dit geldt in het bijzonder in het onderhavige geval van een economische crisis:

'It is true that in such a sensitive economic area as the stability of the banking system the Contracting States enjoy a wide margin of appreciation and that in certain situations – especially in the context of a banking crisis such as the one facing Bulgaria in 1996-97 – there may be a paramount need to act expeditiously and without advance notice in order to avoid irreparable harm to the bank, its depositors and other creditors, or the banking and financial system as a whole [cursivering: TdJ].'¹³⁹

Snel handelen, zonder voorafgaande kennisgeving kan dus geboden zijn om onherstelbare schade te voorkomen. Op basis van oude wetgeving kon de bank alleen afzien van het informeren van de betrokkene over de start van de intrekking in het geval van urgentie om snel op te treden. Op grond van de nieuwe vigerende wetgeving is geen enkele procedure vereist. Hoewel het in casu om een bankencrisis gaat waarbij snel optreden de voorkeur heeft, betekent dit niet automatisch dat een vertraging door de toepassing van procedurele garanties tot schadelijke gevolgen leidt. Voorafgaand aan de intrekking van de bankvergunning zijn de werkzaamheden van de bank al aan een beperking onderworpen en hiermee is het risico van verdere verspilling van de bezittingen van de bank al tegengegaan, aldus het Hof.¹⁴⁰ Samenvattend: hoewel ten tijde van een bankencrisis bij voorkeur snel wordt opgetreden door de overheid is dit geen vrijbrief voor de Staat om volledig voorbij te gaan aan procedurele garanties. In een Nederlandse ontvankelijkheidsuitspraak¹⁴¹ van latere datum lijkt het Hof dit echter te nuanceren. De nationalisatie van de SNS-bank tijdens de economische crisis maakt dat het Hof soepeler lijkt om te gaan met de procedurele benadeling van klagers onder ditmaal artikel 6 EVRM, eerste lid. Deze benadeling ziet onder meer op de korte tijd waarover zij beschikten om het omvangrijke verweerschrift van de Minister te bestuderen. Hierbij speelt wel ook een rol dat dit er volgens het Hof niet toe heeft geleid dat de klagers een minder onderbouwd beroepschrift hebben kunnen overleggen. Bovendien hebben klagers ook nog op de hoorzitting zelf argumenten kunnen aandragen ter ondersteuning van hun betoog.¹⁴² Zowel de uitspraak in de *Capital Bank AD*-zaak als deze ontvankelijkheidsbeslissing in de nationalisatie van de SNS-bank laten zien dat de feiten uiteindelijk de

138 EHRM 24 november 2005, *RvdW* 2006, 64, par. 135 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*).

139 EHRM 24 november 2005, *RvdW* 2006, 64, par. 136 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*).

140 EHRM 24 november 2005, *RvdW* 2006, 64, par. 136 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*).

141 EHRM 17 maart 2015, *EHRC* 2015, 143, m.nt. J.A.M.A. Sluysmans & R.J. de Graaff (ontv. besl) (*Adorisio e.a. t. Nederland*).

142 Zie ook de noot van Sluysmans en De Graaff onder punt 5 en 6.

doorslag geven. In de laatste ontvankelijkheidsbeslissing beschikten klagers wel over meer procedurele waarborgen. Dit is voor het Hof reden geweest om – met het oog op de urgentie van snel optreden – genoeg te nemen met minder procedurele waarborgen voor klagers.

Vervolgens komt het Hof tot de slotsom dat door BNB voor de meest ingrijpende maatregel is gekozen, en onvoldoende is gezocht naar andere minder ingrijpende maatregelen zoals onder meer het tijdelijk schorsen van de bankvergunning voordat een definitieve intrekking zou plaatsvinden, teneinde de stabiliteit van het banksysteem en de belangen van de crediteuren en debiteuren van de bank van klager te waarborgen.¹⁴³

Het Hof komt op basis van het voorgaande tot een schending van artikel 1 EP EVRM, omdat bij de inmenging onvoldoende waarborgen tegen willekeur aanwezig waren en de inmenging dus niet rechtmatig ('lawful') is.¹⁴⁴ De vraag of alternatieve mogelijkheden zijn onderzocht neemt het Hof dus mee onder het lawfulness-vereiste. Deze vraag hoort eigenlijk eerder thuis onder de proportionaliteitstoets. Verder is de wetgeving gebrekkig, en de wet dient te worden aangepast. De uiteindelijke uitvoering, waaronder het informeren en het horen van betrokkene is een taak voor de uitvoerende autoriteiten (en in de latere fase een taak voor de rechter).

Tot slot bezigt het Hof in deze zaak de term 'irreparable harm'. In artikel 3 EVRM asielzaken gebruikt het Hof de term 'irreversible nature of the potential harm' als factor waarmee de nationale autoriteiten rekening dienen te houden in hun besluitvorming en hun rechterlijk oordeel. De potentieel onomkeerbare schade kan fungeren als een alarmbel voor de nationale autoriteiten. Zij moeten dan extra zorgvuldig te werk gaan vanwege de blijvende schade die kan ontstaan indien tot de maatregel en de tenuitvoerlegging wordt besloten. In de onderhavige financiële *Capital Bank AD*-zaak gaat het om potentieel onherstelbare schade voor het algemeen belang. Het gaat dus niet om onomkeerbare potentiële schade voor de betrokkene, zoals onder de 3 EVRM-asielzaken. In casu lijkt het erop dat de onomkeerbare eventuele schade voor het algemeen belang dit keer de reden is dat het Hof de naleving van de procedurele waarborgen minder streng toetst. Snel handelen is dan geboden. Dit is ook ingegeven door de ruime *margin of appreciation* die de Staat in het bijzonder toekomt in het geval van een economische crisis. Hoewel de inhoudelijke belangenafweging van het Hof in die gevallen terughoudend is, betekent dit echter niet dat elke vorm van procedure kan en mag ontbreken. Aan de ene kant staan in casu de ruime *margin of appreciation* van de Staten en het voorkomen van de 'irreparable harm' voor het algemeen belang, ten behoeve van de stabiliteit van de nationale financiële markt. Snel handelen is daarom noodzakelijk. Hierdoor boeten de procedurele waarborgen in dit geval aan belang in. Aan de andere kant maakt deze uitspraak ook duidelijk dat hoe ernstiger

143 EHRM 24 november 2005, *RvdW* 2006, 64, par. 136 en 137 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*).

144 EHRM 24 november 2005, *RvdW* 2006, 64, par. 138 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*).

de consequenties voor de betrokkene zijn, hoe meer reden er bestaat voor het Hof om wel de procedurele eisen te verhogen en van de nationale autoriteiten te verlangen dat er gezocht wordt naar de minst belastende alternatieven.¹⁴⁵

In aansluiting op het voorgaande voor wat betreft het punt van de 'irreparable harm', en ter illustratie van het onrechtmatig optreden door de uitvoerende autoriteit, de uitspraak in de zaak *East/West Alliance Limited*.¹⁴⁶

Klager in deze zaak is East/West Alliance Ltd., eigenaar van een aantal vliegtuigen. Klager leaset de vliegtuigen aan een luchtvaartmaatschappij. Als bij deze luchtvaartmaatschappij een doorzoeking plaatsvindt vanwege mogelijke belastingfraude, neemt de belastingdienst de eigendomspapieren waaruit het eigendom van de vliegtuigen van klager blijkt in beslag (regulering van het eigendom).¹⁴⁷ Vervolgens start de belastingdienst een procedure tegen de luchtvaartmaatschappij en andere betrokkenen vanwege belastingontduiking. Later neemt de belastingdienst ook de vliegtuigen zelf in beslag (ontneming van het eigendom),¹⁴⁸ en verkoopt de vliegtuigen aan derden zonder toestemming van klager. Ondanks het oordeel van de nationale rechters dat het eigendom van de vliegtuigen nog steeds aan klager toebehoort.

Het EHRM komt in deze zaak onder meer tot een schending van artikel 1 EP EVRM onder het *lawfulness*-vereiste. De inbeslagname van de eigendoms-papieren en van de vliegtuigen berustten niet op een wettelijke basis. Aan de wettelijke vereisten om de vliegtuigen voor nader onderzoek aan de grond te houden is evenmin voldaan.¹⁴⁹ Bovendien krijgt klager pas na ruim tien jaar weer de beschikking over de vliegtuigen. Deze lange duur neemt het Hof mee in zijn toets aan artikel 1 EP EVRM. Vervolgens is dit ook de reden om het deel van de klacht dat ziet op de redelijke termijn en het talmen ten aanzien van de tenuitvoerlegging niet ook nog onder artikel 6 EVRM te behandelen.¹⁵⁰

Opmerkelijk aan deze zaak is dat het de belastingautoriteit is die niet meewerkt. Klager is door de nationale rechter in het gelijk gesteld, maar de belastingdienst doet niks om de uitspraak te effectueren.¹⁵¹ Sterker nog: de belastingdienst werkt alleen maar tegen, waardoor klager lange tijd veel procedures heeft moeten voeren.¹⁵² Tot slot vindt het Hof ook een schending van artikel 13 EVRM omdat het voor klager niet mogelijk was om op een effectieve manier de eigendomsaantastende maatregelen aan te vechten, en

145 Zie par. 135 van de uitspraak (ook eerder weergegeven in deze paragraaf).

146 EHRM 23 januari 2014, EHRC 2014, 100 (*East/West Alliance Limited t. Oekraïne*).

147 EHRM 23 januari 2014, EHRC 2014, 100, par. 174 (*East/West Alliance Limited t. Oekraïne*).

148 EHRM 23 januari 2014, EHRC 2014, 100, par. 198 (*East/West Alliance Limited t. Oekraïne*).

149 EHRM 23 januari 2014, EHRC 2014, 100, par. 215-218 (*East/West Alliance Limited t. Oekraïne*).

150 EHRM 23 januari 2014, EHRC 2014, 100, par. 219 e.v. (*East/West Alliance Limited t. Oekraïne*).

151 EHRM 23 januari 2014, EHRC 2014, 100, par. 200 en 211 (*East/West Alliance Limited t. Oekraïne*).

152 EHRM 23 januari 2014, EHRC 2014, 100, par. 216 (*East/West Alliance Limited t. Oekraïne*).

dus om de schending van het eigendomsrecht te voorkomen, dan wel te beëindigen.¹⁵³

In de volgende overweging is te lezen dat de serieuze impact van de gebeurtenissen gedurende de inbeslagnameperiode en de mogelijke onomkeerbaarheid reden zijn voor het Hof om dit ook mee te nemen in zijn eigen toets. Het Hof beperkt de toets niet tot de inbeslagname van de vliegtuigen alleen:

¹⁵⁴

'The Court cannot, however, limit its examination of the situation to the impoundment of 10 September 2001 and the seizure of 17 April 2002, because during the time of their validity a number of other events took place having had *serious, if not irreversible*, impact on the applicant company's property rights.'¹⁵⁵

De gebeurtenissen waaraan het Hof refereert zien (niet uitputtend) op het volgende. Aan de wettelijke eisen voor wat betreft de motivering voor de rechtvaardiging van de inbeslagname van de vliegtuigen is niet voldaan. De verkoop van de vliegtuigen aan derden, hoewel de belastingdienst ervan op de hoogte was dat klager eigenaar was van de vliegtuigen. Dit laatste resulteert in een ontneming van het eigendom van klager. Verder had klager niet de mogelijkheid om zijn rechtmatige eigendom te herstellen, ondanks de diverse rechterlijke beslissingen die de rechtmatigheid van zijn eigendom bevestigden en tot slot was sprake van beschadigingen aan de vliegtuigen¹⁵⁶ met als gevolg dat sommige vliegtuigen niet meer gebruikt kunnen worden.¹⁵⁷

Het EHRM oordeelt dat artikel 1 EP EVRM is geschonden, nu de autoriteiten willekeurig hebben gehandeld, en misbruik hebben gemaakt van hun macht. De waarborgen zijn hiermee ineffectief geworden. Dat de handelingen van de autoriteiten op sommige punten voldeden aan de principes van artikel 1 EP EVRM, waaronder het aan de grond houden van de vliegtuigen voor onderzoek (een legitiem doel), brengen hier geen verandering in.¹⁵⁸

In de *Capital Bank AD*-zaak zien de tekortkomingen onder het *lawfulness*-vereiste op het ontbreken van procedurele waarborgen voor betrokkenen in de nationale wetgeving. In de onderhavige zaak ontbreekt de wettelijke basis om over te gaan tot de inbeslagname van de eigendomspapieren en het eigen-

153 EHRM 23 januari 2014, EHRC 2014, 100, par. 228-229 (*East/West Alliance Limited t. Oekraïne*). Het Hof kent onder artikel 41 EVRM een forse schadevergoeding toe aan klager van vijf miljoen euro te betalen door de Staat, plus eventuele vergoeding van de te betalen belasting en een veroordeling in de vergoeding van de proceskosten ex 8000 euro.

154 De vliegtuigen dienen bovendien als bewijs in de procedure tegen de bestuurder van de luchtvaartmaatschappij. Dit dient namelijk in zichzelf een legitiem doel, want is in het algemeen belang (dient ter veiligstelling van de te betalen belasting), en kan een inmenging eventueel rechtvaardigen, zie par. 185 e.v. van de uitspraak.

155 EHRM 23 januari 2014, EHRC 2014, 100, par. 190 (*East/West Alliance Limited t. Oekraïne*).

156 EHRM 23 januari 2014, EHRC 2014, 100, par. 191 e.v. (*East/West Alliance Limited t. Oekraïne*).

157 EHRM 23 januari 2014, EHRC 2014, 100, par. 205 (*East/West Alliance Limited t. Oekraïne*).

158 EHRM 23 januari 2014, EHRC 2014, 100, par. 217 (*East/West Alliance Limited t. Oekraïne*).

dom zelf (de vliegtuigen). Aan het legaliteitsbeginsel is daarom niet voldaan. Tegelijkertijd gaat het Hof onder het wetmatigheidsvereiste van artikel 1 EP EVRM in op de lange periode waarin klager geen beschikking had over de vliegtuigen. Dit is te kwalificeren als een procedureel vereiste. Daarnaast laten de uitvoerende autoriteit in beide zaken steken vallen. Tot slot illustreren beide uitspraken de casuïstische aard van de EHRM-jurisprudentie. In de onderhavige zaak is de onomkeerbaarheid van de mogelijke gevolgen voor klager reden voor het Hof *zelf*¹⁵⁹ om zijn toets niet te beperken tot alleen de inbeslagname-handeling. De schade die de stabiliteit van de financiële markt blijvend kan ontwrichten is in de *Capital Bank AD*-zaak reden voor het Hof om de procedurele touwtjes ten aanzien van de Staat iets te laten vieren. De onomkeerbaarheid van de mogelijke schade is dit keer geen waarschuwingssignaal voor de Staat om procedureel extra zorgvuldig te werk te gaan. De onomkeerbaarheid is nu juist reden voor het Hof om de naleving van de procedurele waarborgen minder streng te toetsen. Dit laatste betekent echter niet dat volledig voorbij mag worden gegaan aan de procedurele waarborgen voor klager. Voor de nationale autoriteiten blijft het dus een zoektocht naar het vinden van de juiste balans.

Fair balance-test

Vanwege de omvang van de hierna te bespreken procedurele implicaties van het eigendomsrecht volgt allereerst een uiteenzetting van de kernverplichting onder artikel 1 EP EVRM. Deze kernverplichting verlangt dat de betrokkene over een effectief rechtsmiddel moet beschikken om de eigendomsaantastende maatregel aan te vechten. Vervolgens komen de informatieplicht en het *good governance*-principe aan bod. Daarna wordt ingegaan op de relatie tussen de ernst van de aantasting en de procedurele waarborgen, de beoordeling op maat die het EHRM verlangt van de nationale autoriteiten en de rol van kwetsbare groepen.

Effectief rechtsmiddel tegen de eigendomsaantastende maatregel

Een van de zaken waarin het EHRM ingaat op de procedurele waarborgen als onderdeel van de *fair balance*-test van artikel 1 EP EVRM, is *Potomska en Potomski* tegen Polen.¹⁶⁰ In de kern ontbreekt in deze zaak een effectief rechtsmiddel om de eigendomsaantastende maatregel aan te vechten.

159 Dit ziet op de eigen toetsingspraktijk van het Hof, zie uitgebreider deel II.

160 EHRM 29 maart 2011, EHRC 2011, 99, m.nt. T. de Jong & M.K.G. Tjepkema (*Potomska en Potomski t. Polen*). Zie ook de kroniek over ontwikkelingen op het gebied van het ont-eigeningsrecht: Sluysmans 2012. Sluysmans stelt in zijn dissertatie (Sluysmans 2011) dat het Nederlandse systeem van onteigening 'artikel 1 EP- proof' is: Sluysmans 2011, p. 232. Dit is ook opgemerkt in de annotatie bij deze uitspraak onder punt 9.

Klagers zijn het echtpaar Potomska en Potomski, eigenaren van een stuk grond waarop een Joodse begraafplaats is gelegen. De Poolse autoriteiten besluiten deze begraafplaats (een historisch monument) op een monumentlijst te plaatsen. Het gaat in deze zaak dus om de bescherming van cultureel erfgoed. Gevolg van de plaatsing op deze lijst is dat de eigenaren van de grond waarop de begraafplaats is gelegen de grond niet langer konden gebruiken zoals zij wensten. Klagers verkeren langdurig in onzekerheid (van 1987 tot en met 2005 – klacht ingediend in Straatsburg) en beschikten daarbij niet over procedurele mogelijkheden om een einde te maken aan deze rechtsonzekerheid. Verschillende onteigeningspogingen en verzoeken voor een alternatief stuk land liepen op niets uit.

Het Hof oordeelt dat in het onderhavige geval inbreuk wordt gemaakt op de genotsregel, en gaat vervolgens onder de *fair balance*-toets in op de lange duur van de procedure en de ontbrekende procedurele mechanismen om dit tegen te gaan.¹⁶¹ De duur van de rechtsonzekerheid is een van de vuistregels die Tjepkema bij de *fair balance*-test heeft geformuleerd,¹⁶² en hier wordt het verband met de procedurele garanties zichtbaar. De beschikbaarheid van procedurele middelen kan de periode van rechtsonzekerheid tenslotte beperken en een ontbreken van dergelijke procedurele waarborgen levert eerder een ‘individual and excessive burdens’ op. Overigens beroepen klagers zich in deze zaak op artikel 13 EVRM, en besluit het Hof om de klacht onder artikel 1 EP EVRM te behandelen. Het Hof komt tot een schending van artikel 1 EP EVRM nu een *fair balance* ontbreekt.¹⁶³

Het Hof herhaalt eerst zijn algemene standaarden ten aanzien van de positieve verplichtingen die voor de Staat gelden in het kader van artikel 1 EP EVRM, als ook dat deze verplichtingen gelden voor de Staat als het gaat om eigendomskwesties die zich afspelen in horizontale rechtsverhoudingen.¹⁶⁴ Vervolgens refereert het Hof expliciet aan de plicht die op de Staten rust om zorg te dragen voor een juridisch mechanisme in het nationale recht (conform de materiële en procedurele EVRM-waarborgen) met behulp waarvan eigendomsgeschillen kunnen worden opgelost.¹⁶⁵

Allereerst ontbreekt het klagers aan de mogelijkheid om voor een ‘judicial body’ (rechterlijke instantie) een onteigeningsvordering en een verzoek tot

161 EHRM 29 maart 2011, EHRC 2011, 99, m.nt. T. de Jong & M.K.G. Tjepkema, par. 79 (*Potomska en Potomski t. Polen*).

162 Zie paragraaf 7.2.4.

163 EHRM 29 maart 2011, EHRC 2011, 99, m.nt. T. de Jong & M.K.G. Tjepkema, par. 80 (*Potomska en Potomski t. Polen*).

164 EHRM 29 maart 2011, EHRC 2011, 99, m.nt. T. de Jong & M.K.G. Tjepkema, par. 74 (*Potomska en Potomski t. Polen*). Vgl. ook: EHRM 16 oktober 2002, EHRC 2002, 89, m.nt. A.W. Heringa (*Sovtransavto Holding t. Oekraïne*). Zie ook: Schild 2012, p. 148 e.v.; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 75; Vande Lanotte & Haecck (red.) 2004b, p. 388 e.v. Van latere datum: EHRM 3 april 2012, EHRC 2012, 132, m.nt. Katan (*Kotov t. Rusland*).

165 EHRM 29 maart 2011, EHRC 2011, 99, m.nt. T. de Jong & M.K.G. Tjepkema, par. 74 (*Potomska en Potomski t. Polen*).

koop van hun grond in te dienen. Klagers kunnen daardoor de onteigening van hun grond niet afdwingen.¹⁶⁶ Het Hof overweegt dat het waarde hecht aan de aanwezigheid van procedurele waarborgen en de afwezigheid van deze waarborgen tegen de autoriteiten pleit.¹⁶⁷

Opvallend aan deze zaak is dat het Hof niet ingaat op het 'stilzitten' van klagers gedurende een lange periode. Namelijk van 1974 (koop stuk grond) tot 1987 (plaatsing grond op monumentenlijst). Ter vergelijking: in een eerdere zaak¹⁶⁸ kwam het Hof niet tot een schending van artikel 1 EP EVRM. De 'stilzittijd' was daar echter aanzienlijk korter, namelijk vijf jaar en negen maanden.¹⁶⁹ In die zaak waren er echter niet zoveel procedurele tekortkomingen als in de onderhavige.

De tweede procedurele tekortkoming in deze zaak waar klagers zich mee geconfronteerd zien, is de afwezigheid van een procedureel mechanisme met behulp waarvan de waarde van een alternatief stuk land kan worden vastgesteld.¹⁷⁰ De alternatieven die aan klagers werden geboden waren niet voldoende. Het ging om een stuk grond dat bestaat uit velden en moerassen. Het Hof ziet daarom geen reden om het klagers aan te rekenen dat zij deze alternatieven hebben afgewezen.

De zaak *Potomska en Potomski* is illustratief voor het gewicht dat het Hof kan toekennen aan de aanwezigheid van procedurele waarborgen op nationaal niveau als onderdeel van de proportionaliteitstoets. De langdurige onzekerheid waarin klagers verkeerden is ook een factor die het Hof meeneemt in de *fair balance*-test. Zowel de uitvoerende autoriteiten van de Staat als de nationale rechter lijken in deze zaak belast te zijn met het uitvoeren van deze procedurele waarborgen. Zo is het aan de uitvoerende autoriteiten om een alternatief aanbod te doen voor het stuk grond, en de waarde te (laten) berekenen en/of tot onteigening over te gaan. Het is aan de rechter om een oordeel te geven over een eventuele onteigeningsclaim van klagers of hun verzoek om een alternatief stuk grond. De aanwezigheid van deze procedurele mechanismen dienen wel hun beslag te krijgen in de nationale wetgeving van de Staat.¹⁷¹

166 EHRM 29 maart 2011, EHRC 2011, 99, m.nt. T. de Jong & M.K.G. Tjepkema, par. 75 (*Potomska en Potomski t. Polen*).

167 Zie eerder: EHRM 28 juli 1999, zaaknr. 22774/93 (*Immobilaire Saffi t. Italië*).

168 EHRM 24 januari 2006, zaaknr. 72864/01 (*Galtieri t. Italië*).

169 Zie de noot van Tjepkema en mijzelf onder punt 3 bij deze uitspraak.

170 EHRM 29 maart 2011, EHRC 2011, 99, m.nt. T. de Jong & M.K.G. Tjepkema, par. 78 (*Potomska en Potomski t. Polen*). Zie voor de mogelijkheid om de waardebepaling van eigendom in rechte te kunnen betwisten: EHRM 21 mei 2002, EHRC 2002, 56, par. 45 en par. 62-65 (*Jokela t. Finland*). Vande Lanotte & Haeck (red.) 2004b, p. 366.

171 Het Hof spreekt van 'domestic law': EHRM 29 maart 2011, EHRC 2011, 99, m.nt. T. de Jong & M.K.G. Tjepkema, par. 75 (*Potomska en Potomski t. Polen*).

Informatieplicht

In de Griekse zaak *Zolotas*¹⁷² formuleert het EHRM de verplichting voor de Staat om klager te informeren over een potentieel verlies van zijn eigendom (in dit geval zijn banksaldo). Klager heeft gedurende twintig jaar niks met zijn bankrekening gedaan. Op grond van de verjaringstermijn in het Grieks Burgerlijk Wetboek komt het banksaldo van klager (meer dan 30.000 euro) te vervallen. Bovendien komt dit saldo, op basis van een decreet dat nog stamt uit de nazibezetting van Griekenland, toe aan de Griekse autoriteiten. De Griekse autoriteiten hadden klager moeten informeren over het mogelijke verval van zijn aanspraken op zijn banktegoed.¹⁷³ Door dit na te laten, is naar het oordeel van het Hof geen sprake van een *fair balance* tussen het algemeen belang en het belang van klager. Het Hof concludeert dat artikel 1 EP EVRM is geschonden.¹⁷⁴

In meer algemene termen heeft het Hof in deze zaak ook gewezen op het belang dat het hecht aan rechtszekerheid. Bovendien dat het Hof bij de beoordeling van het gedrag van de Staat zowel naar de wetgeving kijkt als de uitvoering en het handelen van de autoriteiten:

‘In assessing compliance with Article 1 of Protocol No. 1, the Court must make an overall examination of the various interests in issue, bearing in mind that the Convention is intended to safeguard rights that are “practical and effective”. It must look behind appearances and investigate the realities of the situation complained of. That assessment may involve not only the relevant compensation terms – if the situation is akin to the taking of property – but also the conduct of the parties, including the means employed by the State and their implementation. *In that context, it should be stressed that uncertainty – be it legislative, administrative or arising from practices applied by the authorities – is a factor to be taken into account in assessing the State’s conduct.* Indeed, where an issue in the general interest is at stake, it is incumbent on the public authorities to act in good time, in an appropriate and consistent manner.’¹⁷⁵

Het gaat om een tekortkoming ten aanzien van het informeren van klager over de inbeslagname en de daarop volgende strafrechtelijke procedure. Dit nalaten heeft tot gevolg dat de termijnoverschrijding aan de zijde van klager vervolgens niet aan hem kan worden tegengeworpen. Op de nationale autoriteiten

172 EHRM 29 januari 2013, EHRC 2013, 96, m.nt. Wibier (*Zolotas t. Griekenland*).

173 EHRM 29 januari 2013, EHRC 2013, 96, m.nt. Wibier, par. 53 (*Zolotas t. Griekenland*).

174 Par. 54 en 55 van de uitspraak.

175 EHRM 29 januari 2013, EHRC 2013, 96, m.nt. Wibier, par. 42 (*Zolotas t. Griekenland*). Ook in EHRM 4 maart 2014, EHRC 2014, 145, m.nt. J.M. Milo (*Microintelect ODD t. Bulgarije*) was de plicht tot het verstrekken van informatie over te nemen maatregelen die van invloed zijn op het eigendomsrecht van betrokkene aan de orde. Klager beschikte opnieuw niet over een rechtsmiddel om besluiten van de autoriteiten aan te vechten. De reden is dat klager geen directe partij is in het geschil, maar een derde. Latere regelgeving maakt dit overigens wel mogelijk (par. 46).

rust dus in principe de plicht om maatregelen die potentieel een inmenging in het eigendomsrecht opleveren tijdig aan te kondigen.

Tot slot oordeelt het EHRM in een Franse belastingzaak anders, nu de nationale autoriteiten de maatregel wel tijdig hebben aangekondigd, en er bovendien verzachtende maatregelen waren getroffen voor de betrokkenen.¹⁷⁶ Dit is conform artikel 1 EP EVRM, en levert dus geen schending op. In deze zaak draaide het om een belastingovereenkomst tussen Frankrijk en Monaco op grond waarvan Frankrijk vermogensbelasting kan heffen van in Monaco wonende Fransen. In deze zaak is naast de tijdige aankondiging ook voorzien in een overgangsregeling.¹⁷⁷ Het was voor de betreffende personen namelijk mogelijk om al voorafgaand aan de inwerkingtreding van de nieuwe vermogensbelastingbetalingsverplichting vrijwillig belasting te betalen.

Good governance-principe

In de zaak *Czaja* noemt het Hof expliciet het *good governance-principe*,¹⁷⁸ en benadrukt het belang van dit principe wanneer een fundamenteel recht als het recht op eigendom in het geding is, en wijst daarnaast op het belang van sociale zekerheidsuitspraken voor het individu.¹⁷⁹ Daarnaast laat deze uitspraak zien dat opnieuw een 6 EVRM waarborg onder artikel 1 EP EVRM wordt meegenomen en dat het rechterlijk talmen in deze zaak niet *good governance-proof* is.

Klager in deze zaak is meneer Czaja die een vervroegd pensioen aanvraagt om voor zijn zieke dochter te kunnen zorgen. Deze uitkering wordt aan klager verstrekt, maar na een nader medisch rapport trekt het bestuursorgaan de uitkering in omdat uit het nieuwe medisch onderzoek niet zou blijken dat de dochter van klager extra zorg nodig had.¹⁸⁰ Het moment waarop de uitkering wordt verstrekt en het moment waarop de uitkering door het bestuursorgaan uiteindelijk wordt ingetrokken beslaat een periode van zestien maanden.¹⁸¹ Onder de proportionaliteitstoets neemt het Hof mee dat klager zijn baan had opgezegd en klager er bovendien vanuit mocht gaan dat de uitbetaling van de uitkering voort zou duren.¹⁸² Het inkomen van de vrouw en dochter van

176 EHRM 15 januari 2015, EHRC 2015, 76, m.nt. M.R.T. Pauwels (*Arnaud e.a. t. Frankrijk*).

177 EHRM 15 januari 2015, EHRC 2015, 76, m.nt. M.R.T. Pauwels, par. 26 e.v. (*Arnaud e.a. t. Frankrijk*).

178 Zie over *good governance* en human rights: Addink e.a. (red.) 2010. Het EHRM lijkt steeds meer waarde te hechten aan het *good governance-principe*, zie merkt ook Leijten op onder punt 7 van haar noot bij de *Czaja* zaak en de verwijzing naar: EHRM 20 oktober 2011, zaaknr. 29979/04, par. 71 (*Rysovsky t. Oekraïne*).

179 EHRM 14 december 2012, AB 2013, 29, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2012, 227, m.nt. A.E.M. Leijten, par. 70 (*Czaja t. Polen*).

180 Er liggen ten tijde van de onderhavige uitspraak 130 vergelijkbare klachten in Straatsburg te wachten op een uitspraak.

181 EHRM 14 december 2012, AB 2013, 29, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2012, 227, m.nt. A.E.M. Leijten, par. 69 (*Czaja t. Polen*).

182 Zie Barkhuysen en Van Emmerik in de noot bij deze uitspraak onder punt 5.

klager laat het Hof achterwege bij de beoordeling of sprake is van een excessieve last voor het individu.¹⁸³ Ook gaat het Hof in het kader van de *fair balance*-toets in op de lange duur van de procedure, en bovendien was door de nationale autoriteiten niet voorzien in een overgangperiode ('transitional period') voor klager om zich aan te passen aan de nieuwe situatie.¹⁸⁴

Interessant in deze zaak is dat het *good governance*-principe mede wordt beoordeeld tegen de achtergrond van de lange duur voordat klager uitspraak krijgt in zijn zaak, namelijk 21 maanden. Hoewel in deze zaak dus de mogelijkheid bestond om de intrekking van de uitkering aan te vechten¹⁸⁵ duurt het erg lang voordat klager een rechterlijke uitspraak krijgt. Het rechterlijk talmen is hiermee onderdeel van het *good governance*-principe, en van artikel 1 EP EVRM. De overeenkomst met artikel 6 EVRM wordt hier zichtbaar. Een rechterlijk oordeel moet binnen een *redelijke termijn* worden gegeven en onder de proportionaliteitstoets van artikel 1 EP EVRM neemt het Hof dit vereiste onder het *good governance*-principe al mee. Het gaat dit keer dus niet om de toepassing van 6 EVRM-eisen via het eigendomsrecht in de fase waarin het bestuur (nog) aan zet is. Artikel 1 EP EVRM kan dus ook voor de rechterlijke fase procedureel relevant zijn.

Deze uitspraak van het Hof biedt handvaten hoe om te gaan met de intrekking van een begunstigende beschikking en de rol die het vertrouwensbeginsel en/of het rechtszekerheidsbeginsel hierbij spelen.¹⁸⁶ Voor de overheidsinstanties van de Staten betekent dit dat zij conform het *good governance*-principe zullen moeten handelen:

'(...) the Court reiterates the particular importance of the principle of good governance. It requires that where an issue pertaining to the general interest is at stake, especially when it affects fundamental human rights, including property rights, *the public authorities must act promptly and in an appropriate and above all consistent manner. It is desirable that public authorities act with the utmost care, in particular when dealing with matters of vital importance to individuals, such as welfare benefits and other such rights.*'¹⁸⁷

Ook in het kader van de toegankelijkheid van vertrouwelijke informatie sprak het Hof over de 'vital interest' van betrokkene om over deze informatie te beschikken ter bevestiging van het belang van een toegankelijke procedure.

183 Zie par. 73 van de uitspraak.

184 Zie par. 72 van de uitspraak.

185 Zie par. 69 van de uitspraak en de volgende overweging: 'Even though the applicant had an opportunity to challenge the Social Security Board's decision of 2002 in judicial review proceedings, his right to the pension was determined by the courts more than twenty one months later and during that time he was not in receipt of any welfare benefit'.

186 Zie de noot van Barkhuysen en Van Emmerik onder punt 8 van de noot bij deze uitspraak.

187 EHRM 14 december 2012, AB 2013, 29, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2012, 227, m.nt. A.E.M. Leijten, par. 70 (*Czaja t. Polen*).

Opnieuw, en nu onder het eigendomsrecht, bezigt het EHRM deze term als reden om zorgvuldig handelen van de autoriteiten te verlangen. Ook in andere zaken heeft het EHRM het principe van *good governance* benadrukt, waarbij het dan onder meer kan gaan om het tijdig optreden van de autoriteiten. Bovendien kan dit principe ook meer materiële verplichtingen met zich brengen, zoals het bieden van adequate (financiële) compensatie of rechtsherstel in het geval dat de klager te goeder trouw handelde.¹⁸⁸ De verplichting tot het betalen van compensatie of het bieden van rechtsherstel zijn procedurele verplichtingen.

Ernstige aantasting van het eigendomsrecht: toename procedurele waarborgen

Illustratief voor de aanscherping van de procedurele verplichtingen in het geval dat de inmenging in het eigendomsrecht ernstig is, is de zaak *Megadat.com SRL* tegen Moldavië.¹⁸⁹ Eerder zagen we deze wisselwerking bij de hiervoor besproken zaak *Capital Bank AD*¹⁹⁰ onder het *lawfulness*-vereiste. Daarnaast laat de zaak *Megadat.com SRL* zien dat de procedurele eisen zich in de praktijk zowel tot het bestuursorgaan als de rechter kunnen richten.

Klaagster is *Megadat.com SRL*, de grootste internetprovider van Moldavië. Het niet tijdig doorgeven van een adreswijziging van het hoofdkantoor van het bedrijf van klager aan het betreffende bestuursorgaan (ANRTI) leidt ertoe dat de telecommunicatievergunningen worden ingetrokken. Deze intrekking blijft niet beperkt tot gevolgen voor de toekomstige activiteiten van klager, maar wordt ook met terugwerkende kracht toegepast. Opmerkelijk is dat ANRTI wel op de hoogte was van de adreswijziging, nu het andere autoriteiten wel hiervan op de hoogte had gebracht. Het gaat in casu om een regulering: klager beschikt nog wel over gebouwen en ander eigendom.¹⁹¹ De aanvraag voor nieuwe vergunningen is als gevolg van een wijziging in de regelgeving niet langer mogelijk. Het gevolg is dat klager het bedrijf uiteindelijk moet verkopen.

Om te beginnen is de inmenging in het eigendomsrecht van klager ernstig. De maatregel is met terugwerkende kracht toegepast. Dit heeft geresulteerd in sancties en onderzoeken door onder meer de belastingdienst tegen klager. Klager moest zelfs stoppen met haar bedrijf.¹⁹²

188 Ontleend aan: EHRM 26 november 2013, EHRC 2014, 41 (*Bogdel t. Litouwen*). Vgl. ook: EHRM 16 mei 2013, EHRC 2013, 153, m.nt. Addink (*Maksymenko en Gerasymenko t. Oekraïne*); EHRM 17 december 2013, AB 2015, 20, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2014, 91, m.nt. J.A.M.A. Sluysmans (ontv.besl.) (*Crash 2000 OOD e.a. t. Bulgarije*).

189 EHRM 8 april 2008, AB 2008, 224, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2008, 75, m.nt. Backes (*Megadat.com SRL t. Moldavië*).

190 EHRM 24 november 2005, RvdW 2006, 64 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*).

191 Zie ook punt 2 van de noot van Barkhuysen en Van Emmerik bij deze zaak.

192 EHRM 8 april 2008, AB 2008, 224, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2008, 75, m.nt. Backes, par. 69 (*Megadat.com SRL t. Moldavië*).

De procedurele tekortkomingen zijn zowel het bestuursorgaan als de rechter aan te rekenen. Het bestuursorgaan heeft de aanvraag van klager voor een nieuwe (derde) vergunning op het nieuwe adres niet opgemerkt en zonder motivering het oude adres op de vergunning vermeld. Verder heeft het bestuursorgaan klager ten onrechte laten weten dat het bedrijf kon blijven opereren indien het binnen tien dagen aan bepaalde voorwaarden zou voldoen. Vervolgens heeft het bestuursorgaan de vergunning van klager toch ongeldig verklaard.¹⁹³ Klager is niet in de gelegenheid gesteld om haar kant van het verhaal te vertellen bij het bestuursorgaan.¹⁹⁴ Naar het oordeel van het Hof is niet gebleken dat klager opzettelijk de adreswijziging niet heeft doorgegeven om geen of minder belasting te hoeven betalen. Ook was klager nog op het oude adres te bereiken.¹⁹⁵

De procedure voor de rechter laat ook te wensen over. De hoogste rechter in deze zaak honoreert het verzoek van het bestuursorgaan om de zitting eerder te laten plaatsvinden, met als gevolg dat de zaak in afwezigheid van klager wordt behandeld. De rechter motiveert zijn afwijzing van het verzoek van klager om de zittingsdatum te verplaatsen niet. Tot slot merkt het Hof op dat de behandeling van de zaak voor de hoogste rechter ook van invloed is op het voortbestaan van het bedrijf van klager.¹⁹⁶ Het Hof gaat in casu onder artikel 1 EP EVRM in op de omvang van de rechterlijke toets en de formalistische beoordeling; er vindt geen belangenafweging plaats tussen het algemeen belang en het belang van klager.¹⁹⁷

In de gevallen waarin het algemeen belang op het spel staat, is het aan de Staat om tijdig en op een adequate en consistente wijze te handelen. Het Hof spreekt van ‘to act in good time, in an appropriate manner and with utmost consistency.’¹⁹⁸ Deze uitgangspunten vinden we ook terug in de latere zaken waarin het Hof dan expliciet de term *good governance* bezigt.

Beoordeling op maat

De zaak *Vékony*¹⁹⁹ is een bespreking waard omdat deze uitspraak het belang van een zorgvuldige procedure, rond in casu een accurate vergunningverlening, bevestigt en onderstreept. Bij deze zorgvuldige procedure dient vol-

193 EHRM 8 april 2008, AB 2008, 224, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2008, 75, m.nt. Backes, par. 70-71 (*Megadat.com SRL t. Moldavië*).

194 EHRM 8 april 2008, AB 2008, 224, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2008, 75, m.nt. Backes, par. 73 (*Megadat.com SRL t. Moldavië*).

195 EHRM 8 april 2008, AB 2008, 224, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2008, 75, m.nt. Backes, par. 68 (*Megadat.com SRL t. Moldavië*).

196 EHRM 8 april 2008, AB 2008, 224, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2008, 75, m.nt. Backes, par. 73 (*Megadat.com SRL t. Moldavië*).

197 EHRM 8 april 2008, AB 2008, 224, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2008, 75, m.nt. Backes, par. 74 (*Megadat.com SRL t. Moldavië*).

198 EHRM 8 april 2008, AB 2008, 224, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2008, 75, m.nt. Backes, par. 72 (*Megadat.com SRL t. Moldavië*).

199 EHRM 13 januari 2015, EHRC 2015, 74, m.nt. M.K.G. Tjepkema (*Vékony t. Hongarije*).

doende aandacht te zijn voor de omstandigheden van het individu waarvan het eigendom wordt aangetast.

Vékony, klager in deze zaak, beschikt over een vergunning (al bijna twintig jaar) op grond waarvan hij tabaksproducten in zijn winkel verkoopt. Dit deel van de verkoop genereert een derde van de omzet. In 2012 introduceert Hongarije nieuwe wetgeving die de verkoop van tabaksproducten tot een staatsmonopolie maakt. Als gevolg hiervan raakt klager zijn tabaksvergunning kwijt. In de daaropvolgende tenderprocedure voor een nieuwe vergunningaanvraag vangt klager bot. Klager is hierdoor genoodzaakt te stoppen met de verkoop van tabaksproducten, en gaat uiteindelijk failliet.

Het Straatsburgse Hof gaat onder de *fair balance*-test in op de proportionaliteit van de Hongaarse beleidswijziging, en concludeert uiteindelijk dat klager met een excessieve last is geconfronteerd.²⁰⁰

Ten aanzien van de materiële aspecten van deze zaak moet allereerst worden opgemerkt dat de autoriteiten aan klager geen enkele vorm van compensatie hebben geboden.²⁰¹ Hoewel het in deze zaak gaat om een regulering, benadrukt het Hof wel dat de gevolgen voor klager ernstig zijn: de zaak van klager is immers failliet gegaan.²⁰² In de tweede plaats acht het Hof de overgangperiode die aan klager is gegund veel te kort. Deze periode beslaat slechts tien maanden: in september 2012 wordt de nieuwe beleidswijziging aangekondigd, in juli 2013 moet klager stoppen met de verkoop van tabak. Eigenlijk is de overgangstermijn nog korter, omdat tussen het tijdstip waarop klager verneemt dat hij geen nieuwe vergunning heeft gekregen (april 2013) en het moment dat hij moet stoppen slechts drie maanden zitten.²⁰³ Deze termijn acht het Hof in het bijzonder te kort, nu klager bijna twintig jaar over de benodigde vergunning beschikte.²⁰⁴

Onder verwijzing naar de hiervoor besproken zaak *Megadat.com SRL*²⁰⁵ benadrukt het Hof opnieuw dat procedures die zien op het vernieuwen of intrekken van vergunningen die willekeurig, discriminatoir of onevenredig hard zijn een schending van de reguleringsregel van artikel 1 EP EVRM opleveren. Bovendien verplicht dit de autoriteiten om oprecht en consistent te handelen.²⁰⁶ De Staat heeft voorts in de onderhavige zaak nagelaten om maatregelen te treffen waarbij een redelijk vergoedingssysteem is opgezet.²⁰⁷

Om te beginnen herhaalt het Hof in *Vékony* in algemene termen de mogelijkheid die dient te bestaan naar nationaal recht om de inmenging in het

200 EHRM 13 januari 2015, EHRC 2015, 74, m.nt. M.K.G. Tjepkema, par. 37 (*Vékony t. Hongarije*).

201 EHRM 13 januari 2015, EHRC 2015, 74, m.nt. M.K.G. Tjepkema, par. 35 (*Vékony t. Hongarije*).

202 EHRM 13 januari 2015, EHRC 2015, 74, m.nt. M.K.G. Tjepkema, par. 33 (*Vékony t. Hongarije*).

203 EHRM 13 januari 2015, EHRC 2015, 74, m.nt. M.K.G. Tjepkema, par. 34 (*Vékony t. Hongarije*).

204 EHRM 13 januari 2015, EHRC 2015, 74, m.nt. M.K.G. Tjepkema, par. 34 (*Vékony t. Hongarije*).

205 EHRM 8 april 2008, AB 2008, 224, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2008, 75, m.nt. Backes (*Megadat.com SRL t. Moldavië*).

206 EHRM 13 januari 2015, EHRC 2015, 74, m.nt. M.K.G. Tjepkema, par. 34 (*Vékony t. Hongarije*).

207 EHRM 13 januari 2015, EHRC 2015, 74, m.nt. M.K.G. Tjepkema, par. 35 (*Vékony t. Hongarije*).

eigendomsrecht te betwisten. In casu ontbrak het aan procedurele waarborgen tegen willekeur en daarnaast aan een effectief rechtsmiddel om het besluit bij de verantwoordelijke autoriteiten aan te vechten. Het Hof neemt ook de rechtmatigheid van het gedrag van klager mee in de *fair balance*-toets.²⁰⁸

Op procedureel vlak schieten de Hongaarse autoriteiten tekort nu gedurende de tenderprocedure voor de nieuwe vergunning de spelregels worden gewijzigd, en het verlies van de oude vergunning automatisch plaatsvond. De afwijzing van de aanvraag van klager is niet onderzocht, noch was een effectief rechtsmiddel aanwezig.²⁰⁹

De meeste van de procedurele gebreken concentreren zich op de tenderprocedure voor de nieuwe vergunningaanvraag. Het Hof geeft een opsomming van de vijf gebreken die het constateert in deze procedure. Zo is in de eerste plaats geen rekening gehouden met de eerder aan klager verleende vergunning. Ten tweede is geen rekening gehouden met de mogelijkheid dat klager onder het nieuwe vergunningensysteem wel kan voldoen aan de nieuwe voorwaarden in de wet. Met deze wet wordt de gezondheid van minderjarigen beschermd. Ten derde biedt het nieuwe systeem de mogelijkheid om meerdere vergunningen aan een vergunninghouder te verlenen, en hierdoor worden de kansen op een vergunning voor gevestigde vergunninghouders (zoals klager) verkleind. In de vierde en vijfde plaats is de tenderprocedure niet transparant en is geen enkele privilege aan klager gegeven.²¹⁰ Overigens hebben de autoriteiten ook nagelaten om de afwijzing van de aanvraag van klager te motiveren.²¹¹

Een gedegen zorgvuldige procedure rond de nieuwe vergunningverlening ontbreekt in casu. Uit voorgaande opsomming van de gebreken in de tenderprocedure volgt opnieuw dat het Hof dus van de Staat verlangt dat in voldoende mate rekening wordt gehouden met de specifieke situatie van het individu. In casu hadden de Hongaarse autoriteiten immers bij de tenderprocedure rekening moeten houden met het feit dat klager al bijna twintig jaar over een vergunning beschikte. Tot slot was het voor klager niet mogelijk om de afwijzing van de vergunningaanvraag bij een rechter aan te vechten.

Kwetsbare groepen en het eigendomsrecht

In *Berger-Krall e.a.*²¹² gebruikt het Hof de term ‘vulnerable’²¹³ ter bescherming van de kwetsbare huurders. Het feit dat het hier gaat om personen

208 EHRM 13 januari 2015, EHRC 2015, 74, m.nt. M.K.G. Tjepkema, par. 34 (*Vékony t. Hongarije*).

209 EHRM 13 januari 2015, EHRC 2015, 74, m.nt. M.K.G. Tjepkema, par. 34 (*Vékony t. Hongarije*).

210 EHRM 13 januari 2015, EHRC 2015, 74, m.nt. M.K.G. Tjepkema, par. 36 (*Vékony t. Hongarije*).

211 Zie punt 5 van de noot van Tjepkema en de verwijzing naar par. 9.

212 EHRM 12 juni 2014, EHRC 2014, 218, m.nt. A.E.M. Leijten (*Berger-Krall e.a. t. Slovenië*).

213 EHRM 12 juni 2014, EHRC 2014, 218, m.nt. A.E.M. Leijten, par. 203 en 210 (*Berger-Krall e.a. t. Slovenië*). Zie ook: EHRM 28 januari 2014, EHRC 2014, 83, par. 114 (*Bittó e.a. t. Slowakije*) (huizenmarkt en overgangsregime: eigendomsregulering disproportioneel).

behorend tot een kwetsbare groep, rechtvaardigt dat voor deze groep bijzondere maatregelen worden getroffen ter bescherming van hun eigendom:

‘(...) the Court has considered justified and proportionate several measures aimed at protecting vulnerable tenants. They included legislation entailing rent reductions, a temporary suspension of the eviction of some categories of tenants and different restrictions on the landlord’s right to terminate the lease (...)’.²¹⁴

Eerder, in de Roma-zaken onder artikel 8 EVRM en ook in de zaken waarin het belang van het kind op het spel staat, zagen we iets vergelijkbaars. Ook in die zaken oordeelde het Hof dat het behoren tot een kwetsbare groep een andere benadering kan verlangen van de nationale autoriteiten. Hoewel deze verplichting met behulp van meer inhoudelijke criteria wordt ingevuld, is de verplichting om binnen de nationale procedure hier rekening mee te houden procedureel van aard.²¹⁵ Zo ook in het geval van de kwetsbare huurders. In casu zijn deze maatregelen genomen,²¹⁶ en heeft de Staat een balans gevonden tussen de belangen van de vorige eigenaren en de huurders. Bij de verdeling van de sociale en financiële last met betrekking tot de hervormingen van het huurrecht is de Staat binnen zijn *margin of appreciation* gebleven.²¹⁷

Resumerend: een van de standaard verplichtingen onder het eigendomsrecht is de plicht om in het nationale recht te voorzien in een effectief rechtsmiddel met behulp waarvan een inmenging in het eigendomsrecht kan worden bestreden voor een (doorgaans) rechterlijke instantie. Ook (niet uitputtend) een procedure op tegenspraak, het informeren van betrokkenen over een eigendomsaantastende maatregel en een redelijke duur van de procedure vallen binnen het procedurele bereik van het eigendomsrecht. De procedurele eisen als onderdeel van dit recht lijken zich zowel tot het bestuur als de rechter te kunnen richten.

De uiteenlopende toepassing van de term ‘irreversible harm’ in de eigendomszaken bevestigt het casuïstische karakter van de EHRM-rechtspraak. Anders dan in 3 en 8 EVRM-zaken kan onder het eigendomsrecht de onomkeerbaarheid van de mogelijke schade soms voor het Hof juist reden zijn om de

214 EHRM 12 juni 2014, EHRC 2014, 218, m.nt. A.E.M. Leijten, par. 203 (*Berger-Krall e.a. t. Slovenië*). Is het feit dat klagster in EHRM 13 december 2016, EHRC 2017, 64, m.nt. A.E.M. Leijten, USZ 2017, 86, m.nt. H.J. Simon (Grote Kamer) (*Bélané Nagy t. Hongarije*) gehandicapt is, en dus kwetsbaar, ook reden geweest voor het EHRM om het eigendomsrecht op te rekken? Wanneer dit het geval is, resulteert het behoren tot een kwetsbare groep in een uitgebreidere materiële aanspraak op het eigendom voor klager. En heeft dit dus niet zozeer directe procedurele implicaties.

215 Zie paragraaf 6.3.3 en 6.3.5 in hoofdstuk 6.

216 EHRM 12 juni 2014, EHRC 2014, 218, m.nt. A.E.M. Leijten, o.m. par. 205 e.v. (*Berger-Krall e.a. t. Slovenië*).

217 EHRM 12 juni 2014, EHRC 2014, 218, m.nt. A.E.M. Leijten, par. 211-212 (*Berger-Krall e.a. t. Slovenië*).

procedurele touwtjes te laten vieren. In het geval van ernstige gevolgen voor klager, dienen de procedurele garanties tegelijkertijd nog wel te worden nageleefd. In de belastingfraudezaak over de vliegtuigen was de onomkeerbaarheid juist voor het Hof zelf reden om zijn rechterlijk oordeel niet te beperken tot een handeling. De omstandigheden van het geval blijven dus de doorslag geven.

In meer algemene zin geldt dat bij een aantasting van het eigendomsrecht met vergaande gevolgen, de procedurele verplichtingen voor de Staat toenemen. Daarnaast is procedurele waakzaamheid geboden in de gevallen waarin het gaat om belangen die van ‘vitaal belang’ zijn voor individuen, zoals in het geval van socialezekerheids-aanspraken.

7.4 DE PROCEDURELE WAARBORGEN VAN ARTIKEL 1 EP EVRM IN RELATIE TOT DE ARTIKELEN 6 EN 13 EVRM EN DE MOGELIJKE TOEGEVOEGDE WAARDE

Kenmerkend voor artikel 1 EP EVRM en artikel 6 EVRM zijn in de eerste plaats de procedurele componenten van deze artikelen. Alkema spreekt ten aanzien van de relatie tussen artikel 1 EP EVRM en artikel 6 EVRM treffend van:

‘Its core [verwezen wordt naar artikel 1 EP EVRM] is of a procedural nature; a succesful claim based on Article 1 Protocol No.1 often boils down to a judicial test of the interference’ legitimacy. There is a direct link with Article 6.’²¹⁸

De procedurele bescherming van het eigendomsrecht verklaart de relatie tussen genoemde artikelen.²¹⁹ Het Hof is overigens weinig consistent in zijn keuze voor de behandeling van de procedurele tekortkomingen onder artikel 1 EP EVRM of onder artikel 6 EVRM,²²⁰ of onder beide artikelen.²²¹ Zo kan het Hof de behandeling van de klacht onder artikel 6 EVRM achterwege laten als het de procedurele aspecten, zoals bijvoorbeeld de overschrijding van de redelijke termijn, al heeft meegenomen onder artikel 1 EP EVRM.²²² Bovendien kan het ontbrekende effectieve rechtsmiddel om de rechtmatigheid van de inmenging in het eigendomsrecht aan een rechterlijke instantie voor te leggen soms wel op zichzelf een schending van artikel 1 EP EVRM opleveren. In andere

218 Alkema 2000, p. 22.

219 Alkema 2000, p. 22-23; Vlemminx 2002, p. 84.

220 Vgl. Schild 2012, p. 132; Christoffersen 2009; Mataga 2007, p. 17 e.v.

221 Alkema 2000, p. 23.

222 Schild 2012, p. 132; Vlemminx 2002, p. 84 en de verwijzing naar: EHRM 20 november 1995, NJ 1996, 593, m.nt. E.J. Dommering (*Pressos Compania Naviera SA t. België*) en EHRM 25 maart 1999, JB 1999, 163 (*Iatridis t. Griekenland*). Van latere datum; EHRM 23 januari 2014, EHRC 2014, 100 (*East/West Alliance Limited t. Oekraïne*).

gevallen niet, en dan wordt de ontbrekende mogelijkheid om een rechterlijke beoordeling te krijgen alsnog onder artikel 6 EVRM behandeld.²²³

Een schending van het recht op een procedure op tegenspraak van artikel 6 EVRM resulteert niet vanzelfsprekend in een schending van de procedurele waarborgen onder artikel 1 EP EVRM. Om te bepalen of sprake is van een schending van artikel 1 EP EVRM, dienen namelijk ook andere dan de voor artikel 6 EVRM relevante criteria te worden betrokken. Om tot een schending van het eigendomsrecht te kunnen concluderen is het voorwaarde dat de tekortkoming onder artikel 6 EVRM direct van invloed is op het materiële eigendom(srecht) van klager:

'In this connection [verwezen wordt naar de vraag of de Staat heeft voldaan aan zijn procedurele positieve verplichtingen onder artikel 1 EP EVRM] the Court first refers to its above finding under Article 6 § 1 of the Convention that there had been a violation of the applicant bank's right to an adversarial hearing in the enforcement proceedings. However, at this juncture the Court also finds it important to emphasise that *each and every violation of Article 6 of the Convention does not automatically lead to a violation of the State's procedural positive obligations under Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention in cases where both Articles are applicable to the same facts*. The latter Article concerns the substance of the right of property and its breach cannot be determined solely in the light of the same criteria relevant for determining whether there was a breach of Article 6 of the Convention, as other elements are also relevant. In particular, under the Court's case-law, in order to find a violation of Article 1 of Protocol No. 1 in such cases it *is necessary for the unfairness established under Article 6 of the Convention to have a "direct impact" on the applicant's property rights* [cursivering: TdJ].²²⁴

Een verklaring voor de overlap tussen artikel 1 EP EVRM en artikel 6 EVRM kan in de tweede plaats worden gevonden in de ruime uitleg van het begrip 'possession'. Zoals gezegd, vallen ook op geld waardeerbare belangen binnen het beschermingsbereik van het eigendomsbegrip van artikel 1 EP EVRM en daarmee kwalificeren deze belangen dus snel als *civil rights and obligations*.²²⁵ Een onteigening bijvoorbeeld is tenslotte van invloed op de privaatrechtelijke positie van betrokkene.²²⁶

Het Hof laat de nationale autoriteiten een ruime beoordelingsruimte bij de beslissingen in eigendomskwesties, onder meer ten aanzien van het heffen

223 Harris e.a. 2014, p. 880 en de daar genoemde jurisprudentie.

224 EHRM 12 december 2013, EHRC 2014, 58 (*Zagrebačka banka d.d. t. Kroatijë*).

225 Vlemminx 2002, p. 84; Alkema 2000, p. 23. Zie over het ontbreken van een 'legitimate expectation' met als gevolg geen eigendom in de zin van artikel 1 EP EVRM, en derhalve evenmin toepassing 6 EVRM: EHRM 17 december 2013, AB 2015, 20, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2014, 91, m.nt. J.A.M.A. Sluysmans, par. 70 en par. 84-85 (ontv.besl.) (*Crash 2000 COD e.a. t. Bulgarije*).

226 Langereis 1986, p. 40.

van belastingen.²²⁷ Dit hoeft er niet aan in de weg te staan dat het Hof in dit type zaken wel procedurele eisen formuleert voor de nationale autoriteiten. Interessant is vervolgens de vraag of het Hof via artikel 1 EP EVRM in sommige belastingzaken procedurele 6 EVRM-eisen toepast. Dit zou namelijk een verruiming van artikel 6 EVRM betekenen op een terrein waar dit artikel van oorsprong niet van toepassing is.²²⁸ Van de hiervoor genoemde procedurele waarborgen onder het eigendomsrecht vertoont onder meer het *good governance*-beginsel onder artikel 1 EP EVRM overeenkomsten met de eisen van artikel 6 EVRM. Bij dit overkoepelende beginsel kan het immers gaan om het beslissen binnen een redelijke termijn en het beginsel van hoor en wederhoor. In de gevallen waarin het Hof onder artikel 1 EP EVRM in een belastingzaak aan deze eisen toetst, verruimt het impliciet het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM. Dit was aan de orde in twee zaken, en overigens ook in de eerder genoemde zaak over de inbeslagname van de vliegtuigen door de belastingdienst.²²⁹ In de eerste zaak betrof het Hof het talmen van de nationale autoriteiten bij het terugbetalen aan klager (waartoe hij gerechtigd was) van de teveel betaalde belasting in zijn 1 EP EVRM-oordeel.²³⁰ In de tweede zaak heeft het Straatsburgse Hof de vertraging bij de toegezegde terugbetaling van (opnieuw) onverschuldigd betaalde inkomensbelasting en de weigering om vervolgens rente ter compensatie van de vertraging aan klager te betalen, betrokken in zijn 1 EP EVRM-oordeel.²³¹ Hiermee heeft het Hof het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM via artikel 1 EP EVRM verruimd. De vertraging in deze zaken raakt niet alleen aan het redelijke termijn-vereiste van artikel 6 EVRM. Het stilzitten van de autoriteiten na een toezegging houdt ook indirecter verband met de 6 EVRM-plicht om uitspraken ten uitvoer te leggen. In de meeste geschillen onder artikel 1 EP EVRM legt het Hof de nadruk op de vraag of klager in de nationale procedure beschikte over een effectief rechtsmiddel om de eigendom aantasten-

227 Illustratief in dit verband: EHRM 14 mei 2013, *AB* 2014, 14, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *EHRC* 2013, 170, m.nt. A.E.M. Leijten, *FED* 2013, 79, m.nt. M.R.T. Pauwels (*N.K.M. t. Hongarije*), i.h.b. par. 49 en 56-57 voor de *margin* van de Staat m.b.t. belastingheffing. In deze zaak oordeelde het EHRM overigens wel dat de verhoogde belastingdruk van 52% een excessieve en individuele last opleverde, en de maatregel derhalve niet proportioneel is: schending artikel 1 EP EVRM. Dit is wel een erg extreme zaak, en daarnaast heeft het Hof vanzelfsprekend vanwege de *margin* nagelaten om algemene uitspraken te doen over de hoogte van belastingtarieven. In *White & Ovey* wordt overigens een kanttekening geplaatst bij de diffuse grens tussen de uitsluiting van artikel 6 EVRM op belastinggeschillen tegenover de toepassing van artikel 6 EVRM op sociale zekerheidszaken. *White & Ovey* 2014, p. 256-257.

228 Zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.1.1 en ook: EHRM 25 november 2014, zaaknr. 51269/07 (*Pákozdi t. Hongarije*).

229 Zie paragraaf 7.3.2 en de zaak EHRM 23 januari 2014, *EHRC* 2014, 100 (*East/West Alliance Limited t. Oekraïne*).

230 EHRM 3 juli 2003, zaaknr. 38746/97 (*Buffalo SRL in liquidatie t. Italië*), de schending van artikel 1 EP EVRM ziet ook op het ontbrekende nationale rechtsmiddel om de procedure te versnellen.

231 EHRM 9 maart 2006, zaaknr. 10162/02, par. 23-31 (*Eko-Elda AVEE t. Griekenland*).

de maatregel aan te vechten. Toch betreft het EHRM onder omstandigheden in belastinggeschillen onder de eigendomsrecht-toets procedurele artikel 6 EVRM-eisen in zijn beoordeling.

In dit opzicht zijn de procedurele eisen van artikel 1 EP EVRM dus van toegevoegde waarde ten opzichte van de 6 EVRM-eisen. Het toepassingsbereik van sommige van deze eisen wordt tenslotte via het eigendomsrecht uitgebreid. Tegelijkertijd kan ook worden betoogd dat artikel 6 EVRM onder omstandigheden al van toepassing is op het belastingrecht, omdat de 6 EVRM-normen binnen het Nederlandse bestuursrecht als fundamentele rechtsbeginselen kunnen worden aangemerkt.²³² In die gevallen is de toegevoegde waarde van toepassing van artikel 6 EVRM-eisen in belastinggeschillen via artikel 1 EP EVRM beperkter of zelfs afwezig. Daarnaast geldt voor de *good governance*-eisen als onderdeel van de procedurele component van het eigendomsrecht dat deze een meerwaarde kunnen hebben ten opzichte van de 6 EVRM-eisen. Via het eigendomsrecht kunnen de *good governance*-eisen tenslotte ook al in de besluitvormingsfase een rol spelen. Tot slot is de procedurele kernverplichting die ziet op de beschikbaarheid van een nationaal rechtsmiddel om de eigendomsinbreuk makende maatregel aan te vechten geen artikel 6 EVRM-vereiste, en daarmee van extra waarde.

De procedurele kernverplichting onder artikel 1 EP EVRM tot slot toont, als gezegd, veel overeenkomsten met artikel 13 EVRM. Artikel 1 EP EVRM verlangt dat op nationaal niveau de mogelijkheid bestaat om een eigendomsbeperkende maatregel aan te vechten. Dit impliceert de aanwezigheid van een nationaal rechtsmiddel, en dit is een 13 EVRM-vereiste. Dit maakt de toegevoegde waarde van het procedurele kernvereiste onder het eigendomsrecht van beperkte toegevoegde waarde ten opzichte van artikel 13 EVRM. Leidt de incorporatie van het effectieve rechtsmiddel in artikel 1 EP EVRM er nu toe dat artikel 13 EVRM niet langer van betekenis is voor het eigendomsrecht? Daar lijkt het niet op, want het Hof toetst de aanwezigheid van een rechtsmiddel onder artikel 13 EVRM ook nog vaak in samenhang met artikel 1 EP EVRM. Zoals bekend, omvat artikel 13 EVRM bovendien ook de verplichting van de mogelijkheid tot redres naar nationaal recht. Tot slot kan dit artikel in sommige gevallen verlangen dat de besluitvorming wordt versneld.

7.5 DE PROCEDURELE WAARBORGEN: BESLUITVORMINGSFASE EN/OF RECHTERLIJKE FASE

Onder het eigendomsrecht lijken de eisen zich zowel te kunnen richten tot de uitvoerende autoriteiten van de Staat als tot de rechter. Zoals al meerdere

232 Zo stelt Pauwels: Pauwels 2016b, p. 114 e.v.

malen genoemd in dit hoofdstuk is de aanwezigheid van een effectief rechtsmiddel in het nationale recht om de eigendomsaantasting te betwisten een vast onderdeel van artikel 1 EP EVRM. Vaak is het aan de rechter om over de rechtmatigheid een oordeel te geven. Het komt echter ook voor dat de uitvoerende autoriteit in de verlengde besluitvorming een oordeel geeft over de rechtmatigheid van de maatregel.

Voor de uitvoerende autoriteiten van de Staat heeft het EHRM diverse procedurele verplichtingen geformuleerd. Deze kunnen (niet uitputtend) zien op het tijdig informeren van de betrokkenen over de maatregel, het horen en het tijdig en consistent handelen. Daarnaast kan het dan gaan om het behoren tot een groep kwetsbare personen en de potentieel onomkeerbare schade als factoren die van invloed zijn op de naleving in het nationale recht van de procedurele verplichtingen.

Codificatie van voornoemde verplichtingen vindt vaak plaats in de nationale wetgeving, en dit maakt dat ook de wetgever op de hoogte moet zijn en blijven van de procedurele verplichtingen onder het eigendomsrecht. Het bestuur en de rechter zijn vervolgens belast met de uiteindelijke uitvoering van de procedurele verplichtingen.

7.6 CONCLUSIE

Net als de eerder in deze studie besproken materiële rechten, omvat ook het eigendomsrecht materiële positieve verplichtingen. In dit kader heeft het Hof overwogen dat op de Staat de plicht rust om positieve beschermingsmaatregelen te nemen ter bescherming van het eigendomsrecht. Deze verplichtingen kunnen zowel preventief van aard zijn, als ook herstellend van karakter. De verplichtingen blijven niet beperkt tot de relatie overheid- burger, maar gelden over de band van de positieve verplichtingen ook voor de Staat in de horizontale relatie van burger-burger. In tegenstelling tot de in de vorige hoofdstukken besproken artikelen 2, 3 en 8 EVRM maakt het eigendomsrecht geen onderdeel uit van het EVRM, maar is het opgenomen in het aanvullend Eerste Protocol bij het Verdrag. Hiermee is de bijzondere positie van het eigendomsrecht gegeven. Bovendien kan in de sociaal-economische kwesties die onder het eigendomsrecht een rol spelen een verklaring worden gevonden voor de ruime *margin of appreciation* die de Staten in dat type zaken wordt gelaten. Vanwege deze ruime *margin of appreciation* zijn de materiële verplichtingen onder het eigendomsrecht beperkter in omvang dan bijvoorbeeld onder het absolute folterverbod behorend bij artikel 3 EVRM. De ruime *margin* die de Staten toekomt in eigendoms-kwesties is echter niet van invloed op de procedurele eisen die het Hof onder dit recht van de Staten verlangt. Sterker nog: net als onder artikel 8 EVRM weerhoudt een inhoudelijke beoordelingsruimte voor de Staat het Hof er niet van om in die gevallen (juist) procedurele eisen te formuleren voor de nationale autoriteiten. Deze procedurele eisen kunnen voor

structurele veranderingen zorgen in de nationale gang van zaken, en kunnen daarmee dus op procedureel vlak verstekkende gevolgen hebben voor de autoriteiten van de Staten.

De belangrijkste procedurele verplichting onder het eigendomsrecht ziet op de verplichting van een effectief rechtsmiddel in het nationale recht, met behulp waarvan een eigendomsinmenging kan worden aangevochten voor een nationale (rechterlijke) instantie. Deze plicht richt zich doorgaans tot de rechterlijke autoriteit. Onder artikel 1 EP EVRM gelden in de praktijk ook diverse procedurele verplichtingen voor de uitvoerende autoriteiten. Zo moet – niet uitputtend, zie voor een meeromvattend overzicht paragraaf 7.3 – betrokkene tijdig op de hoogte worden gebracht van de te nemen maatregel en in de gelegenheid worden gesteld om te worden gehoord. De procedurele waarborgen spelen vooral onder de *fair balance*-toets een belangrijke rol in de EHRM-jurisprudentie. Deze waarborgen verschillen van de meer expliciet geformuleerde procedurele positieve verplichtingen onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM. Toch maakt het feit dat de procedurele garanties deel uitmaken van de proportionaliteitstoets onder het eigendomsrecht dat deze garanties verplichtingen voor de nationale autoriteiten met zich brengen. Dit zijn overigens geen zelfstandige verplichtingen: een niet nakomen resulteert niet automatisch in een schending.

Verder geldt ook onder het eigendomsrecht dat hoe ingrijpender de maatregel, en hoe meer dit raakt aan een vitaal (eigendoms)belang van de betrokkene, des te meer waarde het Hof hecht aan de aanwezigheid van procedurele waarborgen in de nationale procedure. Ook onder artikel 8 EVRM bleek een inmenging in een voor de persoon in kwestie vitaal belang reden om een toegankelijke nationale procedure inclusief procedurele waarborgen te verlangen.

In het 8 EVRM-hoofdstuk is een viertal factoren geformuleerd met behulp waarvan meer lijn kan worden aangebracht in de casuïstische EHRM-jurisprudentie. Een aantal van deze factoren, waaronder de onomkeerbaarheid van de mogelijke schade en het behoren tot een kwetsbare groep vinden we ook (voorzichtig) terug onder het eigendomsrecht.

Een belangrijk verschil met artikel 8 EVRM is echter dat de eigendomsrechtelijke jurisprudentie van het Hof ten aanzien van de potentiële onomkeerbare schade en het behoren tot een kwetsbare groep minder is uitgekristalliseerd dan onder 8 EVRM-uit huisplaatsings/verplaatsingszaken (Roma) of onder 3 EVRM-asielzaken. In vergelijking met dit laatste type zaken doet de dreiging van onomkeerbare schade zich niet standaard voor onder artikel 1 EP EVRM. Bij een uitzetting onder artikel 3 EVRM is de onomkeerbare mogelijke schade zowel een constante factor in de toets van het EHRM zelf als in wat het Hof van de Staat eist.

In sommige gevallen bleek de procedurele betekenis van 1 EP EVRM van toegevoegde waarde te zijn in belastinggeschillen. Onder omstandigheden werden namelijk sommige 6 EVRM-eisen onderdeel van de 1 EP EVRM-toets op een terrein waar het recht op een eerlijk proces en de bijbehorende eisen in beginsel niet van toepassing zijn.

De procedurele eisen onder artikel 1 EP EVRM kunnen in de praktijk zowel tot het bestuur als de rechter gericht zijn. Maar ook de wetgever kan op grond van artikel 1 EP EVRM verplicht zijn om bepaalde procedurele eisen in de nationale wetgeving te codificeren. De ruimte van de Staat ten aanzien van het nationale inhoudelijke eigendomsbeleid is ruim. Daarom heeft het Hof diverse procedurele verplichtingen onder het eigendomsrecht gecreëerd. Voor alle procespartijen is kennis van deze procedurele eisen onontbeerlijk. Te meer nu dit type verplichtingen juist structurele wijzigingen kan verlangen, omdat ze algemene gelding hebben en doorgaans dus niet beperkt blijven tot vergelijkbare gevallen zoals het geval is bij de materiële positieve verplichtingen.

8 | Conclusie deel I

8.1 INLEIDING

In de voorgaande hoofdstukken is ingegaan op de procedurele eisen die het Hof heeft ingelezen in de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM. Deze hoofdstukken zijn grotendeels beschrijvend van aard, in tegenstelling tot het meer analyserende karakter van dit hoofdstuk. Aan de hand van een drietal vragen wordt hier geprobeerd om de procedurele tendens in de EHRM-jurisprudentie van een nadere duiding te voorzien. Het hoofdstuk over de artikelen 6 en 13 EVRM en de hoofdstukken van deel I leveren de input voor de beantwoording van deze vragen. Zoals in het hiernavolgende duidelijk zal worden, biedt de informatie die in die hoofdstukken naar voren is gekomen en het onderzoek dat daarvoor is gedaan namelijk aanknopingspunten om bredere conclusies aan dit onderzoek te verbinden.

In de eerste plaats ga ik in op de vraag of we iets kunnen zeggen over de reden waarom het EHRM de procedurele eisen aan een materieel EVRM-recht ontleent en niet aan de artikelen 6 en 13 EVRM (paragraaf 8.2). Biedt de rechtspraak van het Hof handvaten om deze ‘procedurele trend’ van meer duiding te voorzien? In de tweede plaats ga ik in op de vraag of er een verschil is in invloed tussen absolute rechten (artikel 2 en 3 EVRM) en relatieve rechten (artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM) op de procedurele verplichtingen, en of het specifieke materiële recht hierop van invloed is (paragraaf 8.3). Tot slot beantwoord ik de vraag of er in de EHRM-jurisprudentie nog andere factoren zijn te vinden die van invloed zijn op de procedurele verplichtingen (paragraaf 8.4). Ik sluit af met de conclusie (paragraaf 8.5).

Vooraf kan in meer algemene zin het volgende worden opgemerkt over de positie van het Hof in relatie tot zijn eigen (procedurele) toets¹ en de ‘proceduralisering’ van de materiële EVRM-bepalingen. Wanneer het Hof zich bij het beoordelen van een vermeende EVRM-schending beperkt tot een louter procedurele toets, sluit dit aan bij de subsidiaire positie van het Hof. Het Hof pretendeert tenslotte geen vierde instantie te zijn. De toets waarbij het EHRM vooral beoordeelt of de procedurele waarborgen (onder de artikelen 6 en 13 EVRM

1 De toetsingspraktijk van het Hof zelf komt in deel II aan bod.

of onder een materieel EVRM-recht) in het nationale recht aanwezig zijn en worden nageleefd, sluit hierbij aan. Deze procedurele benadering van het Hof benadrukt het belang van een nationale procedure die inhoudelijk conform het EVRM is. De inhoudelijke aspecten van de klacht in de toets van het Hof (zeker onder de rechten waarin de Staten een *margin of appreciation* toekomt) kunnen dan onderbelicht blijven. Wanneer het Hof kiest voor een procedurele benadering van de EVRM-klacht, voorkomt het op die manier immers dat een oordeel moet worden gegeven over het inhoudelijke (complexe/gevoelige) deel van de klacht. Dit hebben we ook kunnen zien in de vorige hoofdstukken.

8.2 DE PROCEDURELE EISEN IN MATERIËLE VERDRAGSBEPALINGEN EN DE VERHOUDING TOT DE ARTIKELEN 6 EN 13 EVRM

Bij de beantwoording van de vraag waarom het EHRM de procedurele eisen aan een materieel EVRM-recht ontleent en niet aan artikel 6 en/of 13 EVRM, schets ik eerst de procedurele betekenis van de in dat kader relevante EVRM-bepalingen,² gevolgd door een resumerende alinea.

Artikel 6 EVRM en artikel 13 EVRM

Artikel 6 EVRM ziet op een eerlijk proces, en daarnaast op het recht op toegang tot de rechter. In principe gelden de procedurele waarborgen onder artikel 6 EVRM in de rechterlijke fase. In sommige gevallen heeft een aantal van deze eisen al gelding in de bestuurlijke voorfase.

Artikel 13 EVRM voorziet in het recht op een effectief nationaal rechtsmiddel, op grond waarvan een besluit/uitspraak kan worden betwist. Dit kan ook betekenen dat naar nationaal recht de mogelijkheid tot schadevergoeding of andere vormen van rechtsherstel dient te bestaan.

Artikel 2 EVRM en artikel 3 EVRM

De gewone³ procedurele onderzoeksplicht onder de artikelen 2 en 3 EVRM is 'eigen' aan deze rechten en dient ter effectuering van het recht op leven en het folterverbod. Met andere woorden: artikel 6 EVRM voorziet niet in de procedurele plicht tot het doen van een effectief officieel onderzoek naar een vermeende schending van voormelde rechten en de in dat kader geformuleerde procedurele verplichtingen. Daartoe behoren de onafhankelijkheid van het onderzoek, de voortvarendheid en de identificatie en bestraffing/aansprakelijkstelling van verantwoordelijken. Bovendien lijkt de onderzoeksplicht onder de artikelen 2 en 3 EVRM zich vooral op de uitvoerende autoriteiten van de

2 Zie hoofdstuk 2 tot en met 7.

3 Ter onderscheiding van de procedurele onderzoeksplicht in asielzaken onder artikel 3 EVRM (zie ook hoofdstuk 5, i.h.b. par. 5.1).

Staat te richten, nu deze doorgaans het beste in staat zijn om opdracht te geven tot/leiding te geven aan een dergelijk onderzoek. Bovendien kan ook het feitencomplex reden zijn om snel, en niet pas in de rechterlijke fase, het onderzoek te (laten) starten. Hierbij kan dan gedacht worden aan het veiligstellen/vergaren van bewijs. Daarom is het logisch dat het Hof deze procedurele verplichtingen onder deze artikelen schaaft, en niet onder artikel 6 EVRM.

De procedurele onderzoeksplicht bevat overigens wel elementen die we kennen van artikel 6 EVRM. Hierbij kan gedacht worden aan het redelijke termijn-vereiste onder artikel 6 EVRM, dat overeenkomsten vertoont met de voortvarendheid waarmee het onderzoek van start moet gaan en de duur ervan. De onafhankelijkheid en onpartijdigheid waaraan het onderzoek moet voldoen vertonen op punten ook overeenkomsten met de 6-EVRM waarborgen.⁴ De openbaarheid van het onderzoek als voorwaarde van de procedurele onderzoeksplicht lijkt op het in voldoende mate betrekken van de personen bij de rechterlijke procedure onder artikel 6 EVRM. Onder het recht op leven en het folterverbod worden deze procedurele waarborgen echter doorgetrokken naar de onderzoeksfase, en daarmee naar de voorfase. Het is aan de nationale rechter om erop toe te zien of een onderzoek heeft plaatsgevonden dat voldoet aan de eisen die in dit kader gelden onder de artikelen 2 en 3 EVRM. In sommige gevallen, als de omstandigheden dit toe laten, zal de nationale rechter (ook) zelf onderzoek moeten doen/laten verrichten.

Artikel 13 EVRM staat in een enger verband tot de artikelen 2 en 3 EVRM dan artikel 6 EVRM voor zover het de onderzoeksplicht betreft. Hoewel artikel 13 EVRM op zichzelf niet vereist dat een effectief onderzoek wordt verricht door de nationale autoriteiten, kan dit in combinatie met artikel 2 en/of 3 EVRM wel worden verlangd van de Staat.

Artikel 3 EVRM (in combinatie met artikel 13 EVRM) in asielzaken

Onder artikel 3 EVRM zijn diverse procedurele eisen ontwikkeld die gelden in asielzaken. Zo rust op de nationale autoriteiten onder artikel 3 EVRM de plicht om een grondig onderzoek te doen naar de geloofwaardigheid van de asielclaim. Deze plicht richt zich zowel tot de uitvoerende als de rechterlijke autoriteit van de Staat. Ook onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM rust deze plicht op de nationale autoriteiten. Verder heeft het Hof procedurele eisen gesteld aan de inrichting van de asielprocedure.

De meeste van de procedurele eisen die het Hof onder artikel 3 EVRM in dit type zaken heeft gecreëerd zien op de fase waarin een aanvraag voor een asielvergunning wordt gedaan, of op een afwijzing in de bezwaar/beroepsfase.

4 Het Hof hanteert overigens een uiteenlopende toets van het onafhankelijkheidsvereiste onder 2 EVRM van het onderzoek en de onafhankelijkheid van het rechterlijk instituut onder 6 EVRM, zie EHRM 14 april 2015, *EHRC* 2015, 150, m.nt. J.H. Gerards, i.h.b. par. 221 e.v. (Grote Kamer) (*Mustafa Tunç en Fecire Tunç t. Turkije*), zoals besproken in hoofdstuk 4, par. 4.3.2.1.

Het is in eerste instantie aan de uitvoerende autoriteiten om de geloofwaardigheid van het asielrelaas te beoordelen, en daarmee dus een grondig onderzoek te verrichten naar de claim. Hierbij gaat het dan om het raadplegen van voldoende bronnen, maar ook om het horen en tijdig informeren over de voortgang van de procedure. Artikel 6 EVRM voorziet niet in dergelijke verplichtingen die spelen in de voorfase. Onder artikel 3 EVRM gelden voormelde verplichtingen, en ook over de band van artikel 13 EVRM kunnen vereisten als het horen en een toegankelijke asielprocedure van toepassing worden in de voorfase in asielzaken. Onder artikel 13 EVRM in combinatie met het folterverbod is in asielzaken ook bepaald dat een nationaal rechtsmiddel automatisch schorsende werking moet hebben.

De procedurele eisen onder artikel 3 EVRM en onder artikel 13 in combinatie met artikel 3 EVRM in asielzaken zien op de rechtsbescherming van de betrokkenen. Deze kunnen niet een-op-een worden ontleend aan artikel 6 EVRM, omdat dit laatste artikel niet de verplichting met zich brengt om (reeds in de voorfase) de geloofwaardigheid van het asielrelaas te toetsen. Voor zover sommige van deze eisen al overlap vertonen met artikel 6 EVRM (in het bijzonder waar het de rechterlijke fase betreft) staat het toepassingsverbod van artikel 6 EVRM hieraan in de weg. In deze gevallen is volgens het Hof geen sprake van 'civil rights and obligations'. Door in sommige gevallen deze eisen toch door te trekken naar asielzaken omzeilt het Hof dit verbod. Dit geldt voor sommige aspecten zoals het horen van betrokkenen of de toegankelijke procedure. Artikel 6 EVRM wordt daarmee niet alleen toegepast op een terrein waar het geen toepassing heeft, maar (soms) ook op een extra fase. Dit biedt dus ruimere beschermingsmogelijkheden voor het individu en betekent dat de autoriteiten ook in andere dan de onder artikel 6 EVRM vallende gevallen aan procedurele eisen moeten voldoen.

De plicht tot het doen van een grondig onderzoek van de asielclaim is een plicht die mijns inziens opnieuw 'eigen' is aan artikel 3 EVRM (soms in combinatie met artikel 13 EVRM), en in het kader van de realisering van voormelde rechten is gecreëerd. Onder invloed van artikel 3 EVRM is bepaald dat in asielzaken ingevolge artikel 13 EVRM een rechtsmiddel met automatisch schorsende werking voor handen moet zijn. De mogelijkheid van het instellen van een rechtsmiddel alleen is dan niet voldoende. Dit onderstreept dat de procedurele eisen die het Hof formuleerde onder de materiële EVRM-bepalingen een authentieke procedurele bescherming kunnen verlangen. Deze procedurele bescherming is vaak ingegeven door de omstandigheden van het geval, en daarnaast kan de aanwezigheid van een of meerdere factoren hierop van invloed zijn.⁵ In deze procedurele bescherming wordt door artikel 6 EVRM en artikel 13 EVRM in die gevallen niet (volledig) voorzien. Vanuit het perspectief van het individu bieden deze procedurele eisen als onderdeel van een

5 Zie hierover paragraaf 8.4.

materiële EVRM-bepaling extra bescherming, en zijn daarmee van meerwaarde. Vanuit de nationale autoriteiten bezien betekent dit dat het aantal verplichtingen waaraan moet worden voldaan wordt uitgebreid. In het geval van toepassing van 6 EVRM-waarborgen over de band van een materieel Verdragsartikel nemen niet alleen de verplichtingen toe. Ook de terreinen waarop sommige procedurele plichten aan de orde kunnen zijn worden uitgebreid.

Artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM

Ook ten aanzien van de procedurele waarborgen die het EHRM heeft ingelezen in de artikelen 8 EVRM en 1 EP EVRM geldt allereerst dat deze 'eigen' zijn aan deze rechten. In de kern gaat het bij deze artikelen om procedurele zorgvuldigheidseisen. Deze zorgvuldigheidseisen zien met name op de uitvoerende fase, de besluitvormingsfase dus, maar kunnen ook gelden in de fase voor de rechter. De procedurele zorgvuldigheidseisen die centraal staan in dit onderzoek beperken zich tot die eisen die van belang kunnen zijn voor de rechtsbescherming.⁶ De in het kader van de artikelen 8 EVRM en 1 EP geformuleerde procedurele eisen, zien we niet direct terug onder artikel 6 EVRM. Daarnaast ziet artikel 6 EVRM in principe primair op de fase voor de rechter, dus de eventuele overlap van de procedurele eisen beperkt zich in beginsel tot laatstgenoemde fase. In beginsel, omdat in sommige gevallen 6 EVRM-eisen ook al in de besluitvormingsfase een rol kunnen spelen. Daarnaast gaat ten aanzien van artikel 13 EVRM een vergelijkbare redenering op. De aanwezigheid van een effectief rechtsmiddel naar nationaal recht verlangt nog niet van de nationale autoriteiten dat betrokkenen worden gehoord of geïnformeerd. Deze procedurele eisen heeft het Hof onder artikel 8 EVRM op diverse rechtsterreinen gesteld, onder meer om het recht op privé- en familielevens te effectueren.

Het horen, (tijdig) informeren, tijdig beslissen, raadplegen van deskundigen en motiveren van besluiten speelt onder artikel 8 EVRM veelal in de voorfase een belangrijke rol. Immers: als pas *na* het besluit tot vergunningverlening onderzoek wordt gedaan naar potentiële gevaren voor het milieu en de gezondheid/veiligheid, of een inspraakavond voor omwonenden wordt georganiseerd, is dit vaak mosterd na de maaltijd. Ook een uithuisplaatsing van een kind zonder voorafgaand deskundig onderzoek is risicovol. De omstandigheden van het geval en het type besluit/soort verplichting kunnen dus medebepalend zijn voor de vraag tot welke autoriteit de plichten zich richten. Het is en blijft aan de nationale rechter om een eindoordeel over de zaak te vellen. Toch geldt voor een aantal handelingen dat deze in het voortraject door de uitvoerende autoriteit dienen te worden verricht. Sommige procedurele eisen gelden ook in de rechterlijke fase onder artikel 8 EVRM. Deze eisen vertonen vanzelfsprekend overeenkomsten met de eisen van artikel 6 EVRM. In de zaken waarin het Hof de tenuitvoerlegging van een uitspraak onder artikel 8 EVRM

6 Zie hoofdstuk 1.

meeneemt, past het een 6 EVRM-vereiste toe. Kanttekening hierbij verdient wel dat de tenuitvoerlegging van de uitspraak mijns inziens een mengvorm van eisen is. Het ziet tenslotte zowel op de rechterlijke autoriteit als de uitvoerende autoriteit die met de tenuitvoerlegging is belast. Ook kan het Hof onder artikel 8 EVRM ingaan op de duur van de rechterlijke procedure en ook hier brengt het dus een 6 EVRM-waARBorg binnen het bereik van artikel 8 EVRM. Naar mijn opvatting ligt hier met name een pragmatische overweging aan ten grondslag, wat overigens onverlet laat dat artikel 8 EVRM daarmee ook in de rechterlijke fase procedureel van belang kan zijn.

Het voorgaande is nog interessanter, en met name verstrekkender wanneer het Hof de eisen van artikel 6 EVRM over de band van artikel 8 EVRM toepast op terreinen waar artikel 6 EVRM niet van toepassing is. In vreemdelingenrechtelijke zaken waarin met een beroep op artikel 8 EVRM werd geprobeerd om gezinshereniging mogelijk te maken heeft het Hof in sommige gevallen 6 EVRM-eisen toegepast via artikel 8 EVRM. Het Hof omzeilt hiermee dus opnieuw⁷ het toepassingsverbod van artikel 6 EVRM op dit terrein. Dit heeft tot gevolg dat vanuit het perspectief van de klager de procedurele bescherming in dit type zaken toeneemt en aan de zijde van de nationale autoriteiten de procedurele plichten worden opgeschroefd.

De procedurele kernverplichting onder artikel 1 EP EVRM ziet op de mogelijkheid die naar nationaal recht moet bestaan om een maatregel die een inmen-ging vormt in het eigendomsrecht aan te vechten voor een (rechterlijke) instantie. Deze verplichting lijkt sterk op de beschikbaarheid van een effectief rechts-middel onder artikel 13 EVRM. Enerzijds is de keuze om dit vereiste onderdeel te maken van het eigendomsrecht ingegeven door het fundamentele karakter van dit recht en de ingrijpendheid van de maatregel. Anderzijds lijken meer pragmatische overwegingen hieraan ten grondslag te liggen. Indien het Hof al onder het eigendomsrecht uitvoerig is ingegaan op het rechtsmiddel, is het niet nodig om dit ook nog eens onder artikel 13 EVRM te doen.

Ook onder het eigendomsrecht kan het Hof besluiten om het toepassings-verbod van artikel 6 EVRM op belastinggeschillen te omzeilen. Het aantal zaken waarin het Hof dit doet, is echter beperkt. Dit neemt niet weg dat het toepassen van artikel 6 EVRM-eisen in fiscale procedures via het eigendomsrecht de procedurele verplichtingen voor de nationale autoriteiten doen toenemen op een terrein waar deze plichten in eerste instantie afwezig waren.

Opnieuw kunnen de procedurele plichten onder het eigendomsrecht zich zowel tot de rechter als het uitvoerende orgaan richten. Voor zover de procedu-rele zorgvuldigheidsnormen zich lijken te richten tot de besluitende autoritei-ten, kan deze leemte niet worden opgevuld door artikel 6 EVRM. Artikel 6 EVRM is immers (in beginsel) nog niet aan de orde in de besluitvormingsfase. Daar-

7 Het deed dit ook onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM.

naast zijn de procedurele zorgvuldigheidsnormen die het EHRM in het kader van artikel 1 EP EVRM heeft geformuleerd niet allemaal een-op-een terug te voeren tot de procedurele eisen van artikel 6 EVRM.

Resumé

De belangrijkste reden voor het Hof om procedurele eisen in te lezen in het recht op leven, het folterverbod, het recht op respect voor privé- en familieleven en het eigendomsrecht lijkt te zijn dat dat deze procedurele eisen niet een-op-een terug zijn te voeren tot de procedurele eisen van artikel 6 EVRM. Evenmin is dit type eisen een-op-een te herleiden tot artikel 13 EVRM, hoewel hier wel meer raakvlakken zijn tussen de diverse procedurele eisen. Het Hof lijkt er dus voor te kiezen om extra bescherming te bieden onder de materiële artikelen waar dit onder de procedurele normen uit het EVRM niet mogelijk is.

Onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM heeft het Hof een breed scala aan procedurele eisen ontwikkeld. Veel van deze eisen betekenen in de praktijk dat het aan de uitvoerende autoriteiten van de Staat is om in actie te komen. Deze procedurele zorgvuldigheidsnormen die deze autoriteiten in acht moeten nemen, vinden we niet als zodanig terug in artikel 6 EVRM. Dit is niet alleen ingegeven door de rechterlijke fase waarop artikel 6 van het Verdrag primair betrekking heeft, maar ook doordat de procedurele eisen van de materiële Verdragsbepaling specifiek tot doel hebben om het materiële recht te effectueren. Het meest duidelijke voorbeeld in dit verband is de ‘gewone’ procedurele onderzoeksplicht onder de artikelen 2 en 3 EVRM. Het doel van de onderzoeksplicht onder artikel 2 EVRM ziet op de uitvoering van de nationale wetgeving waarin het recht op leven wordt beschermd. De bescherming van het recht op leven is bepalend geweest voor het type procedurele verplichtingen dat het EHRM vervolgens heeft geformuleerd. Zo heeft het identificeren van de verantwoordelijken en het tussentijds informeren van de nabestaanden over de voortgang van het onderzoek specifiek de bescherming van het recht op leven tot doel. Deze procedurele verplichtingen zijn dus sterk ingegeven door dit recht. De materiële positieve verplichtingen houden daarentegen zichtbaar (nog) sterk(er) verband met de merites van de zaak.⁸

Daarnaast zijn ook de overige procedurele eisen, met name onder artikel 8 EVRM en artikel 3 EVRM (soms in combinatie met artikel 13 EVRM) gericht op

8 Zie ook hoofdstuk 1, paragraaf 1.1. De procedurele onderzoeksplicht geldt overigens zowel in het geval dat de vermeende met artikel 2 EVRM strijdige handeling afkomstig is van Staatsagenten als in horizontale relaties (over de band van de positieve verplichtingen). Zie EHRM 14 maart 2002, zaaknr. 46477/99, par. 69 (*Paul en Audrey Edwards t. Verenigd Koninkrijk*). Later bevestigd in onder meer: EHRM 6 juli 2005, zaaknrs. 43577/98 en 43579/98, par. 110 (Grote Kamer) (*Nachova e.a. t. Bulgarije*) en EHRM 15 mei 2007, EHRC 2007, 83, m.nt. De Jonge, par. 321 (Grote Kamer) (*Ramsahai e.a. t. Nederland*), zoals genoemd in hoofdstuk 4, i.h.b. par. 4.3.1 (2 EVRM). Zie voor artikel 3 EVRM: hoofdstuk 5, i.h.b. par. 5.3.3.1.

de verwezenlijking van voormelde rechten. Van artikel 6 EVRM kan ook worden gezegd dat het tot doel heeft om de inhoudelijke rechten uit het Verdrag te effectueren. Belangrijk verschil echter met de procedurele zorgvuldigheidseisen die het Hof heeft ingelezen in een aantal materiële EVRM-bepalingen is dat veel van deze procedurele eisen in mindere mate algemeen van toepassing zijn. De procedurele onderzoeksplicht onder artikel 3 EVRM in asielzaken is bijvoorbeeld sterk ingegeven door de materie, en dit geldt ook voor het vereiste van het raadplegen van deskundigenrapporten in milieu gerelateerde kwesties of uithuisplaatsingszaken onder artikel 8 EVRM.⁹ Anders is dit in het geval van de procedurele waarborgen van het recht op een eerlijk proces onder artikel 6 EVRM, nu deze in een wijder verband tot de inhoud staan. De omstandigheden van het geval zijn in de voorfase veel meer van betekenis voor de toets aan de procedurele waarborgen dan dat het geval is in de fase voor de rechter waarin zich doorgaans geen nieuwe feiten meer kunnen voordoen. De fase kan dus ook een bepaald type procedurele verplichtingen verlangen.

Meer raakvlakken zijn er echter tussen artikel 13 EVRM en de procedurele eisen als onderdeel van de materiële EVRM bepalingen. Een eerste reden hiervoor is dat het recht op een effectief rechtsmiddel in beginsel een accessoir karakter heeft, en daarmee in combinatie met een ander inhoudelijk EVRM-recht moet worden ingeroepen. Daarnaast kleurt artikel 13 EVRM mee met het recht dat in het geding is. Dit maakt dat op grond van artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 2 EVRM van de Staat kan worden verlangd dat een effectief officieel onderzoek naar de doodsoorzaak wordt gestart. Ook in combinatie met artikel 3 EVRM hebben we kunnen zien dat artikel 13 EVRM diverse procedurele verplichtingen genereert voor de Staten. Zo ook in combinatie met artikel 8 EVRM, waar het de toegang tot persoonlijke/vertrouwelijke informatie betreft en de mogelijkheid om een afwijzingsbesluit aan te vechten. Hoewel de invulling van artikel 13 EVRM mede afhankelijk is van de omstandigheden van het geval en het recht dat op het spel staat, roept dit artikel doorgaans¹⁰ geen procedurele zorgvuldigheidsverplichtingen in het leven voor de uitvoerende autoriteiten. Hooguit dus in combinatie met een materieel artikel. Voor de effectuering van bepaalde materiële rechten volstaat een nationaal effectief rechtsmiddel dus niet altijd. Artikel 13 EVRM wordt niet overbodig, ondanks de op punten vergelijkbare procedurele eisen onder de materiële EVRM-rechten.

9 Opgemerkt moet worden dat in kader van het leerstuk van de positieve verplichtingen de materiële positieve verplichtingen in vergelijking met de procedurele positieve verplichtingen meer verband houden met de inhoud, en de procedurele eisen dan meer algemeen en sneller voor herhaaldelijke toepassing vatbaar zijn. Dit laat echter onverlet dat de positieve procedurele verplichtingen sterk worden beïnvloed door het materiële recht dat op het spel staat.

10 Uitzonderingen zijn te vinden in asielzaken waarin het Hof zelfstandig onder artikel 13 EVRM procedurele eisen formuleert ten aanzien van de toegankelijkheid van de asielprocedure. Zie par. 5.4 van hoofdstuk 5, en de bespreking van door Reneman geannoteerde uitspraken (o.m. *Singh e.a. t. België*).

Zeker niet nu een toegankelijke procedure, inclusief de mogelijkheid een rechtsmiddel aan te wenden tegen een besluit, onder een materiële EVRM-bepaling nog altijd lijkt te zijn ingegeven door het vereiste van een effectief rechtsmiddel onder artikel 13 EVRM. Artikel 13 kan dan in het kader van de toets aan het materiële recht worden meegenomen, en het materiële recht kleurt dan de toepassing. Overigens toetst het Hof niet in alle gevallen altijd aan beide bepalingen en de jurisprudentie is niet consistent op dit punt.

Het specifieke karakter van de zaken onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en 1 EP EVRM heeft ertoe geleid dat het EHRM onder deze artikelen procedurele eisen heeft geformuleerd om deze rechten te effectueren. De procedurele bescherming die met deze procedurele eisen is beoogd te bieden aan de rechtszoekende, wordt niet geboden door de artikelen 6 en 13 EVRM. Op dit punt schieten de artikelen 6 en 13 EVRM tekort in hun procedurele bescherming ten aanzien van deze materiële rechten. Deze leemte heeft het Hof opgevuld door procedurele zorgvuldigheidsnormen en onderzoeksplichten te formuleren onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM. Deze nieuwe procedurele eisen zijn van meerwaarde ten opzichte van de bestaande procedurele eisen onder artikel 6 en 13 EVRM.

8.3 HET ONDERSCHIED TUSSEN ABSOLUTE RECHTEN EN RELATIEVE RECHTEN EN DE INVLOED VAN HET MATERIËLE RECHT OP DE PROCEDURELE WAARBORGEN

In het licht van dit onderzoek is het interessant om te kijken naar de invloed van het absolute of relatieve karakter van het recht op de procedurele eisen die het Hof oplegt aan de Staat. Leidt het absolute karakter van het recht automatisch tot extra bescherming? Of zijn er andere factoren van invloed? In het verlengde hiervan ligt de vraag wat de mogelijke invloed is van het materiële recht op de procedurele verplichtingen.

Absoluut vs. relatief

Vooropgesteld moet worden dat het lastig is om het tweetal absolute rechten te vergelijken met de twee relatieve rechten, omdat de aard van de rechten per definitie andere type geschillen oplevert. Het is niet toegestaan om het recht op leven te beperken (in beginsel)¹¹ noch om een uitzondering te maken op het folterverbod. Anders is dit bij de artikelen 8 EVRM en 1 EP EVRM waarbij aan de hand van drie cumulatieve voorwaarden een beperking gerechtvaardigd kan zijn.¹² Met andere woorden: onder deze laatstgenoemde artikelen is dus ruimte voor een belangenafweging op nationaal niveau.

11 Zie voor toelaatbare beperkingen hoofdstuk 4.

12 Zie hierover de hoofdstukken 6 en 7.

Wanneer we dit onderscheid in beperkingsmogelijkheden toespitsen op de procedurele eisen die onder beide categorieën rechten kunnen gelden, worden de verschillen kleiner. Tegenover de afwezige beperkingsmogelijkheden onder de artikelen 2 en 3 EVRM staat de ruime *margin of appreciation* die de Staat toekomt onder het recht op privé- en familielevens en het recht op eigendom. Dit laatste weerhoudt het EHRM er echter niet van om toch onder artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM procedurele verplichtingen op te leggen aan de Staat. Dit betekent dat de procedurele bewegingsruimte onder deze artikelen niet ruim is, en de Staat in dezen geen ruime *margin of appreciation* toekomt. Deze ruimte ziet immers op inhoudelijke beleidskeuzes, en de procedurele eisen staan vanwege hun karakter in een verder verwijderd verband van de inhoud. Waar het de omvang van de procedurele beoordelingsruimte van de Staat betreft, zijn de verschillen tussen de artikelen 2 en 3 EVRM en de artikelen 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM dus kleiner. Kanttekening verdient nog wel dat de Staat onder laatstgenoemde artikelen nog steeds een belangenafweging *mag* maken en dat daarbij verschillende factoren een rol kunnen spelen die wel van invloed kunnen zijn op de uitkomst.¹³

Het materiële recht in relatie tot de procedurele toets

De mate van inmenging in het recht dat op het spel staat, is het meest van invloed op de procedurele waarborgen die het Hof van de Staat op nationaal niveau verlangt.¹⁴ Hoe ingrijpender dus de inmenging in het recht, hoe meer procedurele verplichtingen het Hof de Staat oplegt. Dit maakt dat de vraag of een absoluut recht wordt beperkt of een relatief recht dus minder van belang is. In die zin dat ook bij een niet-absoluut recht de mate van ingrijpendheid ervoor kan zorgen dat er veel procedurele waarborgen worden verlangd.

Het voorgaande heeft tot gevolg dat het Hof binnen een en hetzelfde niet-absoluut recht kan differentiëren in de procedurele bescherming die het op nationaal niveau verlangt. Het Hof kan dan dus een uiteenlopende toets verlangen onder hetzelfde recht. Wanneer bijvoorbeeld sprake is van een minder ingrijpende inmenging in iemands privéleven, zoals het geval in de Maltese zaak over overlast veroorzaakt door vuurwerkshows als onderdeel van jaarlijkse dorpsfeesten in de nabijheid van de woning van klagers¹⁵ zal het Hof minder procedurele eisen formuleren dan wanneer het gaat om een meer ingrijpende inmenging in het recht van ouders bij een uithuisplaatsing van hun minderjarige kind.¹⁶ Hetzelfde recht staat op het spel, de toets loopt uiteen. Een bevestiging van de stelling dat de ernst van de inmenging in het

¹³ Zie ook paragraaf 8.4.

¹⁴ Bovendien is een inmenging eerder ernstig als als het belang fundamenteel is. Zie hierover in het kader van artikel 8 EVRM hoofdstuk 6, paragraaf 6.6.

¹⁵ EHRM 22 november 2011, EHRC 2012, 41, m.nt. S.T. Ramnewash-Oemrawsingh (*Zammit Maempel t. Malta*).

¹⁶ EHRM 17 december 2002, NJ 2004, 632, m.nt. J. de Boer (*Venema t. Nederland*).

betreffende recht dus van invloed is op de striktheid van de toets aan de procedurele waarborgen kan naar mijn opvatting ook worden gevonden in de drie eigendomsregels die gelden onder het eigendomsrecht. Ook daar geldt: hoe ingrijpender de maatregel, hoe meer bescherming moet worden geboden aan de betrokkene. In het geval van ontneming moet op nationaal niveau dan bijvoorbeeld de mogelijkheid tot schadevergoeding bestaan. De ernst van de maatregel kan dus ook meer materiële implicaties hebben.

Het fundamentele karakter van een absoluut recht maakt overigens dat een inmenging in zo'n recht direct een schending oplevert, en als ingrijpend wordt gekwalificeerd. Ook onder een relatief recht werd dit verband zichtbaar: hoe vitaler en belangrijker¹⁷ het belang, hoe eerder de inmenging als ernstig is aan te merken. Zowel onder de absolute als relatieve rechten heeft dit gevolgen voor de procedurele eisen die het Hof dan stelt aan het doen en laten van de nationale autoriteiten. Het Hof toetst streng aan de naleving van de eisen. In dit geval vervaagt dus opnieuw het onderscheid tussen de vereiste procedurele bescherming onder absolute en relatieve EVRM-rechten.

Tot slot is het ook mogelijk dat onder artikel 8 EVRM de gezondheid van betrokkenen ernstig in gevaar kan komen, met eventueel dodelijke gevolgen. Hier gaat de bescherming van artikel 8 EVRM als het ware over in die van artikel 2 EVRM. Gelet op de ernstige gezondheidsgevaaren voor betrokkenen zal het Hof ook onder artikel 8 EVRM al strenger zijn ten aanzien van de procedurele eisen die het verlangt van de Staat.

Resumé

Voor de striktheid van de toets aan de procedurele eisen is de mate waarin de maatregel ingrijpt in het recht van betrokkene bepalender dan het specifieke materiële recht dat op het spel staat. Dit leid ik af uit de uiteenlopende procedurele bescherming die het Hof onder eenzelfde Verdragsrecht kan verlangen van de Staat. Dat een inmenging in een fundamenteel absoluut recht ingrijpend is, is meer bepalend voor de strengere toets van het Hof dan het absolute karakter ervan. Hoe ingrijpender de inmenging, hoe meer het EHRM op procedureel terrein van de Staat verlangt. Dit sluit aan bij het doel van het EHRM om op nationaal niveau zoveel mogelijk recht te doen aan de individuele rechtsbescherming in zaken waarin mensenrechten (ingrijpend) worden beperkt.

17 Denk hierbij ook aan het criterium 'intimate or key rights' in Roma-zaken. Dit criterium activeert een zorgvuldige besluitvorming met bijzondere aandacht voor deze kwetsbare groep waartoe Roma behoren.

8.4 FACTOREN DIE VAN INVLOED ZIJN OP DE PROCEDURELE EISEN ONDER MATERIËLE EVRM-RECHTEN

Voor de nationale autoriteiten is het praktisch om op de hoogte te zijn van omstandigheden die van invloed kunnen zijn op de toets aan de procedurele eisen als onderdeel van de materiële Verdragsbepaling. Bovendien is het voor de rechtszoekende (burger) nuttig om te weten wat de invloed is van deze omstandigheden op zijn rechtsbescherming in mensenrechten gerelateerde kwesties. In de voorgaande hoofdstukken is de casuïstische aard van de EHRM-jurisprudentie meerdere keren aan bod gekomen, en geïllustreerd aan de hand van diverse uitspraken van het Hof. In deze hoofdstukken is daarnaast eveneens zijdelings al gewezen op een aantal factoren dat van invloed kan zijn op de striktheid van de procedurele eisen als onderdeel van de materiële EVRM-bepalingen. Deze factoren bieden enerzijds handvaten voor zowel de nationale autoriteiten als de burger, en anderzijds heeft een aantal van deze factoren een meer alarmerende functie ten aanzien van de overheid. Ik zal dit toelichten.

Het meest helder en duidelijk zijn de beïnvloedingsfactoren te onderscheiden in de artikel 3 en 8 EVRM-jurisprudentie. In asielzaken onder artikel 3 EVRM zien we in de jurisprudentie een aantal van de onder artikel 8 EVRM genoemde factoren terug. Bij een voorgenomen uitzetting die potentieel in strijd komt met artikel 3 EVRM bestaat immers ook gevaar voor de factor onomkeerbare schade en dit voert de procedurele verplichtingen voor de nationale gezagsdragers op. Ook het belang van het kind en het behoren tot een kwetsbare groep zijn factoren die we in de 3 EVRM-asielzaken terug zien. Deze factoren spelen dan een rol bij het onderzoek op nationaal niveau naar de geloofwaardigheid van het asielrelaas.

In de conclusie van het artikel 8 EVRM-hoofdstuk¹⁸ is te lezen dat uit de EHRM-jurisprudentie een viertal factoren kan worden afgeleid.¹⁹ Hoewel deze factoren het meest duidelijk in de artikel 3²⁰ en 8 EVRM-rechtspraak zichtbaar zijn, zijn deze factoren potentieel ook in zaken van toepassing waarin andere EVRM-bepalingen op het spel staan.

In de eerste plaats speelt de vraag of sprake is van een fundamenteel recht een rol bij wat het Hof van de Staat verlangt ten aanzien van de procedurele verplichtingen. Indien iets van 'vital interest'²¹ is of wanneer het gaat om 'intimate or key rights'²² van betrokkene, kan dit reden zijn voor het Hof om de procedurele eisen op te schroeven.

18 Hoofdstuk 6, paragraaf 6.6.

19 Overige in de literatuur genoemde factoren zien op de 'reasonable knowledge' test of de 'fair balance' test. Deze worden echter niet genoemd in de tests bij procedurele onderzoeks- en rechtsbeschermingsverplichtingen.

20 Overigens ook artikel 2 EVRM, wanneer dit artikel in uitzettingszaken wordt ingeroepen.

21 Zie hoofdstuk 6, i.h.b. par. 6.3.4 en par. 6.5.

22 In Roma-zaken, zie hoofdstuk 6, paragraaf 6.3.3.

In de tweede plaats is de ernst van de inmenging in combinatie met de potentiële onomkeerbare schade een factor die als een alarmbel fungeert voor de nationale autoriteiten. In het geval van onomkeerbare schade of onomkeerbare beslissingen moeten de autoriteiten namelijk extra zorgvuldig te werk gaan. Daarnaast mag de burger meer van de Staat verwachten op procedureel vlak wanneer het gaat om een ernstige/ingrijpende inmenging, en dreigende onomkeerbare schade of een lastig terug te draaien besluit. In de vorige paragraaf kwam ook al aan de orde dat de mate van ingrijpendheid van de inmenging van invloed is op de wijze waarop de procedurele eisen dienen te worden nageleefd op nationaal niveau.

In de derde plaats kan gewezen worden op de factor 'behorend tot een kwetsbare groep'. Indien dit namelijk het geval is, kan dit tot gevolg hebben dat van de Staat meer wordt verwacht op procedureel vlak. Dit kan betekenen dat het feit dat het gaat om een persoon behorend tot een kwetsbare groep een rol dient te spelen in de nationale belangenafweging. Hoeveel gewicht dit dan toekomt, volgt niet altijd duidelijk uit de EHRM-jurisprudentie.

Met deze derde factor, houdt de vierde factor nauw verband. Het Hof hecht veel waarde aan het belang van het kind. Hetgeen in het beste belang van het kind is, dient de voorkeur te krijgen. Opnieuw is het Hof niet heel helder ten aanzien van de omvang van het gewicht dat het belang van het kind dient te krijgen in de nationale belangenafweging.

Voorgaande factoren kunnen extra zorgvuldig handelen van de nationale autoriteiten 'triggeren'. Deze factoren kunnen dan een rol spelen in de belangenafweging en/of de verplichting tot het doen van zorgvuldig onderzoek.

In veel mindere mate spelen deze factoren een rol in artikel 2 en 3 EVRM-zaken omdat het absolute karakter van deze artikelen geen ruimte laat voor een belangenafweging. De plichten onder artikel 2 EVRM zijn strenger op het moment dat de betrokkene zich onder de directe verantwoordelijkheid van de Staat bevindt. Zo kan het feit dat het gaat om een gevangene – ressorterend onder de macht van de Staat – tot gevolg hebben dat de plichten voor de Staat toenemen. Hij bevindt zich immers in een van de Staat afhankelijke positie en dat maakt hem kwetsbaar.

Resumé

Ondanks de casuïstische jurisprudentie van het Straatsburgse Hof kunnen de door mij genoemde factoren wel handvaten bieden voor zowel de nationale autoriteiten als de burger. De uitkomst van het oordeel dat Straatsburg zal geven, blijft lastig te voorspellen. Uit de aanwezigheid van een of meer factoren kan echter wel worden afgeleid dat procedurele waakzaamheid aan de zijde van de nationale autoriteiten dan geboden is. In de gevallen dat een (of meerdere) van deze factoren aan de orde is (/zijn) betekent dit doorgaans voor de Staat een extra verplichting een procedurele stap te zetten. Omgekeerd betekent de aanwezigheid van deze factoren voor de burger een uitgebreidere procedurele bescherming. Wanneer een Staat deze factoren in zijn nationale

systeem verankert, en het dus mogelijk maakt om onder omstandigheden af te wijken van gestandaardiseerde besluitvorming, is hij in het licht van het EVRM minder kwetsbaar.

8.5 CONCLUSIE

Dit hoofdstuk had tot doel een nadere analyse te bieden van de bevindingen uit de voorgaande hoofdstukken. Aan de hand van een drietal vragen is deze nadere analyse vormgegeven.

De belangrijkste reden voor het Hof om onder de materiële artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM procedurele eisen te formuleren is ingegeven door de tekortschietende bescherming van artikel 6 en 13 EVRM op dit punt. De procedurele eisen van de materiële artikelen zijn ‘eigen’ aan deze artikelen. Dit maakt het niet in alle gevallen mogelijk – zeker niet waar het de eisen betreft die *de facto* zien op de voorfase – om deze eisen af te leiden uit de artikelen 6 en 13 EVRM. Niet alleen ziet artikel 6 EVRM in principe slechts op de rechterlijke fase, ook is het type eisen dat het Hof onder de materiële artikelen heeft gecreëerd niet een-op-een te herleiden tot de eisen van artikel 6 EVRM. Meer overeenkomsten zijn er tussen artikel 13 EVRM en de procedurele verplichtingen van de materiële EVRM-bepalingen. Artikel 13 EVRM is immers een accessoir recht. Toch roept artikel 13 EVRM in principe niet zelfstandig procedurele zorgvuldigheidsnormen voor de Staat in het leven.

De beperkingsmogelijkheden voor de Staat onder de absolute- en relatieve rechten lopen uiteen. Onder beide categorieën rechten heeft het EHRM echter procedurele eisen geformuleerd. Wanneer de procedurele eisen dus als vertrekpunt dienen, worden de verschillen ten aanzien van de procedurele beoordelingsruimte tussen absolute- en relatieve rechten kleiner. De ruime *margin of appreciation* die het Hof de Staten laat onder artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM ziet immers op de *inhoudelijke* beoordelingsruimte. Dit laat onverlet dat hier wel (of eigenlijk: juist) procedurele eisen gelden

De mate waarin de maatregel op het recht van betrokkene ingrijpt, is het meest van invloed op de procedurele verplichtingen waaraan de Staat moet voldoen. Niet het materiële recht dat wordt aangetast is bepalend voor de striktheid van de toets van het Hof aan de procedurele verplichtingen in de nationale procedure, maar de mate waarin het ingrijpt in het recht. Het Hof kan hierbij dus binnen een en hetzelfde relatieve recht differentiëren. Of het dan gaat om een inmenging in een absoluut recht of een relatief recht wordt in dit verband minder van belang. Een inmenging in een absoluut recht is vanzelfsprekend per definitie sneller ingrijpend van aard. Dit geldt ook voor een inmenging in een door het Hof onder artikel 8 EVRM als vitaal belang aangemerkt deelbelang.

Tot slot is een viertal factoren genoemd die fungeren als handvaten en alarmbellen voor de nationale autoriteiten en rechtszoekende. Deze factoren

maken het mogelijk om in meer algemene zin uitspraken te doen over de jurisprudentie van het Hof, los(ser) van de omstandigheden van het geval. De eerste factor ziet op de aanwezigheid van een fundamenteel recht. Het gaat hierbij in het bijzonder om de vraag of sprake is van een inmenging in een 'vital interest' of 'intimate or key rights' van betrokkene. De tweede factor is een combinatie van de ernst van de inmenging in het recht en de potentiële onomkeerbare schade. De derde en vierde factor zien op het behoren tot een kwetsbare groep en het (beste) belang van het kind. De aanwezigheid van een (of meerdere) van deze factoren is voor het EHRM reden om de procedurele touwtjes aan te trekken.

De 'proceduralisering' van materiële rechten verruimt het aantal verplichtingen waaraan de Staten zich moet houden. Daarnaast breidt deze tendens niet alleen het type verplichtingen uit (veelal gericht tot het uitvoerende orgaan), maar ook de terreinen waarop procedurele verplichtingen kunnen gelden. Over de band van artikel 8 EVRM, artikel 3 EVRM en artikel 13 EVRM heeft het Hof het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM (ondanks het verbod) namelijk in sommige gevallen doorgetrokken naar het vreemdelingenrecht (asielzaken en gezinsherenigings/vormingszaken). Via artikel 1 EP EVRM zijn sommige 6 EVRM-eisen van betekenis geworden voor belastinggeschillen. Een Straatsburg-conforme nationale procedure verlangt dat de verschillende actoren ook op de hoogte zijn van de uit de EHRM-jurisprudentie voortvloeiende verplichtingen. Dit dus naast de uit het Verdrag voortkomende procedurele eisen. In het bijzonder waar het de 'proceduralisering' van materiële Verdragsrechten betreft.

DEEL II

De toetsingspraktijk van het EHRM onder de
artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM

9 | Aanleiding en opbouw deel II

9.1 INLEIDING, AANLEIDING EN PROBLEEMSTELLING

In deel I ben ik uitgebreid ingegaan op de procedurele waarborgen die het Hof heeft ingelezen in de materiële verdragsartikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM. Centraal in dit eerste deel stond dus wat het Hof op het terrein van rechtsbescherming verlangt van de nationale uitvoerende autoriteiten in de besluitvormingsprocedure en van de nationale rechters in de rechterlijke procedure. Uit de bestudering van de Straatsburgse jurisprudentie is duidelijk geworden dat veel van deze procedurele plichten lijken te zijn gericht tot de uitvoerende autoriteiten van de Staten, en veelal zien op de kwaliteit van de nationale besluitvormingsprocedure.¹

Om een compleet beeld te geven van de potentiële invloed van de EHRM-jurisprudentie zijn niet alleen de procedurele waarborgen als onderdeel van de materiële Verdragsbepalingen van belang. Ook de toetsingspraktijk van het Hof zelf is relevant. In die zin dat ook uit de wijze waarop het Hof de vermeende EVRM-schending beoordeelt, procedurele implicaties kunnen voortvloeien die mogelijk van belang zijn voor het procesrecht van de Staten en de nationale rechtsbescherming. In tegenstelling tot de procedurele waarborgen die het Hof heeft ingelezen in de materiële EVRM-artikelen zijn de procedurele implicaties die voortkomen uit de toetsingspraktijk van het Hof zelf indirecter van aard. Hoewel Staten in beginsel niet direct gehouden zijn om Straatsburg te volgen in hoe het omgaat met klachten, kan de wijze waarop het Hof de klachten behandelt wel als inspiratie dienen voor de nationale autoriteiten bij de inrichting van hun nationale procesrecht.² Bovendien kan de klachtbeoordeling door het EHRM ertoe leiden dat het Hof tot een schending komt,

1 Voor een beschrijving van zowel de diverse procedurele eisen waaraan de besluitvormingsprocedure moet voldoen als de procedurele eisen die gelden in de fase voor de rechter, zie de hoofdstukken 4 tot en met 7. Voor de analyse van deze procedurele eisen, zie hoofdstuk 8.

2 Vgl. voor de indirecte verplichting die op de Staat rust om de wetgeving/beslissingen/rechterlijke oordelen conform de EVRM-interpretatie van het Hof vorm te geven: Gerards 2017. In deze studie vormen de feitenvaststelling en de bewijspraktijk van het EHRM echter het vertrekpunt bij de beantwoording van de tweede onderzoeksvraag. De door het EHRM gebruikte interpretatiemethoden en de indirecte verplichtingen die deze potentieel met zich brengen, vallen derhalve buiten het bereik van deze studie.

die eerder in de nationale procedure niet door de autoriteiten kon worden geadresseerd. Daarnaast is het voor nationale rechters wellicht mogelijk om bij het beoordelen van een vermeende mensenrechtenschending al te anticiperen op hoe de klacht in Straatsburg zal worden beoordeeld. Op deze manier hoeven de (hoogste) nationale rechters niet af te wachten hoe de toets door het EHRM uitpakt, maar kunnen zij ook op nationaal niveau meer conform de Straatsburgse toetsingswijze mogelijke mensenrechtenschending beoordelen en een schending onder het EVRM voor zijn.

In deel II van dit onderzoek neem ik de toetsingspraktijk van het Hof zelf dus onder de loep. Ter voorbereiding heb ik diverse (voormalig) voor het EHRM werkzame personen geïnterviewd.³ Aan de hand van deze interviews en de bestudering van de uitspraken van het Hof beantwoord ik in dit deel de tweede onderzoeksvraag van deze studie: welke indirecte procedurele implicaties volgen uit de toetsingswijze van het Hof zelf onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM? Het begrip toetsingswijze (of toetsingspraktijk) omvat ook de procesgang voor het Hof. Onder omstandigheden kan het Hof bijvoorbeeld meer ruimte bieden aan de klager of uit eigen beweging een onderzoek naar de feiten starten in bepaalde zaken. Ook kan het Hof soms andere bewijsregels hanteren dan de bewijsregels die in de nationale procedure zijn toegepast. Deze onderzoeksvraag wordt in de hierna volgende hoofdstukken voor de feitenvaststelling (en de missies daartoe) en de omgang met bewijs(regels) door het Hof per EVRM-artikel beantwoord. Daarnaast zal, net als in deel I van deze studie, in de aparte hoofdstukken ook de derde onderzoeksvraag van deze studie worden beantwoord. Bij deze vraag gaat het om de mogelijke toegevoegde waarde van deze indirecte procedurele implicaties ten opzichte van de procedurele eisen van de artikelen 6 en 13 EVRM.⁴

9.2 OPBOUW DEEL II

De opbouw van deel II is als volgt. Allereerst volgt een hoofdstuk over de toetsingspraktijk van het EHRM. In dit hoofdstuk zoom ik in op de feitenvaststelling (en de missies daartoe) van het Hof onder – opnieuw – de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM (hoofdstuk 10). Daarna ga ik in op de bewijsregels onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM (hoofdstuk 11). In het laatste hoofdstuk van dit deel worden concluderend de tweede en derde onderzoeksvraag beantwoord (hoofdstuk 12).

3 Zie de vragenlijst en de respondenten achterin dit onderzoek.

4 Zie voor deze vragen: hoofdstuk 1, paragraaf 1.2.

10.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk zoom ik in op het vaststellen van de feiten door het EHRM op basis van de schriftelijke stukken of een *fact-finding mission*. In aansluiting op de hoofdvraag van deel II, luidt de centrale vraag in dit hoofdstuk: welke indirecte procedurele implicaties volgen uit de feitenvaststellingspraktijk van het Hof zelf onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM? Daarnaast wordt ook de derde onderzoeksvraag in dit hoofdstuk beantwoord, voor zover het gaat om de vraag of deze indirecte procedurele implicaties mogelijk van toegevoegde waarde zijn ten opzichte van de procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM.

Hoewel het vaststellen van de feiten en bewijs-gerelateerde zaken nauw met elkaar verband houden, heb ik ervoor gekozen om deze onderwerpen in afzonderlijke hoofdstukken te behandelen. Een aparte behandeling van deze thema's is bevorderlijk voor een goed begrip van de feitenvaststelling en de toepassing van de bewijsregels. Dit laat onverlet dat er op sommige punten enige overlap zal zijn.¹

Ter beantwoording van de onderzoeksvragen zal aandacht worden besteed aan de volgende vragen. Wanneer gaat het Hof zelfstandig over tot het vaststellen van de feiten of start het zelfs een *fact-finding mission*? Is dit in lijn met de taakstelling van het Hof?² Of niet, maar is dit toch te rechtvaardigen? Bijvoorbeeld omdat het gaat om een zeer ingrijpende inmenging. Of is het juist de toekomstige situatie die een actief optreden van het EHRM kan legitimeren? In hoeverre kunnen de nationale autoriteiten hier in de nationale procedure al op anticiperen?

1 Dit zien we bijvoorbeeld bij de geloofwaardigheidstoets van het asielrelaas, zie hoofdstuk 11, paragraaf 11.5.1.

2 Over de taakopvatting van het Hof kan gezegd worden dat het zowel een supranationaal/subsidiair Hof is als een mensenrechtenhof (gericht op het beschermen van de individuele mensenrechten) en een (semi-)constitutioneel Hof, Aldus Leijten (Leijten 2015, p. 30-31). Deze drie taakopvattingen kunnen in sommige gevallen leiden tot uiteenlopende en onverenigbare verwachtingen (zie p. 31 e.v. van Leijten 2015 en zie ook Gerards 2014, p. 15 e.v.)

Een groot deel van dit hoofdstuk is gebaseerd op het onderzoeksrapport van Leach e.a. uit 2009³ waarin zij de *fact-finding missions* van de voormalige ECieRM en het Hof hebben geanalyseerd. Hoofddoel van dit onderzoek was om de effectiviteit van de door het Hof ondernomen *fact-finding hearings* (het ondervragen van getuigen) en *on the spot investigations* (onderzoek ter plaatse: i.e. in het betreffende land) te analyseren en te evalueren.⁴ Het onderzoek van Leach e.a. is omvangrijk en uitvoerig, en nadien is er geen vergelijkbaar omvangrijk en uitvoerig onderzoek gedaan naar de *fact-finding missions* van het Hof. Dit is de reden dat de bevindingen uit dit onderzoeksrapport als een belangrijk uitgangspunt dienen voor dit hoofdstuk.

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Om te beginnen zal ik de positie van het Hof schetsen (paragraaf 10.2), gevolgd door het beoordelingskader dat het Hof hanteert (paragraaf 10.3). Bij dit laatste besteed ik ook aandacht aan de twee fasen als onderdeel van de beoordeling door het Hof en het feit dat het Hof nauwelijks hoorzittingen organiseert. Tot slot volgen enkele (kritische) vragen bij de toetsingspraktijk van het Hof zelf in vergelijking met wat het van de Staten verlangt. Na deze meer inleidende paragrafen, volgt de feitenvaststelling door het Hof en de bespreking van een aantal *fact-finding tools* waarover het Hof beschikt (paragraaf 10.4). Vervolgens ga ik uitgebreider in op de *fact-finding missions* van het EHRM (paragraaf 10.5). Gevolgd door de kern van dit hoofdstuk: de feitenvaststelling van het EHRM onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM (paragraaf 10.6). Daarna volgt een paragraaf over de indirecte procedurele implicaties van de feitenvaststellingspraktijk van het Hof in relatie tot de artikelen 6 en 13 EVRM, en de mogelijke toegevoegde waarde daarvan (paragraaf 10.7). De eerder gestelde vragen worden tot slo beantwoord in de conclusie (paragraaf 10.8).

10.2 HET EHRM ALS 'GRENSRECHTER'

De positie van het Hof is een bijzondere en kan, in navolging van een van de geïnterviewden voor dit onderzoek, worden getypeerd als die van 'grens-

3 Leach e.a. 2009. Het onderzoeksrapport is van the Human Rights and Social Justice Research Institute van de London Metropolitan University. Het project is gefinancierd door de Nuffield Foundation (Leach 2009, p. 3). 'The Nuffield Foundation is a charitable trust established by Lord Nuffield. Its widest charitable object is 'the advancement of social well-being'. The Foundation has long had an interest in social welfare and has supported this project to stimulate public discussion and policy development.', zo is te lezen in het rapport. De disclaimer sluit af met: 'The views expressed are however those of the authors and not necessarily those of the Foundation'. De onderzoekers Leach, Paraskeva en Uzelac waren ten tijde van het onderzoek allen verbonden aan de London Metropolitan University.

4 Leach e.a. 2009.

rechter.⁵ In de eerste plaats is de positie van het Hof bijzonder en bovendien begrensd, omdat de rechters in Straatsburg er niet zitten om een oordeel te geven over de feiten. Treffend is het volgende citaat van een van de medewerkers van het EHRM:

‘De rechters van het EHRM gaan puur voort op wat er op nationaal niveau gebeurd is. De rechters nemen ook niet de beslissing ten gronde. Ze zeggen alleen of wat er gebeurd is verenigbaar is met de mensenrechten. De rechters kunnen zelfs geen beslissingen vernietigen. Puur afstandelijk onderzoek op basis van een situatie die – los van de artikel 2 en 3 EVRM zaken – eigenlijk verstaend is op het ogenblik dat het bij het Hof terecht komt.’⁶

Voor al dit laatste, dat de situatie verstaend is op het moment dat het EHRM de klacht moet beoordelen, geeft de (bijzondere) positie van het Hof helder weer en toont aan dat het Hof dus geen ‘fourth instance’ is.⁷ Het Hof kijkt niet opnieuw naar de feiten. Het Hof oordeelt evenmin over de interpretatie en toepassing van het nationale recht of over de toelaatbaarheid van het bewijs in de nationale rechterlijke procedure.⁸ De taak van het Hof is dus begrensd.

5 Een van de respondenten gebruikte deze term tijdens een van de interviews om de rol van het Hof te duiden.

6 Citaat afkomstig uit een van de interviews gehouden in maart 2013 met diverse (voormalig) medewerkers van het EHRM in antwoord op de vraag (vraag 4, zie vragenlijst interviews) naar het geringe aantal hoorzittingen voor het Hof (zie ook verderop in dit hoofdstuk).

7 Haeck & Herrera 2011, p. 146-147. Anders en kritisch i.h.b. ten aanzien van de uitbreidende rol van het Hof in asielzaken: Bossuyt 2012, en ook recenter: Bossuyt 2014; Bossuyt 2015.

8 Zie de Practical Guide on Admissibility Criteria 2014: (http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf) van het EHRM, p. 83. Te raadplegen via: www.echr.coe.int. Zie ook: EHRM 21 januari 1999, zaaknr. 30544/96, par. 28 (Grote Kamer) (*Garcia Ruiz t. Spanje*): ‘In so far as the applicant’s complaint may be understood to concern assessment of the evidence and the result of the proceedings before the domestic courts, the Court reiterates that, according to Article 19 of the Convention, its duty is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting Parties to the Convention. In particular, it is not its function to deal with errors of fact or law allegedly committed by a national court unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention. Moreover, while Article 6 of the Convention guarantees the right to a fair hearing, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence or the way it should be assessed, which are therefore primarily matters for regulation by national law and the national courts.’ Van latere datum: EHRM 15 januari 2007, zaaknr. 60654/00, par. 89 (Grote Kamer) (*Sisojeva e.a. t. Letland*): ‘In that connection it reiterates that, in accordance with Article 19 of the Convention, its sole duty is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting Parties to the Convention. In particular, it is not its function to deal with errors of fact or law allegedly committed by a national court or to substitute its own assessment for that of the national courts or other national authorities unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention (...). In other words, the Court cannot question the assessment of the domestic authorities unless there is clear evidence of arbitrariness, which there is not in the instant case.’

De term ‘fourth instance’ is niet als zodanig terug te vinden in de tekst van de Conventie, maar is in de jurisprudentie ontwikkeld en behoort inmiddels tot vaste Straatsburgse rechtspraak.⁹ In de woorden van het Hof:

‘In principle, and without prejudice to its power to examine the compatibility of national decisions with the Convention, *it is not the Court’s role to assess itself the facts which have led a national court to adopt one decision rather than another*. If it were otherwise, the Court would be acting as a court of third or fourth instance, which would be to disregard the limits imposed on its action [cursivering: TdJ].’¹⁰

Wat maakt de positie van het Hof nog meer bijzonder en die van een ‘grensrechter’? Kenmerkend voor het toezicht van het Hof is verder dat dit subsidiair is.¹¹ Dit principe vindt zijn grondslag in het feit dat (i) de nationale autoriteiten beter in staat zijn om de belangenafweging (individueel tegenover het algemene belang) te maken en daarnaast (ii) zijn de Staten vrij om meer bescherming te bieden dan het minimumniveau geboden door het EHRM (artikel 53 EVRM).¹² Het subsidiaire karakter van het toezichtsmechanisme van het Straatsburgse Hof vinden we ook terug in andere Verdragsartikelen (naast artikel 53 EVRM). Zo is de strekking van artikel 1 EVRM dat het aan de Verdragsstaten is om de rechten en vrijheden van hun onderdanen te verzekeren. De Staten zijn vrij om te kiezen op welke wijze zij dit doen. Op grond van artikel 13 EVRM geldt dat naar nationaal recht moet zijn voorzien in een effectief rechtsmiddel. Opnieuw geldt ook hier dat het EHRM de Staten ruimte laat bij de invulling en vormgeving van dit rechtsmiddel. Tot slot kan gewezen worden op artikel 35 EVRM: pas *na* uitputting van de nationale rechtsmiddelen staat de weg naar Straatsburg open.¹³

Nauw verband met het subsidiaire toezicht door het EHRM houdt de *margin of appreciation* doctrine.¹⁴ Op grond van deze doctrine wordt aan de Staten ruimte gelaten bij het beoordelen van onder meer politiek en sociaal economisch gevoelige kwesties. Deze doctrine verklaart dus tegelijkertijd de soms terughoudende opstelling van het Hof. Diverse factoren zijn van invloed op de omvang van de *margin of appreciation*.¹⁵

9 Zie de Practical Guide on Admissibility Criteria 2014: (http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf) van het EHRM, p. 83.

10 EHRM 24 november 1994, zaaknr. 17621/91, par. 44 (*Kemmache t. Frankrijk*).

11 Zie ook Mowbray over dit beginsel en het EVRM (Mowbray 2015).

12 Vgl. Haec & Herrera 2011, p. 108; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 24; Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 13; Leach 2011, p. 159-160.

13 Hack & Herrera 2011, p. 109-110; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 27; Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 12 e.v. Zie ook over het subsidiariteitsprincipe en het EVRM: Mowbray 2015, p. 1-29.

14 Vgl. Den Houdijker 2012, p. 251; Leach 2011, p. 160; Haec & Herrera 2011, p. 133.

15 Zie voor een heldere uiteenzetting van deze factoren: Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 25-26 en Haec & Herrera 2011, p. 139-146. EHRM 7 december 1976, zaaknr. 5439/72, par. 48 (Grote Kamer) (*Handyside t. Verenigd Koninkrijk*). Zie over de *margin of appreciation*

In deel I van dit onderzoek ben ik ook onder de artikelen 8 EVRM en 1 EP EVRM ingegaan op deze doctrine¹⁶ en daarom ga ik hier op deze plek niet uitvoerig in. De vormgeving en invulling van het procesrecht ligt überhaupt minder politiek en sociaal gevoelig in vergelijking met meer inhoudelijke keuzes. Bij het maken van deze inhoudelijke economische en politieke (beleids)-keuzes geeft het Hof de Staten doorgaans meer (beoordelings)ruimte.

Illustratief tot slot voor het belang dat de landen hechten aan het subsidiariteitsbeginsel en de *margin* is het in Protocol Vijftien opgenomen voorstel om deze beginselen op te nemen in de preambule bij het Verdrag.¹⁷ Naar mijn opvatting heeft deze codificatie vooral een symbolische waarde: deze beginselen behoren tenslotte al tot de standaardjurisprudentie van het Hof.

Overigens is in 2013 naast dit Vijftiende Protocol ook Protocol Zestien tot stand gekomen.¹⁸ In Protocol 16¹⁹ is onder meer het volgende bepaald:

‘Highest courts and tribunals of a High Contracting Party (...) may request the Court to give advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols thereto.’²⁰

Het vragen om een ‘advisory opinion’ vertoont overeenkomsten met de prejudiciële procedure voor het Hof van Justitie in Luxemburg.²¹ Een belangrijk verschil met de prejudiciële procedure in Luxemburg is dat voor het EHRM alleen de hoogste nationale rechter om een advies kan vragen. Dit maakt dat het langer kan duren voordat er duidelijkheid komt over interpretatiekwesaties rond EVRM-bepalingen, en ook dat minder kwesaties het EHRM zullen bereiken.²²

ook de recentere uitgave van Barkhuysen & Van Emmerik: Barkhuysen & Van Emmerik 2017, op p. 22-28, p. 123, p. 143 e.v.

16 Zie hoofdstuk 6 en 7.

17 Zie Stb. 2015, 228, Goedkeuring Protocol 15 EVRM.

18 Glas 2015, p. 58-61

19 Link naar de tekst: http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_ENG.pdf. Nederland heeft Protocol 16 tot op heden (maart 2017) nog niet goedgekeurd: *Kamerstukken II*, 34 235, 7 (NV).

20 Artikel 1 Protocol 16.

21 Protocol Zestien treedt in werking als tien Staten het Protocol hebben ondertekend en geratificeerd, voor zover het gaat om de betrokken Staten, zie: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/reform&c=>

22 Zie het NJB-voorstel van Wattel (Wattel 2016). Wattel pleit verder voor een nationaal grondwettelijk toetsingskader, en dus opheffing van het toetsingsverbod ex artikel 120 Gw op grond waarvan formele wetten nu niet aan de Grondwet, maar alleen (ex artikel 93/94 Gw) aan een ieder verbindende internationale bepalingen kunnen worden getoetst. Dit zou de bescherming van grondrechten op nationaal niveau vergroten, en daarmee niet beperkt blijven tot de (beperkte) bescherming die het EVRM biedt.

Bij het schetsen van de context van het Hof valt op dat de nadruk toch vooral lag op wat het EHRM *niet* is. Zo is het Hof geen feitenrechter en begrenzen de *margin of appreciation* en het subsidiariteitsbeginsel de rechtsprekende taak van het Hof. Hoewel de hoofdvraag van deel II juist ziet op wat *wel* uit de toetsingspraktijk van het Hof is af te leiden, is het goed om de bijzondere positie van het Hof daarbij niet uit het oog te verliezen.

10.3 BEOORDELINGSKADER VAN HET EHRM

Het beoordelingskader van het EHRM bestaat uit de volgende bronnen: het EVRM, de case law van het Hof, de Rules of Court (Procesreglement van het Hof),²³ de Annex to the Rules en in mindere mate de Practice Directions.²⁴

Het Procesreglement van het Hof geeft regels over onder meer de benoeming van de rechters in het Hof, de organisatie van de registry (de griffie), de toewijzing van de zaken, de ontvankelijkheidsprocedure etc.²⁵ In de Annex to the Rules vervolgens gaat het over de onderzoeksbevoegdheden van het Hof zelf.²⁶ De Practice Directions ten slotte bieden praktische informatie over onder meer de start van een klachtprocedure voor het Hof en het verzoek om een voorlopige maatregel.

Bieden deze bronnen aanknopingspunten voor de procedurele beoordeling van het Hof? Het EVRM en de jurisprudentie van het Hof zijn leidend bij de procedurele beoordeling van de klacht door het Hof. De procedurele beoordeling van de klacht is dus niet direct terug te voeren tot het Procesreglement, of de Annex to the Rules noch tot de Practice Directions. Dit is bevestigd in de gehouden interviews waarbij de volgende vraag is gesteld: 'Welke procedurele regels naast de 'Rules of Court' en de 'Annex to the Rules' neemt het Hof in acht bij het beoordelen van een vermeende mensenrechtenschending?'²⁷ Het antwoord van alle respondenten luidde stevast: 'de Conventie' en de 'case law'.²⁸ De leidende rol van het EVRM en de case law zelf wordt ook duidelijk in het hierna volgende waarin het gaat om de beoordeling van de ontvankelijkheid en de merites van de klacht. Tegelijkertijd zou kunnen worden gezegd dat het Procesreglement wel van belang is voor onder meer de ontvan-

23 Per 1 januari 2016 treden de nieuwe Rules of Court inwerking, waarin Rule 47 (vereisten die worden gesteld aan verzoekschrift) op enkele punten is gewijzigd. Zie: http://www.echr.coe.int/Documents/Rule_47_info_2016_ENG.pdf. In aansluiting hierop worden ook de Practice Directions op enkele punten gewijzigd.

24 Genoemde bronnen zijn te raadplegen via de website van het Hof: http://www.echr.coe.int/echr/Homepage_EN.

25 Het Procesreglement bestaat uit de volgende vier titels: (I) Organisation and Working of the Court, (II) Procedure, (III) Transitional Rules en (IV) Final Clauses.

26 Zie ook verderop in dit hoofdstuk.

27 Zie voor deze, en andere vragen, de vragenlijst aan het einde van dit boek.

28 Het gaat hier dus om een eenduidig antwoord van alle negen respondenten.

kelijkheidsprocedures en het toedelen van de zaken. Daarmee is het indirect ook van belang voor het beoordelen van de klacht.

10.3.1 Ontvankelijkheid van de klacht en de beoordeling ten gronde

De behandeling van de klacht kan worden opgeknipt in twee fases. Ten eerste de ontvankelijkheid van de klacht waarbij artikel 34 en 35 EVRM het toetsingskader vormen. Ten tweede de beoordeling van de klacht ten gronde, waarbij de in het geding zijnde EVRM-bepaling(en) en het feitencomplex het toetsingskader vormen. Vaak gaan deze fases samen. Wanneer de klacht ontvankelijk is (fase 1), gaat het Hof vervolgens in op de *merites* van de zaak (fase 2) en resulteert dit in een 'judgment'.

(i) *Artikel 34 en 35 EVRM: ontvankelijkheid*

Artikel 34 en artikel 35 EVRM vormen het vertrekpunt bij de vraag naar de ontvankelijkheid van de ingediende klacht. Deze artikelen kunnen worden gezien als 'toegangskaat' tot het Hof: de klager moet slachtoffer zijn (artikel 34 EVRM) en indien aan een van de cumulatieve voorwaarden uit artikel 35 EVRM niet is voldaan zal het Hof de klacht niet ontvankelijk verklaren.²⁹

'Artikel 34 EVRM

Het Hof kan verzoekschriften ontvangen van ieder natuurlijk persoon, iedere niet-gouvernementele organisatie of iedere groep personen die beweert slachtoffer te zijn van een schending door een van de Hoge Verdragsluitende Partijen van de rechten die in het Verdrag of de Protocolen daarbij zijn vervat. De Hoge Verdragsluitende Partijen verplichten zich ertoe de doeltreffende uitoefening van dit recht op generlei wijze te belemmeren.

Artikel 35 EVRM

1. Het Hof kan een zaak pas in behandeling nemen nadat alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput, overeenkomstig de algemeen erkende regels van internationaal recht, en binnen een termijn van zes maanden na de datum van de definitieve nationale beslissing.

2. Het Hof behandelt geen enkel individueel verzoekschrift, ingediend op grond van artikel 34, dat

(a) anoniem is; of

(b) in wezen gelijk is aan een zaak die reeds eerder door het Hof is onderzocht of reeds aan een andere internationale instantie voor onderzoek of regeling is voorgelegd en geen nieuwe feiten bevat.

29 Zie voor een nauwkeurige en uitgebreide uiteenzetting van de toepassing van deze ontvankelijkheidsvoorwaarden in de jurisprudentie van het Hof: Haeck & Herrera 2011, p. 202-301; Leach 2011, p. 107-159. Overzichtelijk en uitvoerig is ook de al genoemde Practical Guide on Admissibility Criteria 2014.

3. Het Hof verklaart elk individueel verzoekschrift, ingediend op grond van artikel 34, niet ontvankelijk, wanneer het van oordeel is dat:

(a) het verzoekschrift niet verenigbaar is met de bepalingen van het Verdrag of de Protocollen daarbij, kennelijk ongegrond is of een misbruik betekent van het recht tot het indienen van een verzoekschrift; of

(b) de verzoeker geen wezenlijk nadeel heeft geleden, tenzij de eerbiediging van de in het Verdrag en de Protocollen daarbij omschreven rechten van de mens noopt tot onderzoek van het verzoekschrift naar de gegrondheid ervan en mits op deze grond geen zaken worden afgewezen die niet naar behoren zijn behandeld door een nationaal gerecht.

4. Het Hof verworpt elk verzoekschrift dat het ingevolge dit artikel als niet ontvankelijk beschouwt. Dit kan het in elk stadium van de procedure doen.'

Met de inwerkingtreding van Protocol 15 is de termijn voor het indienen van een klacht teruggebracht van zes naar vier maanden. Daarnaast is in dit Protocol voorgesteld om sub b van lid 3 van artikel 35 EVRM gedeeltelijk te schrappen. De zinsnede waaruit volgt dat indien een klacht door een nationale rechterlijke instantie onjuist is behandeld, het criterium 'geen wezenlijk nadeel' er niet toe mag leiden dat de klacht niet-ontvankelijk wordt verklaard, komt te vervallen.³⁰

De niet-ontvankelijk verklaring, die resulteert in een niet ontvankelijkheidsbeslissing ('decision'), is vaak enkel ingegeven vanuit een schending van procesrechtelijke ontvankelijkheidsvoorwaarden,³¹ tenzij het Hof de klacht 'manifestly ill founded' ('kennelijk ongegrond') verklaart, of oordeelt dat niet voldaan is aan het vereiste van 'significant disadvantage' ('wezenlijk nadeel') zoals geïntroduceerd in het Veertiende Protocol.³² Deze twee gronden vragen om een inhoudelijk oordeel van het Hof.³³

(ii) *Materiële Verdragsartikelen: beoordeling van de klacht ten gronde*

Bij de inhoudelijke beoordeling van de klacht vormen de materiële Verdragsartikelen het vertrekpunt. Dit maakt dus dat het EVRM een leidende rol toekomt bij de beoordeling van een vermeende mensenrechtenschending. De eerste stap die het Hof zet nadat de klacht ontvankelijk is, is of de klacht binnen het

30 Zie *Stb.* 2015, 228, Goedkeuring Protocol 15 EVRM. Zie voor deze eisen: <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/213>.

31 Denk hierbij onder meer aan een te laat ingediende klacht (niet binnen 4 maanden na de uitspraak van de hoogste nationaal rechterlijke instantie), geen 'slachtoffer' in de zin van artikel 35 EVRM, niet uitputting van de nationale rechtsmiddelen.

32 Zie kritisch over de toepassing van het criterium wezenlijk nadeel door het Hof: Shelton 2016.

33 Zie de Practical Guide on Admissibility Criteria 2011 (http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/B5358231-79EF-4767-975F-524E0DCF2FBA/0/ENG_Guide_pratique.pdf) van het EHRM, p. 68-78. Te raadplegen via: www.echr.coe.int. Zie ook het EVRM-Commentaar, deel II (online te raadplegen).

betreffende Verdragsartikel valt. Het gaat hier dus om interpretatie³⁴ en de bepaling van de *scope* van het recht. Indien de klacht binnen het bereik van bijvoorbeeld artikel 8 EVRM valt, toetst het Hof vervolgens of de onderhavige beperking van dit recht gerechtvaardigd is en of eventuele positieve verplichtingen (materieel of procedureel) zijn nageleefd. Hierbij toetst het Hof aan de drietrapsraket in het tweede lid van dit artikel.³⁵ Anders is dit in de gevallen waarin het gaat om absolute rechten als artikel 2 en 3 EVRM: deze mogen in beginsel niet beperkt worden.³⁶ Standaardpraktijk is dat het Hof na de inhoudelijke behandeling van de klacht bij een schending vervolgens de ingediende schadeclaim beoordeelt (artikel 41 EVRM).³⁷

10.3.2 Schriftelijke procedure: nauwelijks hoorzittingen

De single judge, het Comité van drie rechters en de Kamer van het Hof organiseren zelden een hoorzitting.³⁸ In het geval van een beoordeling door een single judge of het Comité is dit doorgaans ook minder nodig, nu het in deze gevallen om ontvankelijkheidskwesties gaat of om zaken die behoren tot de standaardjurisprudentie van het Hof.³⁹ Een ontvankelijkheidsbeslissing of een uitspraak wordt vaak genomen op basis van de schriftelijke stukken.⁴⁰ Het aantal hoorzittingen dat de Kamers van het Hof jaarlijks houden, ligt op gemiddeld twee per Kamer.⁴¹ In de Grote Kamer uitspraken vindt echter wel altijd een hoorzitting plaats.⁴² In 2012 waren dat er totaal 11,⁴³ in 2014 waren het er 20,⁴⁴ in 2015 heeft het EHRM in 28 zaken⁴⁵ een hoorzitting georganiseerd en in 2016 tot slot is in 18 zaken⁴⁶ door de Grote Kamer een *oral hearing* gehouden. Het aantal hoorzittingen is dus afgenomen in 2016 ten opzichte

34 Zie over de dynamische en autonome interpretatiemethoden: Vlemminx 2013, p. 10-15; Haeck & Herrera 2011, p. 112-120, en over de interpretatiemethoden van het Hof uitgebreid: Gerards 2011a, p. 62-95.

35 Zie over deze 'drietrapsraket' ook hoofdstuk 6 (over artikel 8 EVRM).

36 Zie hoofdstuk 4 en 5.

37 Leach 2011, p. 465 e.v.

38 Haeck & Herrera 2011, p. 201 en p. 365-370. Zie ook de Nijmeegse dissertatie van Lize Glas (Glas 2015).

39 Haeck & Herrera 2011, p. 194-198. Zie ook artikel 26, 27 en 28 EVRM, en Schabas 2015, p. 686 e.v.

40 Zie ook: Haeck & Herrera 2011, p. 348.

41 Harris e.a. 2014, p. 138.

42 Elke Kamer van het Hof houdt gemiddeld twee hoorzittingen per jaar: Haeck & Herrera 2011, p. 366. Een enkele keer kan ook hierop een uitzondering worden gemaakt, als de Grote Kamer een hoorzitting toch niet nodig acht. Dit leid ik af uit een van de gehouden interviews. Vgl. ook opnieuw: Harris e.a. 2014, p. 138.

43 http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2012_ENG.pdf

44 http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_Report_2014_ENG.pdf

45 http://echr.coe.int/Documents/Annual_Report_2015_ENG.pdf

46 http://echr.coe.int/Documents/Annual_report_2016_ENG.pdf

van 2015. Misschien dat de eerdere toename in de voorgaande jaren kan worden gezien als een gevolg van de hervormingsmaatregelen die zijn genomen om de werklast van het Hof te verlagen waardoor er meer tijd was voor het organiseren van een hoorzitting.⁴⁷

Een van de vereisten van artikel 6 EVRM is het vereiste van een eerlijk proces. Dit vereiste houdt ook in dat partijen over gelijke verdedigingsrechten beschikken, het 'equality of arms' vereiste: in de rechterlijke procedure moet dus sprake zijn van 'equal footing'. Dit doet de volgende vraag rijzen: hoe borgt het Hof dit vereiste bij de doorgaans schriftelijke behandeling van klachten? Deze vraag is aan de respondenten voorgelegd. De respondenten zijn of werkzaam (geweest) bij het Hof of hebben op een andere manier met de procedure voor het Hof te maken in hun (dagelijkse) werkzaamheden. Naar het oordeel van de respondenten is het 'equality of arms' vereiste voldoende geborgd in de schriftelijke procedure. In de antwoorden van de respondenten vallen twee zaken in het bijzonder op. Zo lijkt in de eerste plaats het geringe aantal hoorzittingen mede te zijn ingegeven door het efficiency argument, zo getuigen ook de volgende antwoorden van de respondenten.

'Met 130.000 lopende zaken is het niet reëel om voor elke zaak een hoorzitting te houden, dan zitten we vol tot 2050. Dus dat kan niet.'

'(...) it has gone to a due by force of its workload to a way of operation where there is very rarely a hearing.'

'Of course you start asking questions in a complicated case and you really need them there. You can always do that in writing. It is good for the parties to come and say what they have to say. But it [een hoorzitting: TdJ] is not really such a big difference and it's a huge amount of work for the registry to organize a hearing. And it is much time consuming. So it is very rare, outside the Grand Chamber hearing where there of course it is justified because of the seriousness of the case and the complexity. In the other cases which are more easy going and straight forward it is not really important. You never learn more from the oral pleadings. It has a psychological dimension. The Court hears the applicants and listens to them, which is nice. Because it is also our role to show that we are open and that we welcome the parties, that is part of our duties as well, but in most of the cases it does not make a big difference. It will contribute to the visibility of the Court.'

47 Hervormingsmaatregelen zijn genomen in Protocol 14, en ook de introductie van het priority beleid, pilot-procedures en de High Conferences in onder meer: Izmir (2011), Brighton (2012), Oslo (2014) en Brussel (2015). Afgaande op het rapport van de CDHH (van eind 2015) zijn na de hervormingen in de werkwijze van het Hof nu vooral de Staten aan zet om zorg te dragen voor naleving van het EVRM. Zie in dit verband: Myjer 2016 en Glas 2016b.

In de tweede plaats (zoals ook al deels te lezen in het hiervoor weergegeven citaat) ziet eigenlijk geen van de respondenten in het houden van een hoorzitting een toegevoegde waarde. Zo overweegt een van de respondenten:

‘De toegevoegde waarde van zo’n hoorzitting is dat mensen hun argumenten nog een keer naar voren brengen. Wat wij merken is dat zo’n hele zaak al door een hele procedure is uitgekauwd op nationaal niveau. Alles wat gezegd zou moeten worden voor ons, is daar al gezegd. Weinig toegevoegde waarde aan hoorzittingen. Herhaling van zetten.’

10.3.3 Does the Court practice what it preaches?

In hoeverre is het EHRM zelf gebonden aan het EVRM? Opvallend is het volgende citaat van een van de respondenten:

‘Regarding Article 6 the Court has said a few times, it is not bound by Article 6 it is addressed to domestic courts and it tells them the standards they need to apply broadly speaking in the criminal and civil proceedings. The Court for itself, being an international body, naturally it is being a court bound to respect fairness. Bound to respect the equal standing of the parties (...).’

Artikel 6 van het Verdrag bindt het Hof dus niet. Toch is dit citaat een beetje dubbel. Aan de ene kant hamert het Hof op de (strikte) naleving van artikel 6 EVRM door de Staten. Wanneer het echter gaat om het houden van een hoorzitting acht het Hof zich hier zelf niet te allen tijde aan gebonden. Gelet op de bijzondere positie van het Hof en nu het Hof geen feitenrechter is, valt er wel wat voor te zeggen om niet in veel zaken een hoorzitting te houden. Ik deel de opvatting van de respondenten dat de ‘equal footing’ tussen de Staat en klager voldoende geborgd is in de schriftelijke procedure. De mogelijkheid om op elkaars standpunt te reageren wordt door het Hof geboden. Dit is ook terug te lezen in het Procesreglement van het Hof (Rule 54, lid 2 sub b).

Anders is dat mijns inziens ten aanzien van het vereiste van de redelijke termijn en het excessief formalisme dat het Hof in nationale procedures afkeurt. In sommige gevallen past het EHRM namelijk zelf de formele regels juist strikt toe.

Allereerst de doorlooptijd van de zaaksbehandeling bij het EHRM. De *backlog* blijft groot,⁴⁸ hoewel deze flink is afgenomen in de afgelopen jaren, mede als gevolg van de genomen hervormingsmaatregelen.⁴⁹ Het spreekt voor het Hof dat met het prioriteitsbeleid en de mogelijkheid om een voorlopige maat-

48 Greer en Wildhaber opperen een ‘constitutional pluralism’ om de zaaklast terug te dringen en het voortbestaan van het EHRM te verzekeren: Greer & Wildhaber 2012. Vgl. ook recenter: Hendriks 2017, p. 143.

49 Myjer 2016, p. 47.

regel aan te vragen deels is gewerkt aan de versnelling van de klachtbehandeling binnen het Hof. Deze ontwikkeling is toe te juichen. Aandacht voor verbetering van de lange wachttijd op een uitspraak blijft echter bestaan. In dit verband is de volgende overweging waarin een van de respondenten een nadelig neveneffect van het prioriteitsbeleid aanstipt het noemen waard. Dit heeft namelijk ook gevolgen voor de doorlooptijd van andersoortige (structurele) klachten:

‘Gevolg van het prioriteitsbeleid is dat we nu verdrinken in de artikel 2 en 3 EVRM-zaken. Zijn misschien wel belangrijke zaken, maar dat zijn niet altijd voor het betrokken land echte knelpunten. Behandeling gevangene op een politiebureau, als niet structureel: spijtig incident. Krijgt heel veel aandacht. Ondertussen hebben structurele problemen met verloop strafprocedures een lage prioriteit. En die moeten dan een tijd wachten. (...)’

De respondent merkt vervolgens op dat ten aanzien van de artikelen 2 en 3 EVRM een zeker specialisme bij de griffie is opgebouwd. De griffie doet echter langer over de behandeling van een 6 EVRM-klacht. Verder is wel geprobeerd om een systeem te vinden dat de achterstallige behandeling van de structurele probleem-klachten weg kan werken, aldus de respondent. Een gespecialiseerde sectie die ziet op de behandeling van klachten ingegeven door structurele problemen kan hier wellicht zowel bijdragen aan zowel (i) een snellere doorlooptijd en dus tijdige(re) uitspraak van het Hof als (ii) een snellere detectie en aanpak van structurele met het EVRM strijdige praktijken.⁵⁰

Opvallend is verder dat het Hof zich in sommige gevallen zelf wel extreem formalistisch opstelt daar waar het gaat om het naleven van termijnen. Zo verklaarde het een verzoekschrift met als datum 13 december niet-ontvankelijk, nu het door de post op 14 december was afgestempeld. Het gaat hier om een termijnoverschrijding van één dag, en dit is voor het Hof reden om de klacht verder niet in behandeling te nemen.⁵¹ Vergelijkbaar met deze zaak is een andere Nederlandse zaak, gewezen op dezelfde dag, waarin het verzoekschrift wel op tijd binnen was bij het EHRM, maar niet was voorzien van de vereiste handtekening.⁵² Ook in latere zaken hanteert het Hof de zes maanden-termijn strikt.⁵³

50 Iets vergelijkbaars zien we bij de filtersectie van het Hof, waar de klachten tegen de vijf landen waartegen het meest wordt geklaagd (Rusland, Turkije, Roemenië, Oekraïne en Polen) na binnenkomst op het juiste procedurele traject worden gezet. Dat wil zeggen: behandeling door een alleen zittende rechter, een comité van drie rechters, of een van de vijf Kamers. Zie: http://www.echr.coe.int/Documents/Filtering_Section_ENG.pdf.

51 EHRM 5 februari 2013, zaaknr. 66994/12 (ontv.besl.) (*Abdulrahman t. Nederland*).

52 EHRM 5 februari 2013, zaaknr. 16380/11 (ontv.besl.) (*Ngendakumana t. Nederland*).

53 Zie bijvoorbeeld: EHRM 14 januari 2014, zaaknr. 30859/10 (ontv. besl.) (*Sokolov e.a. t. Serbië*); EHRM 9 september 2014, zaaknrs. 40139/14 en 41418/14 (ontv. besl.) (*Malyshev en Ivanin t. Oekraïne*). Coulanter is het Hof in: EHRM 17 september 2014, EHRC 2014, 244 (Grote Kamer) (*Mocanu e.a. t. Roemenië*).

De datum van ontvangst van het klachtformulier door het Hof, is dus de datum waarop het klachtformulier conform Rule 47 van het Procesreglement is verzonden. Als verzenddatum neemt het Hof de datum van het poststempel (Rule 47 Procesreglement, lid 6, sub a⁵⁴ en paragraaf 1 van de Practice Directions).⁵⁵ Deze verzenddatum moet dan dus binnen de zes maanden-termijn vallen. De standaardlijn van het EHRM is verder dat een compleet klachtformulier binnen zes maanden moet zijn ingediend bij het Hof. Een incompleet klachtformulier wordt niet langer door het Hof in behandeling genomen en kan de zes maanden-termijn dus ook niet schorsen.⁵⁶

Tot slot is op de motivering van de uitspraken van het Hof zowel lof als kritiek geuit.⁵⁷ De kritiek ziet op het ontbreken van consistentie en helderheid in de uitspraken van het EHRM, en dit raakt aan de rechtszekerheid.⁵⁸ Ook de legitimiteit van de uitspraken van het Hof heeft een periode (van 2010 tot 2012) in (de) Nederland(se) (politiek) ter discussie gestaan.⁵⁹ Toch heeft deze kritiek geen zichtbare veranderingen in de wetgeving/rechtspraak teweeggebracht.⁶⁰

Resumerend: het EVRM en de case law vormen het vertrekpunt bij de beoordeling van de vermeende EVRM-schending door het Hof. Bovendien bleek het aantal hoorzittingen in Straatsburg beperkt, en op punten hanteert het EHRM een andere maatstaf waar het zijn eigen beoordelingspraktijk betreft. Op de doorlooptijd van de klachten in Straatsburg valt het een en ander af te dingen. Ook de strikte toepassing van de termijnen door het Hof strookt niet te allen tijde met het excessief formalisme dat het in de nationale procedures juist streng veroordeelt. Het lijkt erop dat we hieruit dus geen indirecte verplichtingen kunnen afleiden, want de praktijk van het Hof zelf komt niet overeen met wat het expliciet van de Staten verlangt. Het volgen van de Straatsburgse toetsingspraktijk op dit punt levert dan eerder een schending op.

54 Op grond van sub b van dit zesde lid kan het Hof overigens wel besluiten dat de ontvangstdatum een andere moet zijn.

55 EHRM 9 september 2014, zaaknr. 40139/14 en 41418/14 (ontv.besl.) (*Malysh and Ivanin t. Oekraïne*).

56 Zie het verslag over de herziene Rule 47 van het Procesreglement voor het indienen van een klacht van februari 2015: http://www.echr.coe.int/Documents/Report_Rule_47_ENG.pdf. Vgl. ook het document *Overview of the Court's case-law in 2014*, online te raadplegen.

57 Zie Glas 2015, p. 330-335.

58 Aldus Glas: Glas 2015, p. 332.

59 Zie de heldere bijdrage van Gerards: Gerards 2016. Vgl. ook: Oomen 2016. Zie eerder over het debat over het EHRM: Spijkerboer 2012.

60 Aldus Gerards: Gerards 2016, i.h.b. p. 359-360.

10.4 FEITENVASTSTELLING

10.4.1 Het vaststellen van de feiten door het EHRM

Vooropgesteld moet worden dat het Straatsburgse Hof doorgaans de feiten vaststelt op basis van de schriftelijke stukken waarover het beschikt. Gelet op het feit dat alle nationale rechtsmiddelen moeten worden uitgeput voordat een klacht in Straatsburg kan worden ingediend, zijn in veel gevallen de belangrijke feiten niet langer in geschil en kan het Hof dus de nationale uitspraken volgen.⁶¹ Dit neemt niet weg dat de feiten onder omstandigheden nog wel degelijk betwist kunnen worden in de procedure voor het Hof. Dit is bijvoorbeeld het geval als uit de overgelegde bewijsmaterialen niet duidelijk is komen vast te staan wat er op nationaal niveau precies is gebeurd. Het Hof stelt zich dan actiever op. Zo kan het besluiten om partijen te verzoeken meer materiaal te verschaffen en eventueel personen of getuigen te horen. Ook kan het Hof een derde partij toelaten tot de procedure⁶² of een expert(commissie) vragen om een opinie te geven of een rapport te schrijven.⁶³ De basis hiervoor is te vinden in Rule A1 van de Annex to the Rules of Court. Vanuit de gedachte van efficiëntie kan het aanbevelenswaardig zijn dat de nationale (bestuurs)-rechter bij twijfel over de gang van zaken ten tijde van de nationale procedure zich, in navolging van het Hof, ook actiever opstelt.⁶⁴ Op deze wijze wordt voorkomen dat in Straatsburg opnieuw wordt geklaagd. Het is bovendien denkbaar dat de divergerende beoordelingswijze van de EVRM-klacht op internationaal (Straatsburg) en nationaal niveau ertoe leidt dat een schending in Straatsburg wel, en in de betreffende Staat niet aan het licht komt.

Het Hof heeft meerdere malen in zijn jurisprudentie herhaald dat het in lijn is met het beginsel van subsidiariteit dat de feitenvaststelling zoveel mogelijk door de nationale autoriteiten gebeurt.⁶⁵

⁶¹ Leach 2011, p. 55.

⁶² White & Ovey 2014, p. 29. Artikel 36 EVRM jo. Rule 44 van het Procesreglement.

⁶³ Haeck & Herrera 2011, p. 349. Zie onder meer: EHRM 7 juni 2007, *EHRC* 2007, 87, par. 3, m.nt. Kiiver (*Parti Nationaliste Basque – Organisation Régionale d'Iparralde t. Frankrijk*) (artikel 10 en 11 EVRM, het Hof heeft hier om een opinie van de Venice Commission verzocht); EHRM 19 december 1989, zaaknr. 10964/84, par. 5 (Grote Kamer) (*Brozicek t. Italië*) (artikel 6 EVRM-zaak, het Hof heeft op verzoek van de Italiaanse regering een handschriftdeskundige om advies gevraagd, en daarnaast vijf getuigen gehoord). Of het vragen van een medische opinie in een om te kunnen beoordelen of de ter dood veroordeelde klager in de gevangenis besmet is geraakt met tuberculose: EHRM 29 april 2003, zaaknr. 41707/ 98, par. 10 en 91 e.v. (*Khokhlich t. Oekraïne*).

⁶⁴ Barkhuysen 2006, p. 33. Barkhuysen wijst erop dat het nastreven van rechtseenheid kan bijdragen aan de realisatie van rechtsgelijkheid, rechtszekerheid, doorzichtigheid van het recht, en de efficiency van het recht kan vergroten (p. 31).

⁶⁵ Leach 2011, p. 55. Zie o.m.: EHRM 10 april 2001, zaaknr. 26129/95, par. 110 (*Tanli t. Turkije*). Zie over de subsidiariteit ook: Popelier & Van de Heyning 2017.

'(...) where domestic proceedings have taken place, it is not the Court's task to substitute its own assessment of the facts for that of the domestic courts.'⁶⁶

Het Hof overweegt vervolgens dat hoewel het niet gebonden is aan de door de nationale autoriteiten vastgestelde feiten er toch sprake moet zijn van dwingende elementen om af te wijken van deze bevindingen op nationaal niveau.⁶⁷ Het Hof blijft voorzichtig (het Hof spreekt zelf van: 'sensitive') bij het vervullen van de rol van rechter in eerste instantie.⁶⁸

De feiten die verzekerd moeten worden in EVRM-procedures voor het Hof vallen uiteen in drie categorieën.⁶⁹ De eerste categorie ziet op de feiten van het individuele geval. De tweede categorie ziet op de feiten van algemene aard die van belang kunnen zijn voor de klacht, en de derde categorie tot slot is die van de nationale wet-en regelgeving die in deze internationale context als onderdeel van de feiten wordt gezien.⁷⁰ Bij de feitenvaststelling in het individuele geval spelen vanzelfsprekend ook vaak bewijskwesties een rol.⁷¹ Hierbij kan worden gedacht aan de behandeling van klager in de gevangenis, of de ontvoering en verdwijning van een familielid van klager door veiligheidsdiensten.⁷² Bij het onderzoek naar de feiten bij de tweede categorie, kan gedacht worden aan de politieke situatie in een land.⁷³ Bij de derde categorie, de rol van de nationale wet-en regelgeving bij het vaststellen van de feiten kan het gaan om nationale vreemdelingenwetgeving⁷⁴ of wetgeving die ziet op de detentie van geesteszieke gevangenen.⁷⁵

Zoals gezegd, is het Hof voorzichtig als het gaat om het in de plaats stellen van zijn eigen feitenvaststelling voor die van de nationale autoriteiten. Dit laat echter onverlet dat het Hof bij vermeende schendingen van artikel 2 en 3 EVRM soms zelf een 'particularly thorough scrutiny' uitvoert. Zoals we ook al in eerdere hoofdstukken hebben kunnen zien⁷⁶ en in latere hoofdstukken zullen zien.⁷⁷ Ook in het geval dat op nationaal niveau al een onderzoek heeft plaatsgevonden.⁷⁸ In die gevallen zal er dan nog onduidelijkheid over de

66 EHRM 22 november 1993, zaaknr. 15473/89, par. 29 (*Klaas t. Duitsland*). In de literatuur is veel kritiek geuit op deze uitspraak van het Hof, zie Mahoney 1999, p. 119 en p. 125 e.v.

67 EHRM 22 november 1993, zaaknr. 15473/89, par. 30 (*Klaas t. Duitsland*).

68 Leach 2011, p. 55 en de daar genoemde jurisprudentie onder voetnoot nummer 137.

69 Rogge 1993, p. 678.

70 Rogge 1993, p. 678.

71 Erdal 2001, p. 70.

72 Zie Erdal 2001, p. 70 en de daar genoemde jurisprudentie.

73 Rogge 1993, p. 680-681.

74 Voorbeeld in de literatuur genoemd ziet op de Engelse wetgeving op het terrein van het vreemdelingenrecht: Rogge 1993, p. 681.

75 Rogge 1993, p. 681 en de daar genoemde jurisprudentie van met name de ECieRM.

76 Hoofdstuk 4 (2 EVRM) en hoofdstuk 5 (3 EVRM).

77 Hoofdstuk 11. Zie in dit kader ook de Leidse dissertatie van Jasmina Mačkić.

78 Leach 2011, p. 56 en de verwijzing naar onder meer: EHRM 4 december 1995, zaaknr. 18896/91, par. 32 (*Ribitsch t. Oostenrijk*).

feiten bestaan, of is op nationaal niveau een van het EHRM afwijkende (bewijs)-standaard gehanteerd.⁷⁹

Verder rust op de Staat ingevolge artikel 38 van de Conventie de plicht om medewerking te verlenen aan het Hof, om de feiten vast te kunnen stellen.⁸⁰ De tekst van artikel 38 EVRM luidt als volgt:

‘Het Hof behandelt de zaak tezamen met de vertegenwoordigers van de partijen en verricht, indien nodig, nader onderzoek, voor de goede voortgang waarvan de betrokken Hoge Verdragssluitende Partijen alle noodzakelijke faciliteiten leveren.’

De Staat moet dus alle noodzakelijke faciliteiten leveren. Zo (niet uitputtend)⁸¹ moet de Staat bewijsstukken overleggen, antwoorden op vragen van het Hof en ervoor zorgen dat de getuigen daadwerkelijk verschijnen. Ook moet de Staat reageren op bij het Hof ingediende stukken.⁸² Het niet meewerken van de Staat wordt niet licht opgenomen door het Hof⁸³ en kan resulteren in een schending van artikel 38 EVRM.⁸⁴ Zo is ook te lezen in de nu volgende overweging:

‘In accordance with the principles enumerated in its case-law, the Court agrees that in certain cases delays in submitting information which is crucial to the establishment of facts may give rise to a *separate finding* under Article 38 of the Convention. In a case where the application raises issues of grave unlawful actions by State agents, the documents of the criminal investigation are fundamental to the establishment of facts and their absence may prejudice the Court’s proper examination of the complaint both at the admissibility and merits stage.’⁸⁵

Ook een nalaten van de regering van de betreffende Staat om toegang te bieden tot kopieën van een onderzoeksdocument⁸⁶ en het nalaten om een gekwalifi-

79 Zie hoofdstuk 11 en de verwijzing naar Baldinger 2013. Zie ook paragraaf 10.4.2.3 in dit hoofdstuk over wanneer het Hof wel en niet tot een *fact-finding mission* overgaat.

80 Zie ook Van Dijk e.a. 2006, p. 219; Tigroudja 2007, p. 123 e.v. Meer recent: Mačkić 2013 over artikel 38 EVRM. Zie ook: EHRM 21 oktober 2013, EHRC 2014, 15, m.nt. H. de Vylder (Grote Kamer) (*Janowiec e.a. t. Rusland*).

81 Zie Leach e.a. 2009, p. 13.

82 Leach e.a. 2009, p. 13, en zie ook onder meer punt 56 in: Parliamentary Assembly. Committee on Legal Affairs and Human Rights. Report. *Member state’s duty to co-operate with the European Court of Human Rights*. Rapporteur mr. Christos Pourgourides. Te raadplegen via: http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefDocDetails_E.asp?FileID=11636 en de Resolution (1571) en Recommendation (1809).

83 Leach 2011, p. 56.

84 EHRM 12 april 2005, EHRC 2005, 66, par. 504 (*Shamayev e.a. t. Georgië en Rusland*).

85 EHRM 27 juli 2006, zaaknr. 69481/01, par. 172 (*Bazorkina t. Rusland*).

86 EHRM 9 november 2006, zaaknr. 7615/02, par. 201 (*Imakayeva t. Rusland*).

ceerd rapport aan het Hof te openbaren⁸⁷ waren voor het Hof in casu reden te concluderen tot een schending van artikel 38 EVRM.⁸⁸

De plicht tot het verlenen van medewerking ('duty to cooperate') aan het Hof door de Staten, vindt ook zijn basis in artikel 34 EVRM, Rule 39 van het Hof (interim measure), Rule 44A van het Procesreglement en de *European Agreement Relating to Persons Participating in Proceedings of the European Court of Human Rights*.⁸⁹ Zo kan het Hof tot een schending van artikel 34 EVRM concluderen in het geval dat de Staat heeft nagelaten maatregelen te nemen die zien op de tenuitvoerlegging van de door het Hof opgelegde voorlopige maatregel.⁹⁰ In de eerder genoemde zaak *Bazorkina* tegen Rusland⁹¹ is het Hof ook ingegaan op de relatie van artikel 34 EVRM en artikel 38 EVRM. Eerstgenoemd artikel kwalificeert het Hof als een *lex generalis* waarbij dit artikel in de kern neerkomt op het effectueren van het individueel klachtrecht. Artikel 38 EVRM verplicht de Staat in het bijzonder om zijn medewerking te verlenen aan het Hof.⁹²

Tot slot: bij een schending van artikel 34 EVRM kan onder meer (verre van uitputtend) gedacht worden aan een Staat die de communicatie van klager met het Hof bemoeilijkt, of het op een dwingende manier bevragen/onder druk zetten van klager over zijn ingediende klacht.⁹³ In het kader van deze

87 EHRM 12 februari 2009, zaaknr. 2512/04, par. 56-57 (*Nolan en K. t. Rusland*).

88 Zie meer recent een schending van artikel 38 EVRM vanwege het niet overleggen van een geheim document zonder hiervoor inhoudelijke redenen aan te voeren: EHRM 21 oktober 2013, EHRC 2014, 15, m.nt. H. de Vylder (Grote Kamer) (*Janowiec e.a. t. Rusland*) en EHRM 12 november 2013, zaaknr. 23502/06 (*Benzer e.a. t. Turkije*) (niet overhandigen vluchtlogboek van de vliegtuigen die bombardementen hebben uitgevoerd resulteert in schending artikel 38 EVRM).

89 Zie: Parliamentary Assembly. Committee on Legal Affairs and Human Rights. Report. *Member state's duty to co-operate with the European Court of Human Rights*. Rapporteur mr. Christos Pourgourides. Te raadplegen via: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=11636&lang=en>. Zie meer recent (2014) over de plicht om mee te werken die op de Staten rust het rapport van het Parlementair Assemblée, getiteld: 'Urgent need to deal with new failures to co-operate with the European Court of Human Rights.', te raadplegen via: <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=20348&lang=en>. Zie voor de genoemde *European Agreement Relating to Persons Participating in Proceedings of the European Court of Human Rights*: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007cdb2>.

90 EHRM 10 maart 2009, zaaknr. 39806/05, par. 87-92 (Grote Kamer) (*Paladi t. Moldavië*). Vgl. verder nog over het niet naleven van de Staat van een door het EHRM opgelegde voorlopige maatregel: EHRM 13 juli 2010, zaaknr. 33526/08, par. 67 (*D.B. t. Turkije*); EHRM 2 maart 2010, zaaknr. 61498/08, par. 162-165 (*Al-Saadoon en Mufdhi t. Verenigd Koninkrijk*). Zie voor meer voorbeelden de Practical Guide on Admissibility Criteria 2014 http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf) van het EHRM, p. 20. Te raadplegen via: www.echr.coe.int.

91 EHRM 27 juli 2006, zaaknr. 69481/01 (*Bazorkina t. Rusland*).

92 EHRM 27 juli 2006, zaaknr. 69481/01, par. 170 e.v. en par. 175 (*Bazorkina t. Rusland*).

93 Vgl. het eerder in dit hoofdstuk genoemde rapport van het Parlementair Assemblée: (http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefDocDetails_E.asp?FileID=11636), onder punt 13 e.v.

paragraaf ga ik hier niet verder op in. Dit zegt immers meer over de sanctionering van het Hof dan over hoe het Hof zelf de feiten vaststelt.

10.4.2 *Fact-finding tools* van het EHRM

Het EHRM beschikt over een aantal *tools* met behulp waarvan het zelf de feiten kan vaststellen in de gevallen waarin het dit nodig acht.

10.4.2.1 *Verzuim medewerkingsplicht door de Staat: 'drawing inferences' als 'fact-finding tool'*

Met de eerder genoemde medewerkingsplicht ingevolge artikel 38 EVRM houdt het fenomeen van de 'drawing inferences' verband. Hierbij oordeelt het Hof op basis van vermoedens ten aanzien van de gegrondheid van de klacht als gevolg van het niet meewerken door de Staat.⁹⁴ Hoewel niet alle relevante feiten op tafel zijn komen te liggen, acht het EHRM de onderbouwing van de klacht toch voldoende gefundeerd. Hiermee geeft het Hof zelf dus impliciet een oordeel over de niet bekende feiten, en dit is de reden om op deze plek in te gaan op dit fenomeen van het oordelen op basis van vermoedens.⁹⁵

In de zaak *Timurtas* tegen Turkije⁹⁶ oordeelde het Hof voor het eerst dat het niet meewerken van de verantwoordelijke regering aanleiding geeft om zijn oordeel te baseren op vermoedens ten aanzien van de gegrondheid van de klacht van klager. De betreffende overweging van het Hof in deze zaak:

'(...) The Court has previously held that it is of the utmost importance for the effective operation of the system of individual petition instituted under former Article 25 of the Convention [thans artikel 34 EVRM: TdJ] that States should furnish all necessary facilities to make possible a proper and effective examination of applications. It is inherent in proceedings relating to cases of this nature, where an individual applicant accuses State agents of violating his rights under the Convention, that in certain instances solely the respondent State has access to information capable of corroborating or refuting these allegations. A failure on a Government's part to submit such information as is in their hands without a satisfactory explanation may not only reflect negatively on the level of compliance by a respondent State with its obligations under Article 38 § 1 (a) of the Convention, but may also give rise to the drawing of inferences as to the well-foundedness of the

94 Vgl. Smith 2009; Bonello 2009, p. 73; White & Ovey 2014, p. 29 – 30 en de Practical Guide on Admissibility Criteria 2011 (http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/B5358231-79EF-4767-975F-524E0DCF2FBA/0/ENG_Guide_pratique.pdf) van het EHRM, p. 11. Te raadplegen via: www.echr.coe.int.

95 Zie ook Smith 2009, p. 214.

96 EHRM 13 juni 2000, zaaknr. 23531/94, par. 60 (*Timurtas t. Turkije*).

allegations. In this respect, the Court reiterates that the conduct of the parties may be taken into account when evidence is being obtained [cursivering: TdJ].⁹⁷

Smith gaat in een van zijn bijdragen⁹⁸ in op 'inferences and presumptions of facts as adjudicatory tools for fact-finding'⁹⁹ door het EHRM. De begrippen 'inferences' en 'presumptions' zijn volgens Smith inwisselbaar. In beide gevallen oordelen de EHRM-rechters op basis van vermoedens ten aanzien van hen onbekende feiten op basis van de hun wel bekende feiten.¹⁰⁰

In de gevallen waarin direct bewijs ontbreekt, kan het oordelen op basis van vermoedens nuttig zijn.¹⁰¹ Allereerst kan dit nuttig zijn omdat de Staat vaak beschikt over het materiaal of de informatie die nodig is voor het beoordeelen van de klacht. Een tweede reden ziet op de eerder in dit hoofdstuk genoemde medewerkingsplicht onder artikel 38 EVRM. Hierin zou dan een rechtvaardiging gelegen zijn voor het Hof om deze *fact-finding tool* in te zetten.¹⁰² In de derde plaats kan de Staat misstanden gemakkelijk verhullen omdat het doorgaans over de middelen beschikt om dit te doen. Tot slot, en in de vierde plaats, wijst Smith op het ontbreken van een dwangmiddel van het Hof om de Staat de documenten te laten overleggen.¹⁰³

In welk type zaken gaat het Hof nu het meest vaak over tot het oordelen op basis van vermoedens? Vaak is dat in de zaken waarin sprake is van een grove inmenging (meestal gaat het dan dus om artikel 2 en 3 EVRM), maar ook onder artikel 8 EVRM in een *secret surveillance* zaak kan het Hof besluiten om conclusies te verbinden aan het niet meewerken van de Staat, en dus de klacht gegrond verklaren.¹⁰⁴ Toch komt het oordelen op basis van vermoedens minder vaak voor onder artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM, omdat de feiten daar minder vaak in geschil zijn. Het voorwerp van geschil concentreert zich dan op de vraag of de inmenging gerechtvaardigd is, en dus of sprake is van een *fair balance* en klager niet met een onevenredige last is geconfronteerd.¹⁰⁵ Uit de jurisprudentie van het Hof komt het beeld naar voren dat het Hof in de meeste gevallen overgaat tot het oordelen op basis van vermoedens in het geval dat betrokkene in de gevangenis is verwond of zelfs is overleden en als uit het bewijs volgt dat sprake is van structureel met het EVRM strijdige praktijken.¹⁰⁶

97 EHRM 13 juni 2000, zaaknr. 23531/94, par. 66 (*Timurtas t. Turkije*). Vgl. ook: EHRM 24 januari 2008, zaaknr. 839/02, par. 120-121 (*Maslova en Nalbandov t. Rusland*); EHRM 20 juni 2013, EHRC 2013, 179 (*Turluyeva t. Rusland*).

98 Smith 2009, p. 206-228.

99 Smith 2009, p. 214.

100 Smith 2009, p. 214.

101 Kazazi 1996, p. 150.

102 Smith 2009, p. 215 en vgl. ook Erdal 2001.

103 Smith 2009, p. 216. Vgl. ook: Loucaides 1995, p. 164 en Kazazi 1996, p. 150 – 151.

104 Smith 2009, p. 218.

105 Zie ook de hoofdstukken 6, 7, verderop in dit hoofdstuk en hoofdstuk 11.

106 Smith 2009, p. 217-221.

Onbegrensd is de toepassing van ‘drawing inferences’ door het Hof echter niet. Het ‘totality of evidence’-principe moet helpen voorkomen dat het Hof te gemakkelijk overgaat tot het oordelen op basis van vermoedens als gevolg van het niet meewerken van de Staat. Dit principe houdt kort gezegd in dat de getrokken conclusies consistent moeten zijn met het totaal aan bewijsmateriaal waarover het Hof beschikt.¹⁰⁷

Op grond van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat het niet meewerken door de Staat dus niet alleen potentieel tot een schending van artikel 38 EVRM kan leiden, maar dat het Hof ook bij een niet meewerken kan oordelen op basis van vermoedens ten aanzien van de gegrondheid van de klacht. Het verklaart de klacht dan voldoende beargumenteerd, en dit is dus in het voordeel van klager. Vanuit de Staat bezien is het daarom raadzaam om zoveel mogelijk medewerking te verlenen, en indien mogelijk tegenbewijs te leveren voor wat klager stelt in zijn klacht. Meer indirect kan dit voor de Staten de verplichting met zich brengen om vooruitlopend op de procedure in Straatsburg ervoor te zorgen dat er in ieder geval voldoende bewijsmateriaal voorhanden is.

10.4.2.2 *Tussenkomst van derden: amicus curiae als fact-finding tool*

De tussenkomst van een derde partij in de procedure voor het Straatsburgse Hof kan ook behulpzaam zijn voor het vaststellen van de feiten door het Hof.¹⁰⁸ De basis voor deze interventie vinden we in artikel 36 van het Verdrag, en luidt als volgt:

- ‘1. In alle zaken die voor een Kamer of de Grote Kamer aanhangig zijn, heeft een Hoge Verdragsluitende Partij waarvan een onderdaan verzoeker is het recht schriftelijke conclusies in te dienen en aan zittingen deel te nemen.
2. 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.
3. 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.’

Op grond van het tweede lid is het dus mogelijk dat een Staat of een andere belanghebbende, waaronder een NGO, op uitnodiging van het Hof (via de President) schriftelijke conclusies indient, of dat het Hof op verzoek van de

¹⁰⁷ Smith 2009, p. 223 en de verwijzing naar de separate opinion van rechter Zekia bij de uitspraak in *Ierland t. het Verenigd Koninkrijk*. EHRM 18 januari 1978, zaaknr. 5310/71 (*Ierland t. Verenigd Koninkrijk*).

¹⁰⁸ Den Heijer 2013, p. 375; Harris e.a. 2014, p. 155.

Staat of de NGO toestemming voor de interventie verleent.¹⁰⁹ In de meeste gevallen voegt een derde partij zich in de procedure door hier een verzoek voor in te dienen.¹¹⁰ Het Hof nodigt zelden uit eigen beweging een Staat of andere belanghebbenden uit.¹¹¹

NGO's treden vaak¹¹² op als derde in de procedure voor het Hof. De tussenkomst van een derde partij wordt ook wel aangeduid met de term *amicus curiae*, letterlijk vertaald betekent dit: 'vriend van het hof'.¹¹³ De schriftelijke inbreng van NGO's kan helpen de feiten te verduidelijken, en daarnaast ertoe dienen de meer algemene implicaties van zaken over het voetlicht te brengen.¹¹⁴

Toegespitst op de invloed van *amicus curiae* in de procedure voor het Straatsburgse Hof kan onder meer gedacht worden aan de bevestiging van de aanwezigheid van een Europese of internationale consensus. Daarnaast kunnen oplossingen uit andere systemen als inspiratie dienen voor het Hof, en kan de inbreng van NGO's de verschillende belangen die op het spel staan in een zaak benadrukken.¹¹⁵

In de EHRM-jurisprudentie is het aantal zaken waarin NGO's optreden als *amicus curiae* de laatste jaren toegenomen.¹¹⁶ Met name in de Grote Kamer uitspraken komen deze interventies veel voor.¹¹⁷ Het zijn vooral de moreel gevoelige kwesties als abortus, IVF en het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht waarin interventies plaatsvinden (door Staten en/of NGO's).¹¹⁸ Deze onderwerpen vragen niet zelden om een richtinggevend oordeel van het Hof. Dit is waarschijnlijk ook de reden dat in de Grote Kamer-uitspraken van het Hof een NGO als *amicus curiae* regelmatig een schriftelijke inbreng levert.

Hoewel deels van een andere orde, is de Grote Kamer uitspraak van het Hof in de zaak *Valentin Câmpeanu*¹¹⁹ het noemen waard. Tot halverwege 2014 beschikten NGO's niet over een *locus standi* in de procedure voor het Hof in

109 Zie Rule 44, lid 3, sub a van het Procesreglement. Vgl. ook: Glas 2015, p. 311-320; Van den Eynde 2013, p. 277.

110 Harris e.a. 2014, p. 154.

111 Harris e.a. 2014, p. 155.

112 Zo intervenieerden NGO's of andere belanghebbenden in twaalf (tegenover slechts drie zaken waarin een Staat intervenieerde) van de 29 zaken die het Hof in 2014 als belangrijk aanmerkte, zo is te lezen bij Glas 2016a, op p. 459.

113 Vgl. ook: Van den Eynde 2013, p. 273.

114 Opnieuw Van den Eynde 2013, p. 274 e.v.

115 Van den Eynde 2013, p. 275 en de daar opgenomen verwijzing.

116 Van den Eynde 2013, p. 279 e.v.

117 Opnieuw: Van den Eynde 2013, p. 280.

118 Glas 2015, p. 315.

119 EHRM 17 juli 2014, EHRC 2014, 212, m.nt. H. De Vylder (Grote Kamer) (*Centre of Legal Resources on Behalf of Valentin Câmpeanu t. Roemenië*).

Straatsburg. Met deze Grote Kamer uitspraak is daar echter verandering in gekomen.¹²⁰

In deze zaak gaat het om Valentin Câmpeanu, een weesjongen, van Roma origine, waarbij op jonge leeftijd besmetting met het HIV-virus is vastgesteld en daarnaast een laag IQ. De Roemeense autoriteiten hebben de jongen toen hij meerderjarig was in een inrichting geplaatst, en hebben nagelaten om daaraan voorafgaand voor de jongen te zorgen of een voogd/curator aan te stellen. Later is de jongen opgenomen in de psychiatrische afdeling van een ziekenhuis, en overleed daar kort na zijn ontmoeting met het Center For Legal Resources (CLR).

De kernvraag in de procedure voor het Hof is of de NGO CLR *locus standi* heeft in deze zaak, en dus voor het Hof 'namens' de inmiddels overleden Câmpeanu mag klagen. De betreffende overweging van de Grote Kamer:

'This case concerns a highly vulnerable person with no next-of-kin, Mr Câmpeanu, a young Roma man with severe mental disabilities who was infected with HIV, who spent his entire life in the care of the State authorities and who died in hospital, allegedly as a result of neglect. Following his death, and without having had any significant contact with him while he was alive (...) or having received any authority or instructions from him or any other competent person, the applicant association (the CLR) is now seeking to bring before the Court a complaint concerning, amongst other things, the circumstances of his death [cursivering: TdJ].'

Uit deze overweging volgt onder meer dat het hier gaat om een zeer kwetsbare persoon, en dat deze persoon zijn leven lang onder de zorg (i.e. verantwoordelijkheid) van de nationale autoriteiten viel. In het kader van de materiële preventieve beschermingsplicht die het Hof onder artikel 2 EVRM heeft geformuleerd, telt een gebeurtenis die onder de verantwoordelijkheid van de Staat plaatsvond als een verzwarende factor. Het Hof scherpt de positieve verplichting dan aan, en dit kan bovendien reden zijn om eerder aansprakelijkheid van de Staat aan te nemen, en daarmee een schending.¹²¹

Gelet op de bijzondere omstandigheden in deze zaak oordeelt de Grote Kamer van het Hof dat CLR in deze zaak procesbevoegdheid toekomt.¹²² De bijzondere omstandigheden zijn onder meer gelegen in het feit dat Câmpeanu bijzonder kwetsbaar was,¹²³ geen familieleden had, niet zelf een juridische procedure kon starten, de Staat geen voogd/curator had aangewezen en de

120 Zie ook meer recent de zaak: EHRM 24 maart 2015, EHRC 2015, 121 (*Association for the Defence of Human Rights in Romania – Helsinki Committee (APADOR-CH) on behalf of Ionel Garcea t. Roemenië*) waarin het Hof opnieuw aan een NGO procesbevoegdheid toekent.

121 Zie hierover eerder hoofdstuk 4, i.h.b. paragraaf 4.2.2.

122 Kritisch is Vylder in haar noot bij deze uitspraak ten aanzien van de casuïstische benadering. Liever had zij een meer principiële uitspraak gezien.

123 Zie over kwetsbare groepen in relatie tot het EVRM: Peroni & Timmer 2013 en zie ook: Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2013, p. 413-433 getiteld: 'Rechten van bijzondere groepen en collectieve rechten'.

Staat bovendien in de nationale procedure de *locus standi* van CLR niet had betwist. Het feit dat het in de onderhavige zaak gaat om het recht op leven legt ook gewicht in de schaal en is daarmee een factor in de beoordeling. Bovendien bestaat bij het onthouden van procesbevoegdheid van CLR de ongewenste mogelijkheid dat de Staat zijn aansprakelijkheid ontloopt, aldus het Hof.¹²⁴

In het kader van de ontvankelijkheid van de klacht heeft de Grote Kamer overigens ook overwogen dat het een uitzondering maakt op de toepassing van artikel 34 EVRM in combinatie met de aanvullende regels uit het Procesreglement in het geval dat artikel 2, 3 of 8 EVRM in het geding is. In het geval dat een klacht aanhangig is gemaakt, zonder geldige machtiging, kijkt het Hof naar de kwetsbaarheid van het slachtoffer met betrekking tot geslacht, leeftijd en beperking als gevolg waarvan klager zijn klacht niet zelf aanhangig heeft kunnen maken.¹²⁵

Tot slot: bij de inhoudelijke beoordeling van de klacht onder artikel 2 EVRM neemt de Grote Kamer expliciet de kwetsbare positie mee bij de beoordeling van het bewijs en herhaalt het de verhoogde verantwoordelijkheid van de autoriteiten:

‘The Court reiterates in this context that in assessing the evidence adduced before it, particular attention should be paid to Mr Câmpăanu’s vulnerable state (...) and the fact that for the duration of his whole life he was in the hands of the authorities, which are therefore under an obligation to account for his treatment and to give plausible explanations concerning such treatment.’¹²⁶

Niet alleen kan een interventie van een derde partij behulpzaam zijn voor het Hof bij het vaststellen van de feiten. In sommige gevallen kan aan zo’n derde partij ook procesbevoegdheid toekomen in de procedure voor het Hof. De ernstige omstandigheden in de hiervoor besproken uitspraak en de kwetsbaarheid van de betrokkene hebben hierin onder meer een belangrijke rol gespeeld.

10.4.2.3 *Fact-finding missions als fact-finding tool*

Het vaststellen van de feiten speelt vooral een rol in de zaken waarin het gaat om artikel 2 en/of 3 EVRM, en dus vinden in dit type zaken ook het meest *fact-finding missions* plaats.¹²⁷ Als het Hof er niet in slaagt om op basis van het schriftelijke bewijsmateriaal de feiten vast te stellen, ziet de vervolgstap van

124 EHRM 17 juli 2014, EHRC 2014, 212, m.nt. H. De Vylder, par. 104-114 (Grote Kamer) (*Centre of Legal Resources on Behalf of Valentin Câmpăanu t. Roemenië*).

125 EHRM 17 juli 2014, EHRC 2014, 212, m.nt. H. De Vylder, par. 103 (Grote Kamer) (*Centre of Legal Resources on Behalf of Valentin Câmpăanu t. Roemenië*).

126 EHRM 17 juli 2014, EHRC 2014, 212, m.nt. H. De Vylder, par. 140 (Grote Kamer) (*Centre of Legal Resources on Behalf of Valentin Câmpăanu t. Roemenië*).

127 Leach 2010 e.a., p. 49.

het Hof op het zelf onderzoeken van de feiten. Dit kan door bijvoorbeeld meer bewijs te vragen van de partijen¹²⁸ of door het stellen van vragen aan partijen. Indien onduidelijkheid over de feiten blijft bestaan, mede omdat de Staat niet meewerkt, kan het Hof besluiten om een *fact-finding mission* te organiseren.¹²⁹

Onder het begrip *fact-finding missions* vallen zowel – waarbij ik aansluit bij de door Leach e.a. gebruikte terminologie – de *fact-finding hearings* als de *on the spot investigations*. Een *fact-finding mission* kan dus bestaan uit (1) het horen van getuigen door een delegatie van het Hof (in de Staat waartegen de klacht is ingediend of in Straatsburg)¹³⁰ en/of (2) het bezoeken van het betreffende land om daar bijvoorbeeld een detentiecentrum te inspecteren.¹³¹ In sommige gevallen worden in een dergelijke missie zowel getuigen gehoord als onderzoek gedaan in het betreffende land.¹³² In verhouding hebben het Hof en de voormalige ECieRM meer *fact-finding hearings* gehouden dan *on the spot investigations*.¹³³

De procedurele regulering van deze *missions* is terug te vinden in Rule A1 t/m Rule A8 van de Annex to the Rules.¹³⁴ Het Hof is vrij hoe het omgaat met zijn bevoegdheid tot het houden van een *fact-finding mission*.¹³⁵ Het is dus niet verplicht om op *fact-finding* missie te gaan.¹³⁶ Partijen kunnen overigens wel verzoeken om een *fact-finding mission*.¹³⁷ Artikel 38 EVRM is van vergelijkbare toepassing op de *fact-finding missions*, ook in het geval dat het Hof besluit om getuigen te horen, dan wel naar het betreffende land af te reizen om ter plaatse onderzoek te doen, is de Staat namelijk verplicht om aan de delegatie van het Hof alle noodzakelijke faciliteiten te verschaffen.¹³⁸ Het Hof is bij

128 Ik ga hier uit van de fase waarin het Hof ingaat op de inhoudelijke gronden van de klacht, en ga er dus vanuit dat de klacht ontvankelijk is ex artikel 35 EVRM. Kanttekening is wel dat een van de ontvankelijkheidsvoorwaarden ziet op ‘manifestly ill – founded’, en dit vraagt wel al om een inhoudelijke beoordeling (in de ontvankelijkheidsfase). Evenals het criterium van ‘significant disadvantage’ (‘wezenlijk nadeel’). Zie voor de verdeling van de bewijslast in de ontvankelijkheidsfase tussen Staat en klager: Haeck & Herrera 2011, p. 359-360, en voor de bewijslast bij de inhoudelijke behandeling van de klacht: Haeck & Herrera 2011, p. 360-364. Het gaat dan om de ‘gewone’ artikel 2 en 3 EVRM zaken, en dus niet om uitzettingszaken.

129 Leach e.a. 2010, p. 48.

130 Leach e.a. 2009, p. 53.

131 Zie ook Leach 2011, p. 57 e.v. Zie over *fact-finding missions* onder meer: Haeck & Herrera 2011, p. 348-351; Leach 2011, p. 55-63, Leach e.a. 2010 & Leach e.a. 2009.

132 Leach e.a. 2009, p. 24 e.v.

133 Leach e.a. 2010, p. 49.

134 Voor het opzetten van een *fact-finding mission* zie: Leach e.a. 2009, p. 46-56, en voor de wijze waarop de getuigen worden gehoord en de onderzoeken ter plaatse, respectievelijk: p. 56-70 en p. 71-77.

135 Leach e.a. 2010, p. 45.

136 Leach e.a. 2010, p. 46.

137 Leach e.a. 2010, p. 47.

138 Leach 2011, p. 58. Zie ook het eerder genoemde rapport van het Parlementair Assemblée (http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefDocDetails_E.asp?FileID=11636) onder punt 55.

deze *fact-finding missions* dus wel opnieuw¹³⁹ afhankelijk van de medewerking van het betreffende land. Dit leid ik af uit het feit dat het Hof tenslotte niet over een dwangmiddel beschikt om medewerking van de autoriteiten af te dwingen.¹⁴⁰ Toch kan het niet meewerken van de Staat wel een aantal consequenties hebben.¹⁴¹ Zoals we hiervoor hebben kunnen zien, kan dit resulteren in een schending van artikel 38 EVRM. Daarnaast kan dit voor het Hof reden zijn om ten aanzien van de gegrondheid van de klacht te oordelen op basis van vermoedens.

Resumerend: het vertrekpunt in de procedure voor het Hof is en blijft de nationale feitenvaststelling. Diverse EVRM (gerelateerde)-bepalingen verplichten de Staat om het Hof medewerking te verlenen bij het vaststellen van de feiten. Bij twijfel over de gebeurtenissen kan het Hof de feiten zelfstandig vaststellen. Een van de hulpmiddelen van het Hof hierbij is artikel 38 EVRM op grond waarvan het Hof bij een niet-meewerken van de Staat de klacht van klager gegrond verklaart. Daarnaast kan ook de interventie van een *amicus curiae* de feiten in de procedure voor het Hof verduidelijken. Tot slot kan het Hof overgaan tot het organiseren van een missie naar het betreffende land om daar getuigen te horen (of in Straatsburg zelf) en ter plaatse onderzoek te doen.

10.5 FACT-FINDING MISSIONS: TOEN EN NU EN IN ASIELZAKEN

In deze paragraaf gaat het erom de ontwikkeling van de *fact-finding missions* te schetsen, en of het Hof deze missies ook in asielzaken start. In dit laatste type zaken worden de (toekomstige) gebeurtenissen immers vaak betwist.

139 Ook bij het schriftelijk vragen van inlichtingen/informatie door het Hof aan de Staat zagen we dit onder artikel 38 EVRM.

140 Leach 2011, p. 59.

141 In het rapport van het Parlementaire Assemblee zijn dit achtereenvolgens: (i) het trekken van conclusies als gevolg van het niet meewerken, (ii) een verschuiving van de bewijslast en (iii) de procedurele positieve verplichting tot het houden van een effectief officieel onderzoek. Deze punten worden genoemd als consequenties van het niet meewerken van de Staat met het Hof. In dit rapport vindt deze medewerkingsplicht zijn grondslag in artikel 34 en 38 EVRM, Rule 39 en *European Agreement Relating to Persons Participating in Proceedings of the European Court of Human Rights*. In dit hoofdstuk over de feitenvaststelling en de feitenvaststellingsmissies beperk ik mij zoveel mogelijk tot artikel 38 EVRM, en dus is in dat kader het trekken van conclusies door het Hof het meest relevant.

10.5.1 *Fact-finding missions*:¹⁴² in de jaren '90 en anno 2016

In de jaren '90 van de vorige eeuw zijn door de ECieRM¹⁴³ en later door het Hof relatief veel *fact-finding missions* gehouden. Volgens Leach e.a. kunnen de jaren '90 wat dat betreft worden gezien als een gouden eeuw.¹⁴⁴ Omvangrijk was ook de *fact-finding hearing* in de interstatelijke zaak tussen *Ierland tegen het Verenigd Koninkrijk* eind jaren '70.¹⁴⁵ De ECieRM heeft in deze zaak 119 getuigen gehoord over de arrestatie en opsluiting van leden van de IRA door de Britse veiligheidsdiensten.¹⁴⁶

Een groot deel van deze *fact-finding missions* in de jaren '90 vond plaats in zaken tegen Turkije. Het Hof heeft in deze zaken getuigen gehoord in Straatsburg en Turkije.¹⁴⁷ Het ging hier veelal om grove schendingen, waarbij onder meer gedacht kan worden aan verwoesting van dorpen, executies en martelingen. De Turkse autoriteiten hadden doorgaans nagelaten om een effectief onderzoek in te stellen naar de feiten en dus waren de feiten in de nationale procedure niet vast komen te staan.¹⁴⁸ Niet alleen tegen Turkije maar ook in zaken tegen andere Verdragsstaten heeft het Hof getuigen gehoord of is het afgereisd naar het betreffende land.¹⁴⁹

Het Hof heeft overigens wel erkend dat het vaststellen van de feiten door middel van deze *fact-finding mission* ook beperkingen kent.¹⁵⁰ Zo beschikt het Hof als gezegd niet over een dwangmiddel om getuigen te verplichten om zich te laten ondervragen, noch kan het Hof de autoriteiten van de betreffende Staat verplichten om bepaalde documenten te overleggen.¹⁵¹

Wat zijn de redenen voor het Hof om over te gaan tot een *fact-finding mission*? Leach e.a. maken hierbij een onderscheid tussen 'case – related factors' en 'non – related – case factors'.¹⁵² Vooropgesteld moet worden dat voorwaarde voor een *fact-finding mission* is dat de nationale autoriteiten niet meewerken

142 Zoals in de inleiding van dit hoofdstuk opgemerkt is veel informatie in dit hoofdstuk ontleend aan het onderzoeksrapport van Leach e.a. uit 2009 naar de *fact-finding missions* van de ECieRM en het EHRM. Daarnaast het daaruit voortgekomen artikel uit 2010 (Leach e.a. 2010).

143 Zie over de *fact-finding missions* door de ECieRM (tot aan de inwerkingtreding van Protocol 11 in 1998) o.m.: Frowein 1992, p. 193-200; Drzemczewski 2000, p. 121 e.v.

144 Leach e.a. 2010, p. 42. Zie Leach e.a. 2009, p. 26 waarin te lezen is dat het voormalige Hof (dus tot 1998) slechts in een zaak zelf getuigen heeft gehoord.

145 EHRM 18 januari 1978, zaaknr. 5310/71 (*Ierland t. Verenigd Koninkrijk*).

146 Leach 2011, p. 58.

147 Leach 2011, p. 58-59.

148 Leach 2011, p. 59.

149 Zie voor een bespreking van een aantal EHRM zaken waarin het Hof getuigen heeft gehoord, of het betreffende land heeft bezocht: Leach 2011, p. 59-60.

150 Leach 2011, p. 59 en de verwijzing naar: EHRM 10 september 1999, zaaknr. 23594/94, par. 384 (*Mehmet Emin Akdeniz e.a. t. Turkije*).

151 Leach 2011, p. 59 en p. 61 onder verwijzing naar onder meer: EHRM 24 april 2003, zaaknr. 24351/94 (*Aktas t. Turkije*).

152 Leach e.a. 2009, p. 37-45; Leach e.a. 2010, p. 49 e.v.

aan het vaststellen van de feiten, door bijvoorbeeld (cruciale) documenten niet ter beschikking te stellen.¹⁵³

Zaaksgerelateerde factoren

In de eerste plaats kan bij de zaaksgerelateerde factoren gedacht worden aan de ernst en aard van de zaak.¹⁵⁴ *Fact-finding missions* vinden met name plaats in zaken waarin artikel 2 en/of 3 EVRM mogelijk zijn/is geschonden. Het gaat dan om verdwijnings- en moordzaken, en zaken waarin mogelijk sprake is van *ill-treatment*.¹⁵⁵ Toch staat dit er niet aan in de weg dat het organiseren van een *fact-finding mission* vereist is en bovendien legitiem in zaken waarin censuur de praktijk lijkt te zijn (strijd artikel 10 EVRM). Dat is ook het geval wanneer niet wordt voldaan aan de eisen van een eerlijk proces onder artikel 6 EVRM.¹⁵⁶ Ook structurele problemen, die de schending van Conventiebepalingen tot gevolg hebben, kunnen pleiten voor een *fact-finding mission*. Bovendien kan een *fact-finding* juist uitkomst bieden in de pilot procedures voor het Hof.¹⁵⁷ Een uitspraak in een pilot case geldt immers voor meerdere (vergelijkbare) klachten. De winst van de *fact-finding mission* wordt dan duidelijk zichtbaar: structurele problemen in de mensenrechtensfeer waar veel mensen mee geconfronteerd worden kunnen op deze manier worden verminderd/opgelost.

Als tweede factor zaaksgerelateerde factor kan gewezen worden op tekortkomingen in de nationale procedure bij het vaststellen van de feiten. Een voorbeeld hiervan zien we in een Turkse zaak¹⁵⁸ over de strafrechtelijke vervolging van politieagenten als gevolg van het doden van vijf verdachten in vier afzonderlijke arrestaties. In deze zaak oordeelde het Hof dat de feitenvaststelling op nationaal niveau ernstige gebreken vertoonde. Zo was geen effectief onderzoek naar de planning van de arrestatie gedaan, ontbraken foto's van de plaats waar de incidenten zich hebben afgespeeld. Verder ontbrak ander forensisch materiaal en ook waren er geen verklaringen van andere politieagenten die betrokken waren bij de arrestatie. Het EHRM concludeerde zowel tot een schending van de materiële als de procedurele verplichting onder artikel 2 EVRM.¹⁵⁹ Leach e.a. noemen onder verwijzing naar de door hen gehouden interviews onder meer dat de feiten niet op een adequate manier zijn vastgesteld, dat een poging om de feiten te achterhalen ontbreekt of dat de benade-

153 Leach e.a. (Leach e.a. 2010, p. 48) hebben dit als volgt verwoord: '(...) the inability or unwillingness of domestic authorities to fully establish the relevant facts of the case is the only given precondition for a fact-finding mission by the Court'.

154 Leach e.a. 2009, p. 38.

155 Leach e.a. 2009, p. 38.

156 Leach e.a. 2009, p. 38 en Leach e.a. 2010, p. 49.

157 Garlicki 2007, p. 177-192; Paraskeva 2008, p. 414-448. Zie ook: Buyse 2009.

158 EHRM 25 april 2006, zaaknr. 19807/92, par. 71-73 (*Erdoğan e.a. t. Turkije*). Vgl. ook: Harris e.a. 2014, p. 143.

159 Helder uiteengezet in: Harris e.a. 2014, p. 143.

ring van de nationale rechters ten aanzien van de klacht ontoereikend is.¹⁶⁰ Als de feitenvaststelling dus op nationaal niveau tekort schiet, en dus niet duidelijk is voor het Hof wat er is gebeurd, kan dit reden zijn om een *fact-finding mission* te starten.¹⁶¹

De kans op succes van de *fact-finding mission* is een derde factor die een rol kan spelen bij het wel of niet overgaan tot een *fact-finding mission*. Het niet meewerken van de Staat kan de kans op succes verkleinen, en derhalve reden zijn voor het Hof om af te zien van een *fact-finding mission*.¹⁶² Tegelijkertijd kan het niet meewerken de noodzaak van het organiseren van een *fact-finding mission* juist doen toenemen. Het niet meewerken kan immers een indicatie zijn dat de Staat bepaalde misstanden probeert te verhullen.

Interessant is ook de volgende passage waarin wordt gewezen op het verschil tussen een procedurele en materiële Verdragsschending.

‘A procedural violation can frequently be determined from the case papers, however the prospects of being able to make a finding of a substantive violation of the Convention is an important factor in the Court’s decision-making process’.¹⁶³

Onder artikel 2 EVRM kan het Hof dus louter op basis van de schriftelijke stukken een procedurele schending aannemen vanwege het niet voldoen aan de plicht tot het houden van een effectief officieel onderzoek. Om ook inhoudelijk te kunnen vaststellen of de Staat verantwoordelijk is voor het overlijden van de persoon in kwestie (een *substantive* schending van artikel 2 EVRM dus) is mogelijk een *fact-finding mission* nodig.¹⁶⁴

De vierde zaaksgerelateerde factor tot slot ziet op het verloop van tijd na de gebeurtenis.¹⁶⁵ Indien een *fact-finding mission* tien jaar na de gebeurtenis plaatsvindt, is het lastiger om deze te organiseren en bovendien minder geloofwaardig en levert het waarschijnlijk minder op.¹⁶⁶ Toch laat dit onverlet dat enkel het verloop van tijd geen reden mag zijn voor het Hof om af te zien van een dergelijke missie naar het betreffende land.¹⁶⁷

Niet zaaksgerelateerde factoren

Bij de niet zaaksgerelateerde factoren die van invloed zijn op de beslissing van het Hof om over te gaan tot een *fact-finding mission* kan in de eerste plaats gewezen worden op de tijd en het geld dat gemoeid is met de organisatie van

160 Leach e.a. 2009, p. 39.

161 Leach e.a. 2009, p. 38-39.

162 Leach e.a. 2010, p. 50.

163 Leach e.a. 2010, p. 49.

164 Aldus Leach e.a. 2010, p. 49.

165 Leach e.a. 2009, p. 41; Leach 2011, p. 60.

166 Leach e.a. 2010, p. 50.

167 Leach e.a. 2009, p. 42.

een dergelijke missie.¹⁶⁸ Het aannemen van een procedurele schending op basis van de schriftelijke stukken kan juist tijd en geld opleveren. Dit is reden voor het Hof om minder *fact-findings* te organiseren.¹⁶⁹ Daarnaast heeft de zaaklast waar het Hof mee kampt en dus de lange doorlooptijd van de klacht er aan bijgedragen dat het Hof minder vaak een feitenvaststellingsmissie onderneemt.¹⁷⁰

Een tweede factor die niet direct verband houdt met de specifieke zaak waar het om gaat, kan gelegen zijn in een wat negatieve houding ten opzichte van de *fact-finding missions*.¹⁷¹ Zo zou de cultuur binnen het Hof niet heel *fact-finding* vriendelijk zijn, en zou er een voorkeur voor schriftelijk bewijs tegenover de doorgaans moeilijk te verifiëren verklaringen van getuigen bestaan.¹⁷²

In de derde plaats kan in meer algemene zin worden gewezen op de 'pedagogische' factor als factor die van invloed is op de start van de *fact-finding mission*. Bijkomend doel is dan om de autoriteiten van met name nieuwe Staten te informeren over de Conventie.¹⁷³

Tot slot kan als laatste factor worden gewezen op het subsidiariteitsbeginsel. Conform dit beginsel zijn de nationale autoriteiten beter in staat om de feiten vast te stellen.¹⁷⁴

Fact-finding missions anno 2016

Is het aantal *fact-finding missions* sinds de jaren '90 toe- of afgenomen? Het nieuwe Hof heeft sinds 1998 (inwerkingtreding Protocol 11) in slechts achttien zaken een *fact-finding mission* georganiseerd.¹⁷⁵ Ter vergelijking: de ECieRM en het Hof gezamenlijk zijn in de periode tot en met 1998 in 92 zaken een *fact-finding mission* gestart.¹⁷⁶ Dat het Hof nog zelden een *fact-finding mission* start, volgt ook uit een van de gehouden interviews:

168 Leach e.a. 2009, p. 42-43.

169 Leach e.a. 2010, p. 51.

170 Leach e.a. 2010, p. 51.

171 Leach e.a. 2010, p. 52; Leach e.a. 2009, p. 43.

172 Leach e.a. 2010, p. 52.

173 Leach e.a. 2010, p. 52 er is wel discussie over of dit past bij de rol van het Hof om recht te doen in het individuele geval. Het informeren tijdens het bezoek aan de landen sluit meer aan bij een functie van een 'constitutional court', zo merken Leach e.a. op (Leach 2010, p. 52).

174 Leach e.a. 2009, p. 44 en de verwijzing naar onder meer: EHRM 4 augustus 2001, zaaknr. 28883/95, par. 117 (*McKerr t. Verenigd Koninkrijk*). Recenter: EHRM 14 april 2015, EHRC 2015, 150, m.nt. J.H. Gerards, par. 182 (Grote Kamer) (*Mustafa Tunç en Fecire Tunç t. Turkije*). Zie ook de meer algemene paragraaf over de feitenvaststelling, nu dit voor het Hof reden kan zijn om terughoudend te zijn om het eigen (schriftelijke) onderzoek in de plaats te stellen van dat van de nationale autoriteiten.

175 Leach e.a. 2009, p. 27. Kanttekening is hier op zijn plaats nu het Hof in de periode na 1998 ook in 46 zaken uitspraak heeft gedaan op basis van de vastgestelde feiten door het onderzoek van de voormalige ECieRM (Leach e.a. 2009, p. 27). Vgl. ook: Harris e.a. 2014, p. 144.

176 Leach e.a. 2009, p. 32. Harris e.a. 2014 spreken van 95 *fact-finding missions* (p.144).

‘Fact-finding is very rare. It’s not only a question of money. Sometimes you just don’t really need to. It’s superfluous. (...) To look and see the conditions, for instance prison conditions. But now we don’t even need that so much because we get the help of other bodies, of other organs, like the CPT [Committee for the Prevention of Torture; TdJ] for instance. We have a recent report concerning prison conditions in Romania, we don’t need to do fact-finding missions ourselves. We used to do fact-finding missions back in the nineties. Hearing witnesses etcetera.’

Bij de uiteenzetting van de factoren die een rol kunnen spelen bij de beslissing van het Hof om wel of niet een *fact-finding mission* te starten kwam ook al zijdelings aan de orde dat de zaaklast waarmee het Hof kampt een reden kan zijn om minder vaak over te gaan tot een *fact-finding mission*.¹⁷⁷ Met het aannemen van een procedurele schending onder artikel 2 en/of 3 EVRM kan tijd en geld worden bespaard.¹⁷⁸ Het is interessant om te zien dat er blijkbaar een relatie is tussen het aannemen van procedurele schendingen onder artikel 2 en/of 3 EVRM en de afname van het aantal *fact-finding missions* het Hof.¹⁷⁹ Ook een van de respondenten wijst hierop, en voegt eraan toe dat *fact-finding missions* in vreemdelingenzaken zeldzaam zijn:

‘Bijna nooit meer fact-finding. (...) N. t. Finland in vreemdelingenzaak, heel heel uitzonderlijk. (...). Het Hof heeft, schat ik, het antwoord daarop [op afnemende aantal fact-finding missions; TdJ] gevonden door de procedurele vereisten van artikel 2 en 3 in te voeren en te zeggen van luister eens: jij hebt die verplichting, en kunnen wij geen materiële schending vaststellen dan in elk geval een procedurele.’

Het meest recent, in 2014, heeft het Hof een *fact-finding hearing in camera* (i.e. zonder publiek) georganiseerd in twee zaken¹⁸⁰ waarin het ging om ‘extraordinary rendition’.¹⁸¹ Hierbij gaat het om: ‘het ‘illegaal’ transporteren van veronderstelde terroristen naar geheime detentiecentra in landen waar foltering aan de orde van de dag is’.¹⁸² In casu ging het om foltering op Pools grond-

177 De zaaklast neemt echter wel af, als gevolg van de door het Hof getroffen hervormingsmaatregelen. Toch ziet dit met name op de simpele klachten die zijn afgedaan door het Hof: de niet-simpele klachten wachten nog op behandeling, aldus Wattel 2016. Zie ook: Myjer 2016.

178 Leach e.a. 2010, p. 51.

179 Leach e.a. 2010, p. 49. Vgl. ook Smith 2009.

180 EHRM 24 juli 2014, EHRC 2014, 239, m.nt. H. van der Wilt, JV 2014, 341 (*Al Nashiri t. Polen*); EHRM 24 juli 2014, zaaknr. 75111/13 (*Husayn Abu Zabaydah t. Polen*).

181 De Grote Kamer van het Hof zag daarentegen af van een fact-finding in een eerdere ‘extraordinary rendition’ zaak omdat klager zijn claim voldoende had gesubstantieerd en het Hof het ‘beyond reasonable doubt’ oordeeld; Harris e.a. 2014, p. 145. EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 92, m.nt. H. van der Wilt, JV 2013, 111, m.nt. J.M. Reijntjes, NJ 2013, 167, m.nt. M. den Heijer, par. 154-167 (*El-Masri t. Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië*).

182 Aldus Veegens 2014, p. 380.

gebied door de CIA. Recentere voorbeelden van zaken waarin het Hof een *fact-finding mission* is gestart zijn mij niet bekend.¹⁸³

10.5.2 *Fact-finding missions* in asielzaken

In de asielzaak *N. tegen Finland*¹⁸⁴ is een delegatie van het Hof afgereisd naar Finland om daar klager en enkele getuigen te horen, om de geloofwaardigheid van het relaas van klager te kunnen beoordelen.¹⁸⁵ *N.*, klager in deze zaak, komt uit de Democratische Republiek Congo en vreest dat hem bij terugkeer een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling staat te wachten. In het verleden heeft hij voor de toenmalige president Mobutu gewerkt, en bovendien tegenstanders van het regime van de president bekend gemaakt. Na de val van het regime van Mobutu is hij gevlucht. Het Hof gaat eerst in op de feiten om deze vervolgens aan artikel 3 EVRM te toetsen.¹⁸⁶

Zowel Spijkerboer als Battjes en Vermeulen zijn kritisch over de *fact-finding mission* van het Hof in deze zaak. Battjes en Vermeulen pleiten ervoor dat het Hof niet zelf een onderzoek naar de feiten doet, maar de zorgvuldigheid van de nationale procedure opschreeft. Dit is meer conform het subsidiariteitsbeginsel en verlaagt de werkdruk.¹⁸⁷ Ook Spijkerboer plaatst vraagtekens bij het besluit van het Hof om een delegatie af te vaardigen naar Finland om daar klager en een aantal getuigen te horen. Het vaststellen van de feiten deed het Hof al eerder in de zaak *Said*.¹⁸⁸ Spijkerboer verbaast zich echter over het feit dat in een ‘alledaagse asielzaak’ het Hof een delegatie naar Finland stuurt. Zeker nu dit lastig te rijmen valt met de toenemende zaaklast.¹⁸⁹

Het eendagsvlieg-karakter van dergelijke missies in asielzaken wordt bevestigd met een Zweedse asielzaak. Alleen in die zaak, daterend uit 1997, is eerder een delegatie van de ECieRM naar Zweden afgereisd om klager daar te interviewen.¹⁹⁰ De Commissie oordeelde het relaas van klager betrouwbaar,

183 Wel heeft de Grote Kamer van het Hof halverwege 2015 expliciet afgezien van het organiseren van een *fact-finding mission* of het horen van getuigen in de zaak: EHRM 26 juni 2015, zaaknr. 13216/05, par. 11 (*Chiragov e.a. t. Armenië*) (gedwongen verlaten huis a.g.v. Armeens-Azerbeidzjaanse conflict; o.m. beroep op artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM).

184 EHRM 26 juli 2005, AB 2005, 370, m.nt. HBa & BPV, JV 2005, 306, m.nt. TS (*N. t. Finland*).

185 Zie ook Boeles e.a. 2014, p. 345-346 en Leach e.a. 2011, p. 60. Vgl. ook: Dembour 2015, p. 215-216. De geloofwaardigheidstoets is onderdeel van de feitenvaststelling door het EHRM.

186 EHRM 26 juli 2005, AB 2005, 370, m.nt. HBa & BPV, JV 2005, 306, m.nt. TS, par. 152-157 (feiten) en par. 158 – 168 (toepassing artikel 3 EVRM) (*N. t. Finland*). Zo merkt Spijkerboer op in zijn noot bij deze uitspraak. Volgens hem houdt het Hof deze volgorde vaker aan, en verwijst naar: EHRM 24 maart 2005, zaaknr. 21894/93, par. 191-232 (*Akkum t. Turkije*).

187 Battjes en Vermeulen in hun noot onder punt 3.

188 EHRM 5 juli 2005, AB 2005, 369, m.nt. HBa & BPV (*Said t. Nederland*).

189 Spijkerboer in zijn noot onder punt 1.1.

190 Dembour 2015, p. 211 e.v.

en uitzetting naar Iran zou strijd opleveren met artikel 3 EVRM.¹⁹¹ Het Hof schrapte de zaak vijf maanden later echter van de rol, omdat klager toen inmiddels over een verblijfsvergunning beschikte.¹⁹²

De *fact-finding mission* in de zaak *N.* tegen Finland is uitzonderlijk en een eendagsvlieg, want in latere jurisprudentie van het Hof zijn mij geen voorbeelden bekend¹⁹³ waarin het Hof in een asielzaak overging tot een *fact-finding mission*. Overigens heeft het Hof wel in 2011 getuigen gehoord in Straatsburg in een zaak tussen Georgië en Rusland,¹⁹⁴ waarin het ging over de arrestatie, opsluiting en collectieve uitzetting in 2006¹⁹⁵ van Georgiërs door Rusland.¹⁹⁶

Resumerend: in deze paragraaf is uitgebreider ingegaan op de (ontwikkeling van de) *fact-finding missions* van het Hof en de factoren die van invloed zijn op het wel of niet starten van een dergelijke missie. De inwerkingtreding van Protocol 11 in 1998 kan worden gezien als een keerpunt ten aanzien van de feitenvaststellingsmissies. Vanaf dat moment is het aantal door het EHRM gestarte *fact-finding missions* drastisch afgenomen. Een van de oorzaken is de enorme zaaklast waaronder het Hof gebukt gaat, en het organiseren van een *fact-finding mission* kost veel tijd en geld. Met het aannemen van een procedurele schending bespaart het Hof tijd en geld. Hiermee kwam de relatie tussen de toename van het aantal procedurele schendingen onder artikel 2 en/of 3 EVRM en het aantal afgenomen *fact-finding missions* aan het licht.

10.6 FEITENVASTSTELLING ONDER DE ARTIKELEN 2, 3 EN 8 EVRM EN ARTIKEL 1 EP EVRM

Nadat in het voorgaande is ingegaan op de wijze waarop het Hof de feiten vast kan stellen, gaat het er in deze paragraaf om in hoeverre de feitenvaststelling een rol speelt onder de EVRM-artikelen die centraal staan in deze studie. Het is al meerdere malen in dit hoofdstuk opgemerkt, maar de hoofdregel is en blijft dat in de meeste zaken de feiten in de nationale procedure door de nationale rechters al zijn vastgesteld.¹⁹⁷ In Straatsburg zal het Hof deze

¹⁹¹ Zie par. 25 van de uitspraak.

¹⁹² EHRM 9 oktober 1998, zaaknr. 32448/96, par. 17 (*Hatimi t. Zweden*).

¹⁹³ Eerder, in een extradition case, wilde het Hof Rusland bezoeken, maar omdat Rusland niet meewerkte zag het hier vanaf (White & Ovey 2014, p. 30): EHRM 12 april 2005, EHRC 2005, 66 (*Shamayev e.a. t. Georgië en Rusland*).

¹⁹⁴ Press Release van het Hof d.d. 4 november 2011, waarin ook te lezen is dat op 15 december 2009 deze zaak naar de Grote Kamer is doorverwezen. Op 13 juni 2012 is door de Grote Kamer een hoorzitting gehouden. EHRM 3 juli 2014, EHRC 2014, 224, par. 86 e.v. (*Georgië t. Rusland (I)*).

¹⁹⁵ Artikel 4 VP.

¹⁹⁶ Zie ook Leach 2011, p. 60.

¹⁹⁷ Vgl. Harris e.a. 2014, p. 143; White & Ovey 2014, p. 29; Leach 2011, p. 55; Reid 2011, p. 14-15.

vervolgens – conform het subsidiariteitsbeginsel – toetsen op hun verenigbaarheid met het EVRM.¹⁹⁸ Toch zijn er ook gevallen waarin het Hof wél zelf de feiten onderzoekt. Bijvoorbeeld wanneer de vermeende schending (deels) voortkomt uit tekortkomingen in de rechtspraak of als klager ervan weerhouden is om alle nationale rechtsmiddelen uit te putten, en de feiten dus betwist worden.¹⁹⁹ Bestaat er in die gevallen verschil tussen de feitenvaststelling door het Hof onder artikel 2 en 3 EVRM en artikel 8 EVRM? Wanneer is het Hof proactief in het verzamelen van de relevante feiten en omstandigheden, en in welke gevallen is het terughoudend(er)? Brengt deze feitenvaststellingspraktijk indirecte procedurele implicaties met zich?

Artikel 2 en 3 EVRM

Uitgangspunt van het Hof bij het vaststellen van de feiten onder artikel 2 of 3 EVRM blijven de feiten zoals deze zijn vastgesteld door de nationale rechterlijke instanties. Toch stelt het Hof in sommige gevallen zelf de feiten vast,²⁰⁰ en kan het besluiten de klacht (ook) zelf aan een grondig onderzoek te onderwerpen.²⁰¹

Met name onder de standaard artikel 2 en 3 EVRM-zaken, en ook in de *non refoulement*-zaken onder 3 EVRM,²⁰² zijn de feiten niet altijd in de nationale procedure vast komen te staan en wordt het gebeurde vaak betwist/ontkend door de Staat. Bovendien is de vraag of sprake is van foltering of een onmenselijke behandeling sterk afhankelijk van de individuele omstandigheden van het geval. Of een bepaalde handeling de drempel van ‘a minimum level of severity’ haalt om binnen de *scope* van artikel 3 EVRM te vallen, is tenslotte afhankelijk van de feiten.²⁰³ Bovendien verlangt een voorgenomen uitzetting een *ex nunc*-toets om de bescherming van het 3 EVRM-recht te kunnen realiseren.²⁰⁴

Bij het vaststellen van de feiten maakt het Hof veel gebruik van feitenvaststellingsbevoegdheden (en daarmee de rapporten) van organisaties van de Raad van Europa, of andere NGO's of de VN.²⁰⁵ Zo doen de rapporten van

198 Zie hierover ook eerder in dit hoofdstuk.

199 White & Ovey 2014, p. 29

200 Harris e.a. 2014, p. 143 e.v.; White & Ovey 2014, p. 29-30; Haeck & Herrera 2011, p. 370.

201 Leach 2011, p. 56; Glas 2015, p. 322.

202 In hoofdstuk 11 wordt een aparte paragraaf aan gewijd aan deze categorie zaken onder 3 EVRM.

203 Zie Sadeghi 2009, p. 127-128.

204 Zie uitgebreid hoofdstuk 11.

205 Zie ook bijzonder kritisch over het gebruik van het Hof van secundaire bronnen (rapporten van NGO's): Sadeghi 2009. Het Hof zou naar het oordeel van de auteur te weinig kritisch zijn t.a.v. de rapporten (p. 134-146) en bovendien te veel *ad hoc* deze bronnen in zijn oordeel betrekken (p. 146-149). Zie ook haar suggesties, waaronder het stellen van eisen (certificaat) aan de rapporten voordat het Hof zich op het rapport baseert en inzichtelijk maken hoeveel gewicht het Hof precies aan het rapport toekent en instelling van een apart instituut (zoals de voormalige ECieRM) belast met alleen *fact-finding* (p. 149-151).

het CPT vaak dienst bij het bepalen van de detentieomstandigheden. Hierbij kan het Hof dan zelfstandig meer bronnen in zijn feitenvaststelling (en oordeel) betrekken dan in de nationale procedure is gebeurd. Dit kan overigens ook onderdeel uitmaken van de omgang met bewijs,²⁰⁶ en bevestigt de nauwe relatie tussen de feitenvaststelling en de omgang met bewijs(regels) door het Hof.

Onder artikel 38 EVRM kan het Hof oordelen op basis van vermoedens waarbij een niet meewerken van de Staat resulteert in een gegrondverklaring van de klacht van klager. Vooral in zaken waarin onduidelijkheid over de feiten bestaat, zal het Hof hiertoe overgaan, en dus zal dit met name onder 2 en 3 EVRM aan de orde zijn.

Verder kost het organiseren van een *fact-finding mission* naar het land waarnaar wordt uitgezet niet alleen veel tijd en geld, maar is een dergelijke missie ook lastig omdat dit land vrijwel nooit partij is bij het EVRM. Hierdoor is dit land niet verplicht om medewerking te verlenen (ex artikel 38 EVRM) aan een *fact-finding* delegatie van het Hof.²⁰⁷ Daarnaast gaat het vaak om falende Staten, waar het onderzoek slecht mogelijk is zonder daar gevestigd personeel. Om deze redenen maakt het Hof in dit type zaken veel gebruik van secundaire bronnen.²⁰⁸ Daarnaast ziet de beoordeling van het Hof onder artikel 2 en 3 EVRM steeds vaker op de aanwezigheid van een effectief officieel onderzoek in de nationale procedure, en bij een gebrek hieraan constateert het een schending van de procedurele component van een van deze artikelen.²⁰⁹

Zoals ook in de inleiding opgemerkt, houdt de feitenvaststelling nauw verband met het bewijs. Bij twijfel over wat er precies is gebeurd, wordt het al vaak een bewijskwestie. In het volgende bewijshoofdstuk zal daarom onder de standaard 2 en 3 EVRM-zaken en de uitzettingzaken onder artikel 3 EVRM uitgebreider in worden gegaan op de omgang met bewijs, en de daarmee verband houdende feitenvaststelling nu het Hof het vaststellen van de feiten en het bewijs tenslotte regelmatig gelijktijdig behandelt.²¹⁰

Artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM

Onder artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM spelen de feiten een veel kleinere rol dan onder de artikelen 2 en 3 van het Verdrag²¹¹ en ligt de nadruk op het doen en (na)laten van de nationale autoriteiten in de nationale procedure. Dit beeld is ten aanzien van artikel 8 EVRM bevestigd in de twee uitspraken

206 Dit komt in hoofdstuk 11 ook aan de orde.

207 Sadeghi 2009, p. 134.

208 Aldus Sadeghi 2009, p. 133-134.

209 Zie eerder in dit hoofdstuk, en zie ook hoofdstuk 4 en 5.

210 EHRM 24 juli 2014, *EHRC* 2014, 239, m.nt. H. van der Wilt, *JV* 2014, 341, par. 392-443 (*Al Nashiri t. Polen*). Zie hierover hoofdstuk 11.

211 Al eerder opgemerkt in dit hoofdstuk.

(Kamer in eerste instantie, en Grote Kamer) in de zaak *Hatton e.a.* tegen het Verenigd Koninkrijk.²¹² In beide uitspraken kijkt het Hof of de nationale autoriteiten voldoende rapporten hebben betrokken in hun besluit om het aantal (nacht)vluchten te laten toenemen met het vluchtschema van 1993. Het Hof neemt de rapporten mee die in de nationale procedure zijn overgelegd, maar heeft in de *Hatton e.a.* zaken niet uit eigen beweging *meer* rapporten geraadpleegd.

Helder is ook de nu volgende overweging van het Hof in de Grote Kamer uitspraak in de zaak *Hatton e.a.* waarin het aangeeft waaruit zijn onderzoek bestaat. Met het oog op de verenigbaarheid met artikel 8 EVRM onderzoekt het Hof de inhoudelijke gronden van het besluit van de nationale autoriteiten en om te kunnen beoordelen of voldoende recht is gedaan aan het belang van het individu in de nationale besluitvormingsprocedure.²¹³

‘The Court considers that in a case such as the present one, involving State decisions affecting environmental issues, there are two aspects to the inquiry which may be carried out by the Court. First, the Court may assess the substantive merits of the government’s decision, to ensure that it is compatible with Article 8. Secondly, it may scrutinise the decision-making process to ensure that due weight has been accorded to the interests of the individual.’²¹⁴

In milieu gerelateerde kwesties komt de Staat een *margin of appreciation* toe. De omvang van deze ruimte is afhankelijk van de context waarbij factoren als de aard van het recht, het belang voor het individu en de aard van de activiteiten een rol spelen.²¹⁵ Of de Staat binnen zijn *margin* is gebleven bij het vormgeven van het wettelijk kader, hangt af van de voor het individu beschikbare procedurele waarborgen.²¹⁶ Een *margin of appreciation* kan er dus aan in de weg staan dat het Hof een oordeel geeft over de inhoud van de zaak. Voor de vraag of het Hof vindt dat de Staat binnen deze ruimte is gebleven en op dit punt de Staat deze *margin* laat, hangt tegelijkertijd af van de voor het individu beschikbare procedurele waarborgen.

Het is aan het Hof om te bepalen hoeveel ruimte de Staat krijgt. Hierbij moet de balans worden gevonden tussen aan de ene kant de door de Staat gewenste ruimte (het gaat immers om het voeren van algemeen (complex) beleid) en aan de andere kant het standpunt van klagers die een beperktere

212 EHRM 2 oktober 2001, zaaknr. 36022/97, par. 94-107 (toets Hof onder artikel 8 EVRM) (*Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 19 augustus 2003, EHRC 2003, 71, m.nt. Janssen, par. 116-130 (toets Hof onder 8 EVRM) (Grote Kamer) (*Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*). Zie bovendien ook de in deel I besproken 8 EVRM-jurisprudentie.

213 Zie voor de toepassing in de onderhavige zaak: par. 124 e.v.

214 EHRM 19 augustus 2003, EHRC 2003, 71, m.nt. Janssen, par. 99 (Grote Kamer) (*Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

215 Zie par. 101 van de uitspraak.

216 Par. 101 van de uitspraak.

margin verlangen (de nachtrust is een ‘intimate’ aspect van hun 8 EVRM-recht). Voor de uitkomst is de context van de zaak bepalend.²¹⁷

Verder herhaalt de Grote Kamer van het Hof (onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie)²¹⁸ dat het aan de nationale autoriteiten is om de noodzakelijkheidstest van de inmenging uit te voeren. Daarnaast – en hier spreekt opnieuw het subsidiariteitsbeginsel – zijn de Staten volgens het Hof beter in staat om de lokale behoeften in te schatten.²¹⁹ Op dit punt stelt het Hof zich dus terughoudend op.²²⁰ Het Hof geeft echter wel een oordeel over alle procedurele aspecten van de zaak, waaronder de aanwezigheid van procedurele waarborgen en de vraag of voldoende rekening is gehouden met de standpunten van de betrokken individuen.²²¹

Wat is nu de voornaamste reden dat het Hof terughoudender is in het zelf vaststellen van de feiten onder artikel 8 EVRM? Komt dat omdat de feiten doorgaans minder vaak in geschil zijn? Of zijn het de *margin of appreciation* en de subsidiaire positie die dit verhinderen?

Onder artikel 8 EVRM zijn om te beginnen de feiten doorgaans minder vaak in geschil. Eerder in dit hoofdstuk wees ik op het citaat van een van de respondenten over de versteende nationale situatie op het moment dat het Hof een oordeel moet geven over de vermeende schending. Het geschil onder artikel 8 EVRM ziet op de vraag of de inmenging de lid 2-toets doorstaat. De feiten zijn echter niet versteend in asielzaken onder artikel 2 en/of 3 EVRM. In 3 EVRM-zaken (en soms 2 EVRM-zaken) waarin de asielzoeker dreigt te worden uitgezet, ziet de schending van artikel 3 EVRM op de toekomst. Het is aan het Hof om een oordeel te geven over de verenigbaarheid van de uitzetting met artikel 3 EVRM. De mogelijk met het EVRM strijdige gebeurtenis heeft zich in dit geval nog niet voorgedaan. Het gaat om een prognose die door partijen wordt betwist. Het Hof kan in dit type zaken een oordeel geven over de wijze waarop door de nationale autoriteiten de claim van klager is behandeld. Op dit punt vormt de nationale gang van zaken dus het vertrekpunt voor het oordeel van het Hof. Dit is conform de regel dat het Hof geen vierde instantie is, noch een feitenrechter. Maar het Hof kan ook besluiten om de 3 EVRM-claim zelf aan

217 Par. 103.

218 Het gaat hier om de zaak *Buckley*.

219 Zie par. 101.

220 Zie over onder meer de procedurele beoordeling van het EHRM een aantal van de bijdragen in de bundel *Procedural review in European fundamental rights cases* (Brems & Gerards 2017). Gerards is kritisch ten aanzien van de ontbrekende argumentatie van het Hof wanneer het een procedurele beoordeling van de klacht geeft en wanneer in de beoordeling juist materiële argumenten een rol spelen. Nussberger pareert dit punt van Gerards, nu de argumenten van de partijen onder meer bepalend zijn voor een procedurele of meer inhoudelijke beoordeling door het EHRM, en dit verklaart dat een logische rationale verklaring van het EHRM voor de keuze voor ofwel de procedurele of de materiële beoordeling niet kan worden gegeven.

221 Par. 104 van de uitspraak.

een grondig onderzoek te onderwerpen.²²² Het Hof houdt zich dan niet aan de regel dat het in principe alleen een oordeel geeft over conformiteit van de nationale procedure met het EVRM. Verder beoordeelt het Hof de klacht *ex nunc* in het geval dat de uitzetting nog niet heeft plaatsgevonden. Hierbij kan het dan bijvoorbeeld uit eigen beweging meer (actuele) rapporten raadplegen om vast te kunnen stellen of klager een reëel risico loopt op een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling bij uitzetting.²²³

In de gevallen waarin onder artikel 8 EVRM sprake is van een met artikel 3 EVRM vergelijkbare situatie is het Hof wel geneigd om onder artikel 8 EVRM aan te sluiten bij de wijze van toetsing onder 3 EVRM in asielzaken.²²⁴

Daarnaast komt de Staat een *margin of appreciation* toe onder artikel 8 EVRM. Bovendien geldt in alle zaken die het EHRM behandelt dat de nationale autoriteiten op grond van het subsidiariteitsbeginsel de primaire beschermers van de EVRM-rechten zijn. Het voorgaande heeft tot gevolg dat de toets van het Hof onder artikel 8 EVRM een meer procedureel karakter heeft,²²⁵ zoals ook te zien was in de hiervoor besproken *Hatton e.a.* zaak, en het Hof minder noodzaak ziet om de feiten zelf vast te stellen.

Ook onder het eigendomsrecht kan de vraag worden gesteld wat de voornaamste reden is dat het Hof terughoudender is in het zelf vaststellen van de feiten onder dit recht. Het antwoord luidt dat ook onder het eigendomsrecht de feiten in de procedure in Straatsburg doorgaans al vast staan. Het Hof beperkt zich dan tot de vraag of sprake is van een *fair balance* tussen het algemeen belang en het belang van het individu. Hierbij beoordeelt het Hof primair de nationale gang van zaken op conformiteit met het EVRM. De subsidiaire positie die het Hof inneemt ten opzichte van de Staten als primaire grondrechtenbeschermers blijft opnieuw ook een belangrijke reden voor het Hof om zich terughoudend op te stellen ten aanzien van het vaststellen van de feiten. Onder het eigendomsrecht komen de Staten ook een ruime *margin of appreciation* toe. Dit is een reden voor het Hof om zich terughoudend op te stellen ten aanzien van het in de plaats stellen van zijn eigen inhoudelijke oordeel voor dat van de nationale autoriteiten.

Een aanknopingspunt voor een actievere rol van het Hof onder artikel 1 EP EVRM zou kunnen worden gevonden in de hoogte van de schadevergoeding. Hoe stelt het Hof vast of er voldoende of onvoldoende schadevergoeding is betaald aan klager(s) in de nationale procedure? Hoe waardeert het Hof het

222 Zie hierover uitgebreider hoofdstuk 11, i.h.b. paragraaf 11.5.1 en 11.5.2.

223 Ook dit komt uitgebreider aan bod in hoofdstuk 11.

224 Zie paragraaf 11.4.2.1 van hoofdstuk 11.

225 Zie over de nadruk die het Hof legt op de proportionaliteit van de nationale procedure: Popelier & Van de Heyning 2017 en Harbo 2017.

deskundigenadvies?²²⁶ Twee Grote Kamer uitspraken van het Hof in onteigeningszaken²²⁷ laten zien dat het Hof bij het bepalen van de juiste hoogte van de betaalde schadevergoeding de in de nationale procedure naar voren gebrachte deskundigenrapporten als uitgangspunt neemt.²²⁸ Misschien dat het Hof alleen in het geval waarin dergelijke rapporten niet in de nationale procedure zijn betrokken *zelf* dergelijke rapporten in zijn oordeel betreft. Om zo vast te kunnen stellen of de hoogte van de schadevergoeding adequaat is. Als het Hof de betaalde schadevergoeding te laag vindt, ontbreekt vaak de *fair balance* en is klager met een onevenredig hoge last ('excessive burdens') geconfronteerd.²²⁹

Resumerend: wanneer we de feitenvaststellingspraktijk van het Straatsburgse Hof tussen enerzijds artikelen 2 en 3 EVRM en anderzijds artikel 8 EVRM en 1 EP EVRM met elkaar vergelijken, valt op dat onder de eerste twee artikelen het Hof vaker besluit tot een zelfstandige vaststelling van de feiten. Bijkomend gevolg hiervan is dat het Hof in de gevallen dat het recht op leven of het folterverbod in het geding is een actievere houding aanneemt.

Onder deze artikelen zijn de feiten vaker in geschil, of hebben de betwiste feiten zich nog niet voorgedaan (in het geval van uitzetting onder artikel 3 EVRM). De indirecte procedurele implicaties volgend uit de feitenvaststellingspraktijk van het Hof volgen dan ook vooral uit deze EVRM-bepalingen, en zien met name op het raadplegen van extra (secundaire) bronnen. Onder artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM zijn de feiten in de procedure voor het Hof in de meeste gevallen niet langer in geschil. De indirecte procedurele implicaties zijn onder deze artikelen daarom nauwelijks tot niet aanwezig. Nauwelijks, omdat het wel mogelijk is dat het Hof bij het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding (bij onduidelijkheid in de nationale procedure) onder het eigendomsrecht zelf extra bronnen raadpleegt.

226 Zie voor de waardering van bewijsmiddelen (waaronder deskundigenrapporten) in het Nederlandse bestuursrecht in nadeelcompensatie zaken: Van Ravels 2010.

227 EHRM 25 maart 1999, zaaknr. 31423/96 (*Papachelas t. Griekenland*); EHRM 25 oktober 2012, EHRC 2013, 28, m.nt. A. Jasiak (*Vistiņš en Perepjolkins t. Letland*).

228 EHRM 25 maart 1999, zaaknr. 31423/96, par. 48 en 12 (*Papachelas t. Griekenland*); EHRM 25 oktober 2012, EHRC 2013, 28, m.nt. A. Jasiak, par. 118-119 (*Vistiņš en Perepjolkins t. Letland*).

229 Voor het in kaart brengen van de toetsingspraktijk ten aanzien van de toekenning van schadevergoeding is artikel 41 EVRM relevant. Dit gaat echter het bestek van dit onderzoek te buiten. Zie in dit verband wel opnieuw: Van Emmerik 1997 en Somers 2016.

10.7 DE INDIRECTE PROCEDURELE IMPLICATIES VAN DE FEITENVASTSTELLINGS-
PRAKTIJK VAN HET HOF IN RELATIE TOT DE ARTIKELN 6 EN 13 EVRM EN
DE MOGELIJKE TOEGEVOEGDE WAARDE

Wat is de mogelijke toegevoegde waarde van de indirecte procedurele implicaties voortvloeiend uit de feitenvaststellingspraktijk onder de artikelen 2, 3 en 8 van het Verdrag en artikel 1 EP EVRM in relatie tot de procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM? Komen de eisen die het Hof onder deze materiële artikelen indirect aan de nationale autoriteiten (rechter en bestuur) stelt (op punten) overeen met de eisen die voor hen voortvloeien uit artikel 6 en 13 EVRM?

Alleen het recht op leven en het folterverbod brengen een indirecte procedurele implicatie met zich, zoals ook hiervoor is te lezen. Bij het zelfstandig beoordelen van de feiten kan het Hof onder deze artikelen extra bronnen raadplegen. Dit levert een indirecte procedurele implicatie op nu dit ertoe kan leiden dat de beoordeling in Straatsburg als gevolg van deze extra informatie anders uitpakt dan de nationale beoordeling. Het Hof verlangt niet expliciet van de Staat dat hij het EHRM hierin volgt. Maar dit neemt niet weg dat het met het oog op onder meer efficiency raadzaam kan zijn dat de nationale autoriteiten zich bewust zijn van deze actievare rol van het Hof op een aantal punten, en in sommige zaken. In sommige gevallen kan dit betekenen dat de nationale rechters in navolging van de Straatsburgse rechters ook de feiten *ex nunc* moeten toetsen. Zo zorgen zij ervoor dat hun beoordeling beter aansluit bij de beoordeling van het EHRM.

De vervolgvraag is wat de relatie is tussen het uit eigen beweging raadplegen van meer bronnen en de procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM, en of deze indirecte procedurele implicatie eventueel van toegevoegde waarde is.

Artikel 6 EVRM brengt niet de verplichting met zich om zelfstandig (meer) bronnen te raadplegen. Dit volgt wel indirect uit artikel 2 en 3 EVRM voor de nationale rechter. Op punten bestaat hier wel wat overlap met het vereiste van *full jurisdiction* waarbij de nationale autoriteiten ex artikel 6 EVRM de klacht zowel op de feiten als het recht dienen te beoordelen.²³⁰ Toch verlangt dit artikel niet van de nationale autoriteiten dat zij zelfstandig de feiten vaststellen en daartoe extra bronnen raadplegen. In dit opzicht is deze indirecte procedurele implicatie van artikel 2 en 3 EVRM van toegevoegde waarde ten opzichte van artikel 6 EVRM. In die zin dat het een nieuwe verplichting voor de Staat oplevert. Ook klager zal in deze verplichting een toegevoegde waarde zien. Op grond van de eerstgenoemde artikelen moeten de nationale autoriteiten onder omstandigheden meer doen om de feiten vast te stellen, dan dat het geval is onder artikel 6 EVRM. Hiermee neemt de individuele rechtsbescherming toe. De nationale autoriteiten zullen een andere mening zijn toegedaan. Het

230 Zie hierover hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.2.3.

Hof formuleert indirect meer verplichtingen voor hen. Bovendien gaat het EHRM bij het zelfstandig vaststellen van de feiten niet langer alleen af op de feitenvaststelling in de nationale procedure. Tegelijkertijd is de procedurele onderzoeksplicht in de plaats gekomen voor het zelfstandig vaststellen van de feiten door het Hof. Daarmee is de toets van het Hof minder inhoudelijk en meer procedureel van aard geworden.²³¹ Dit onderstreept het belang van een inhoudelijke bescherming onder het EVRM op nationaal niveau.

Artikel 13 EVRM wordt in de meeste gevallen ingeroepen in combinatie met een materieel EVRM-recht, en artikel 2 of 3 EVRM brengt zelfstandig, en in combinatie met dit artikel de procedurele plicht tot het doen van een effectief officieel onderzoek met zich voor de nationale autoriteiten.²³² De in dit kader geformuleerde eisen waaraan dit onderzoek moet voldoen zien op de onafhankelijkheid van het onderzoek, de identificatie en eventuele bestraffing van de verantwoordelijken, de snelheid waarmee het onderzoek van start dient te gaan en de duur van het onderzoek en tot slot dienen de nabestaanden/slachtoffers in voldoende mate bij het onderzoek te worden betrokken. Van het tweede vereiste – de identificatie en verantwoordelijk houding/bestrafing van de verantwoordelijken – kan gezegd worden dat het overlapt vertoont met de indirecte verplichting onder de artikelen 2 en 3 EVRM om extra bronnen te raadplegen om de feiten vast te stellen. De ratio van het tweede vereiste van de procedurele onderzoeksplicht is tenslotte om de feiten boven tafel te krijgen ten aanzien van de (fatale) gebeurtenis en zo de verantwoordelijken te identificeren en verantwoordelijk te houden. Hiertoe zullen de nationale autoriteiten in sommige gevallen meer of extra informatie in hun onderzoek moeten betrekken, en daarmee lijkt dit vereiste sterk op de indirecte procedurele implicatie van de artikelen 2 en 3 EVRM. Dit heeft tot gevolg dat de mogelijke toegevoegde waarde van deze indirecte procedurele implicatie ontbreekt ten opzichte van artikel 13 EVRM. De verplichting tot het achterhalen van de feiten geldt immers reeds voor de nationale autoriteiten op grond van de (directere) procedurele onderzoeksplicht onder artikel 2 en/of 3 EVRM in combinatie met artikel 13 EVRM. De verplichtingen voor de rechter en het bestuur nemen onder artikel 13 EVRM dus niet direct toe als gevolg van de indirecte procedurele implicatie onder het recht op leven en het folterverbod.

10.8 CONCLUSIE

Het EHRM is en blijft een ‘grensrechter’. Dit betekent dat het in de regel voor de beoordeling van de EVRM-klacht uitgaat van de feiten zoals deze in de nationale procedure zijn vast komen te staan. In sommige gevallen maakt het

231 Met uitzondering overigens van de toets die het EHRM onder artikel 3 EVRM in uitzettingszaken toepast, zie hoofdstuk 11.

232 Zie uitgebreid hoofdstuk 4 en 5.

Hof echter een uitzondering op deze hoofdregel en stelt het wel zelf de feiten vast.

Onder de artikelen 8 EVRM (recht op privé- en familielevens) en 1 EP EVRM (recht op eigendom) laat het EHRM de Staten inhoudelijke beoordelingsruimte en beoordeelt het primair of bij de aantasting van deze rechten in de nationale procedure wel naar een *fair balance* is gezocht. Bovendien zijn de feiten onder deze artikelen in de procedure voor het Hof doorgaans niet langer in geschil. De indirecte procedurele implicaties die voortkomen uit de feitenvaststellingspraktijk van het Straatsburgse Hof ten aanzien van de artikelen 8 EVRM en 1 EP EVRM zijn daarom beperkt en in de meeste gevallen afwezig. Onder omstandigheden is het denkbaar dat het EHRM onder het eigendomsrecht de te betalen schadevergoeding beoordeelt en daarbij uit eigen beweging meer bronnen raadpleegt. In de regel beperkt de toets van het Hof zich echter tot de vraag of de nationale autoriteiten zorgvuldig hebben gehandeld in de procedure.

Onder de artikelen 2 en 3 EVRM zien we dat het Hof er een andere praktijk op nahoudt. In dit type zaken worden de feiten namelijk vaak betwist. Bovendien komt de Staat onder deze artikelen geen *margin of appreciation* toe, en voor een nationale belangenafweging is dan ook geen ruimte. Dit biedt het Hof ruimte te besluiten om zelf de feiten vast te stellen door het raadplegen van extra (secundaire) bronnen. Hierbij kan worden gedacht aan rapporten van NGO's of van instellingen van de Raad van Europa. Bij een klacht op grond van artikel 3 EVRM over een voorgenomen uitzetting, is de gevreemde foltering vaak een twistpunt tussen de klager en de Staat. Wanneer de uitzetting nog niet heeft plaatsgevonden moet het Hof wel de feiten en omstandigheden *ex nunc* beoordelen en de feiten dus zelf onderzoeken om de bescherming onder artikel 3 EVRM te kunnen realiseren. Ook in het geval van een voortdurende verdwijningszaak onder artikel 2 EVRM worden de gebeurtenissen door beide partijen doorgaans betwist. In deze gevallen is de situatie dus niet, om met een van de door mij geïnterviewde respondenten te spreken, 'versteend' op het moment dat de klacht in Straatsburg komt. De verstening van de situatie is wel het geval bij klachten op grond van artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM. Uit de wijze waarop het Hof onder de standaard artikel 2 en 3 EVRM-zaken (bijvoorbeeld dodelijk (gewelds)incident, foltering in detentie) en in *non refoulement*-zaken onder artikel 3 EVRM zelfstandig de feiten vaststelt, volgt de indirecte procedurele implicatie om in de nationale procedure ook onder omstandigheden al extra bronnen te raadplegen. Bovendien kunnen de nationale autoriteiten zo anticiperen op Straatsburg door ervoor te zorgen dat er zo min mogelijk onduidelijkheid over de feiten bestaat.

Het zelfstandig vaststellen van de feiten doet het Hof niet onder artikel 6 en 13 EVRM. In dit opzicht is de indirecte procedurele implicatie onder de artikelen 2 en 3 EVRM van toegevoegde waarde ten opzichte van artikel 6 EVRM. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat de procedurele onderzoeksplicht als onderdeel van het recht op leven en het folterverbod ertoe heeft geleid dat het Hof

onder deze rechten steeds minder vaak de feiten zelfstandig vaststelt. Onder deze artikelen in combinatie met artikel 13 EVRM rust verder reeds de plicht tot het doen van een effectief onderzoek. Nu het boven tafel krijgen van de feiten een van de doelen van dit onderzoek is, is de toegevoegde waarde van de indirecte procedurele implicatie die ziet op het zelfstandig vaststellen van de feiten door het Hof (in sommige gevallen) van beperkte toegevoegde waarde ten opzichte van artikel 13 EVRM.

Voorheen, en dan met name in de jaren '90 van de vorige eeuw, startte het Hof niet zelden een *fact-finding mission* om ter plaatse (of in Straatsburg) getuigen te horen of bijvoorbeeld een detentiecentrum te onderzoeken op met het EVRM strijdige praktijken. Tegenwoordig komt dit soort missies niet of nauwelijks meer voor, en lijkt het erop dat de procedurele onderzoeksplicht onder het recht op leven en het folterverbod hiervoor in de plaats is gekomen. Het EHRM verlangt nu van de Staat een effectief officieel onderzoek naar de toedracht van de gebeurtenis en een nalaten resulteert in een procedurele schending. Hiermee bespaart het Hof zich de tijd en het geld dat gepaard gaat met een *fact-finding mission* om een inhoudelijke beoordeling van de klacht te kunnen geven. Toch roept dit de vraag op of een procedurele schending in alle gevallen wel even bevredigend is voor de klager. Met een materiële schending wordt een duidelijk(er) signaal afgegeven richting de Staat om niet in strijd met het EVRM te handelen. Hoewel een procedurele schending ook een schending van het EVRM is en blijft, en bovendien structurele problemen kan verhelpen, kan het tegelijkertijd vanuit het perspectief van klager juist wenselijk zijn dat het Hof wél het land bezoekt om ook een inhoudelijk oordeel te geven over de verenigbaarheid met het EVRM. Tegelijkertijd sluit de tendens waarbij het Hof zowel voor de Staat meer procedurele positieve verplichtingen heeft geformuleerd onder materiële EVRM-rechten als zelf een meer terughoudende procedurele benadering kiest bij de beoordeling van de klacht wel aan bij het subsidiariteitsbeginsel.

Opvallend was verder dat het Hof een andere maatstaf hanteert wanneer het zijn eigen beoordelingspraktijk betreft. Dan gelden namelijk niet de 6 EVRM-verplichtingen, en stelt het Hof zich ten aanzien van de termijnen zeer formalistisch op. In de nationale procedure wijst het Hof excessief formalisme juist van de hand. Daarom is het opmerkelijk dat een mensenrechtenhof zelf wel strikt vasthoudt aan de indieningstermijnen van het verzoekschrift en in de ontvankelijkheidsfase dus geen maatwerk lijkt te willen leveren.

De indirecte procedurele implicaties voortkomend uit de Straatsburgse toetsingswijze van de feiten zijn beperkt gebleken, en alleen aanwezig onder de artikelen 2 en 3 EVRM. Onder deze artikelen kan het Hof besluiten om zelfstandig de feiten vast te stellen. Dit is indirect van belang voor de nationale autoriteiten, omdat dit tot een andere uitkomst kan leiden en dus afwijkend van het nationale oordeel. Steeds vaker onthoudt het Hof zich echter ook in de standaard 2 en 3 EVRM-zaken van een inhoudelijk oordeel. Het Hof beperkt

zich dan tot de vraag of de nationale autoriteiten een effectief onderzoek hebben gestart. Anders is dit in de 3 EVRM-uitzettingszaken, waarin het Hof wel vaker de geloofwaardigheid van het asielrelaas zelfstandig beoordeelt. Dit laatste komt in het volgende hoofdstuk over bewijs uitgebreid aan bod.

11 | De toetsingspraktijk van het EHRM

Bewijs(regels) onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM

11.1 INLEIDING

De vraag die als een rode draad door dit hoofdstuk loopt is: welke indirecte procedurele implicaties volgen uit de omgang met bewijs(regels) door het Hof zelf onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM? Daarnaast wordt opnieuw de derde onderzoeksvraag beantwoord naar de mogelijke toegevoegde waarde van deze indirecte procedurele implicaties ten opzichte van de procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM.

De toetsingspraktijk van het EHRM toespitst op de omgang met bewijsregels is om meerdere redenen een nadere bestudering waard. Zo is het om te beginnen interessant om te bezien wat voor het Hof reden kan zijn om zelfstandig bewijs te verzamelen, en hoe het Hof dit bewijs vervolgens waardeert. In hoeverre zijn de omstandigheden van het geval van invloed op de omgang met het bewijs? Is het Hof opnieuw, net als bij de feitenvaststelling, actiever onder de artikelen 2 en 3 EVRM? Of kunnen bewijskwesties ook onder de artikelen 8 EVRM en 1 EP EVRM een rol spelen met als gevolg dat het EHRM ook hier een actievere houding aanneemt?

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Om te beginnen zal ik in meer algemene zin ingaan op het bewijsrecht ten aanzien van mensenrechten (paragraaf 11.2). Vervolgens zal ik kort ingaan op enkele bewijsrechtelijke thema's, zoals de bewijslast en de bewijsomvang (paragraaf 11.3). Daarna sta ik stil bij een aantal bewijsregels onder de standaard 2 en 3 EVRM-zaken en artikel 8 EVRM en 1 EP EVRM (paragraaf 11.4). Standaard, ter onderscheiding van de asielzaken waarin door klager een beroep op voormelde artikelen kan worden gedaan en in het bijzonder op artikel 3 EVRM.¹ Dit type zaken zal ik vervolgens behandelen aan de hand van een selectie uitspraken,² waarbij ik inzoom op de bewijsregels die het Hof in die gevallen hanteert (paragraaf 11.5). De jurisprudentie op dit terrein is omvangrijk. Om toch enigszins structuur aan

1 In uitzettingszaken wordt het vaakst een beroep gedaan op 3 EVRM, en minder vaak op 2 EVRM. Zie ook hoofdstuk 5 en de verwijzing naar: Mirgaux 2013a, p. 66; Gerards 2013, p. 243.

2 Vertrekpunt voor deze selectie uitspraken vormt de door Baldinger genoemde EHRM jurisprudentie (Baldinger 2013, i.h.b. p. 234-287), aangevuld met daarna verschenen relevante EHRM jurisprudentie.

te brengen is ervoor gekozen om in te zoomen op een aantal bewijsrechtelijke thema's met mogelijke indirecte procedurele implicaties.³ Vervolgens ga ik in op de indirecte bewijsrechtelijke consequenties van de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en 1 EP EVRM in relatie tot de procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM en de mogelijke toegevoegde waarde (paragraaf 11.6) gevolgd door de conclusie (paragraaf 11.7).

11.2 BEWIJSRECHT EN MENSENRECHTEN

Het is interessant om te kijken wat de invloed kan zijn van fundamentele mensenrechten op de wijze waarop het EHRM omgaat met het bewijsrecht. Van een internationaal mensenrechtenhof als het EHRM kan worden verwacht dat het een bijzondere invulling geeft aan bewijsregels omdat het tenslotte onder meer tot doel heeft de individuele mensenrechten te beschermen. Zo is het naar mijn mening goed denkbaar dat dit zich vertaalt in een coulante opstelling van het Hof ten aanzien van kwetsbare groepen. Als bekend beschikken kwetsbare groepen doorgaans niet over de middelen om op te komen voor hun belangen, en met deze achterstand kan het Hof eventueel rekening houden bij de toepassing van de bewijsregels.⁴ In deel I hebben we immers kunnen lezen dat het Hof van de nationale autoriteiten kan verlangen om in de procedure rekening te houden met het behoren tot een kwetsbare groep.

Hoewel het Hof pretendeert geen 'vierde instantie' te zijn, kan het toch gebeuren dat het Hof zich in bepaalde gevallen actiever opstelt, dan dat aanvankelijk was te verwachten gelet op de bijzondere positie die het inneemt (ten opzichte van de Staten). Misschien dat niet alleen het zeer fundamentele recht (artikel 2 of 3 EVRM) dat op het spel staat, en de daarmee gepaard gaande ingrijpende gevolgen voor betrokkenen, reden kan zijn voor het Hof om zich actiever op te stellen. Ook het feit dat het in 3 EVRM-uitzettingszaken gaat om een toekomstige situatie kan bijdragen aan de actievare opstelling van het EHRM. Of de klager een reëel risico loopt op een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling op het moment dat hij wordt uitgezet, is dan nog niet met zekerheid te zeggen. Bovendien bestaat de kans dat de schade die zich voordoet onomkeerbaar is. Dit kan voor het Hof reden zijn om de procedurele eisen die gelden voor de nationale autoriteiten aan te scherpen.⁵ Het ligt in de lijn der verwachting dat deze eventuele onomkeerbare schade ook voor het Hof zelf een *trigger* kan zijn om extra stappen te zetten ten aanzien van het doen

3 Zie paragraaf 11.5.1 t/m 11.5.5.

4 Zie in dit verband ook de dissertatie van Michiel van Emmerik: Van Emmerik 1997, i.h.b. op p. 167 e.v. en p.275 over het fenomeen van de 'loss of opportunities' waarbij het Hof rekening houdt met de bewijsproblemen bij immateriële schade en zo klager tegemoetkomt. Zie ook recenter: Somers 2016, p. 144 e.v. (over artikel 41 EVRM).

5 Zie ook deel I.

van onderzoek naar de geloofwaardigheid van het relaas van klager.⁶ Het gaat in uitzettingszaken, zoals helder verwoord door Smith, om 'forward looking inquiries'⁷ en niet om 'backward looking inquiries'. Dit laatste is het geval als we te maken hebben met een potentieel met artikel 2 en/of 3 EVRM⁸ strijdige gebeurtenis in de Verdragsstaat zelf. Met andere woorden: in het eerste geval hebben de gevolgen zich nog niet gerealiseerd, en in het tweede geval richt het onderzoek zich op de gevolgen die reeds zijn ingetreden. Dus in het eerste geval kan de onomkeerbaarheid van de mogelijke schade nog worden voorkomen. Terwijl in het tweede geval slechts nog een remedie kan worden geboden, die de toegebrachte schade niet terug kan draaien.

Wat betekent dit verschil in type onderzoek voor de opstelling van het Hof in zaken waarin sprake is van gevaren en risico's voor de gezondheid en klagers zich beroepen op artikel 8 EVRM? In eerste instantie zou, met Smith, gezegd kunnen worden dat het hier gaat om 'backward looking inquiries'.⁹ In dit type zaken is de vergunning tenslotte doorgaans reeds verleend. Tegelijkertijd kunnen de gevaren en risico's voor de gezondheid en het milieu echter voortbestaan, en spelen zich daarmee af in de toekomst. De standaardbenadering van het Hof is dat het Hof de feiten bekijkt zoals deze zich hebben voorgedaan in de nationale procedure. Toch kan het EHRM misschien ook in dit type zaken uit eigen beweging besluiten om meer bewijs mee te nemen in zijn oordeel dan dat naar voren is gebracht in de nationale procedure. Is een ontbrekende consensus over de schadelijke gevolgen voor de gezondheid/het milieu een reden om dit te doen? Geldt dit ook wanneer uit de feiten en het door partijen overgelegde bewijs niet duidelijk is geworden wat de precieze schadelijke gevolgen van het besluit zijn? Waarschijnlijk raadpleegt het Hof alleen dan extra expertrapporten als de omstandigheden van het specifieke geval daar aanleiding toe geven. Kunnen ook onder artikel 8 EVRM de mogelijke onomkeerbaarheid van de eventuele schade en de ernstige gevolgen die dit met zich brengt het Hof ertoe bewegen zelfstandig meer bewijs te vergaren en onderzoek te doen? Onder artikel 8 EVRM is de lastige onomkeerbaarheid van de beslissing om het kind uit huis te plaatsen reden voor het Hof om extra zorgvuldigheid van de nationale autoriteiten te verlangen. Primair zal het Hof naar mijn verwachting aansturen op een zorgvuldige procedure naar nationaal recht. De hoofdregel blijft immers dat het Hof de klacht *ex tunc* beoordeelt, en de feiten zoals die in de nationale procedure zijn vast komen te staan als uitgangspunt neemt. Dit neemt echter niet weg dat er mogelijk ook gevallen

6 Baldinger noemt dit ook een van de *triggers* voor het doen van *a rigorous scrutiny* door het Hof zelf, zie Baldinger 2013, p. 234.

7 Smith 2009, p. 211. Geldt ook als een beroep wordt gedaan om artikel 2 EVRM in een uitzettingszaak.

8 Volgens Smith overigens ook bij de artikelen 5, 8, 9, 10, 11 en 14 EVRM waar het Hof ook de 'beyond reasonable doubt' standaard gebruikt. Smith 2009, p. 211.

9 Zie *supra* noot 5.

zijn waarin het Hof zich zelf genoodzaakt voelt om uit eigen beweging onderzoek te verrichten onder artikel 8 EVRM en *ex nunc* te toetsen.

Onder het eigendomsrecht, met uitzondering ten aanzien van de omvang van de schade,¹⁰ zijn de feiten doorgaans ook niet langer in geschil in de procedure voor het Hof. Gelet op de ruime *margin of appreciation* en de minder grote kans op mogelijke onomkeerbare schade of de onomkeerbaarheid ten aanzien van een besluit, is de houding van het Hof onder artikel 1 EP EVRM waarschijnlijk minder proactief dan onder de artikelen 2 en 3 EVRM in uitzettingszaken en onder omstandigheden onder artikel 8 EVRM.

11.3 BEWIJSRECHTELIJKE THEMA'S IN HET BESTUURSRECHT: BEWIJS(LASTVERDELING/RISICO), BEWIJSOMVANG, BEWIJSMIDDELEN, BEWIJSWAARDERING EN BEWIJSSTANDAARD

Een aantal voor dit hoofdstuk relevante bewijsrechtelijke thema's in het bestuursrecht zijn de *bewijslastverdeling*, de *bewijsomvang*, de *bewijsmiddelen*, de *bewijswaardering* en de *bewijsstandaard*.¹¹

Bij de *bewijslast* gaat het om het volgende: 'Wanneer een partij de bewijslast draagt, rust op haar de verplichting om bewijs te leveren'.¹² Binnen het begrip bewijslast kan een onderscheid worden gemaakt tussen de begrippen *bewijsrisico* en *bewijsvoeringslast*.¹³ Helder heeft Schuurmans uiteen gezet wat de betekenis is van dit *bewijsrisico* en de *bewijsvoeringslast*, als ook de verschuiving (i.e. omkering) van dit laatste. Op het moment dat een partij niet slaagt in de bewijslast, met andere woorden: de feiten zijn niet aannemelijk gemaakt, draagt deze partij het bewijsrisico.¹⁴ In de kern gaat het bij de verdeling van de bewijslast dus om het toedelen van het *bewijsrisico* aan een van de partijen. In de literatuur wordt ook wel gesproken van: 'bewijslast is bewijsrisico'.¹⁵ Een partij draagt het bewijsrisico als sprake is van een *non liquet*: in dat geval is ondanks de bewijsvoering van de partijen het te bewijzen feit niet komen vast te staan. De rechter moet dan het bewijsrisico bij een van de partijen leggen.¹⁶

Zoals gezegd omvat de term bewijslast niet alleen het *bewijsrisico*, maar ook de *bewijsvoeringslast*. Wat betekent het voor een partij als deze de bewijsvoeringslast draagt? Het is dan aan deze partij om met bewijsstukken te komen. Doorgaans draagt de partij met het *bewijsrisico* de *bewijsvoeringslast*.

10 Zie hoofdstuk 10.

11 Zie: Schuurmans 2005, p. 20. Zie voor de bewijsregels die het EHRM hanteert onder meer de Leidse dissertatie van Jasmina Mačkić (Mačkić 2017).

12 Schuurmans 2005, p. 22.

13 Giesen 2001, p. 12; Schuurmans 2005, p. 23.

14 Schuurmans 2005, p. 23.

15 Damen 2009, p. 264.

16 Schuurmans 2005, p. 23.

Het *bewijsrisico* blijft op deze partij rusten als de wederpartij tegenbewijs levert.¹⁷ Op de wederpartij die dus het tegenbewijs heeft geleverd rust de *bewijsvoeringslast*, en niet het *bewijsrisico*. Van een omkering van de bewijslast (of eigenlijk: 'een bewijsrisico-omkering')¹⁸ is sprake als deze bewijslast komt te rusten op de partij die aanvankelijk niet met het bewijsrisico belast was.¹⁹

Bij de *bewijsomvang* gaat het om de vraag: 'wat moet worden bewezen?'²⁰ Het gaat dan dus om de vraag naar de omvang van het feitelijke geding.²¹ Op het moment dus dat de omvang van het feitelijke geschil is vastgesteld, dan is duidelijk welke feiten partijen moeten bewijzen. Dit maakt dat de bewijsomvang van invloed is op de inhoud van de bewijslast.²²

Bij de *bewijsmiddelen* gaat het om 'de juridisch toegelaten middelen waarmee de feiten kunnen worden bewezen'.²³ In het Nederlandse bestuursrecht geldt de vrij bewijsleer: van een beperking in de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen is derhalve geen sprake.²⁴

Bij de *bewijswaardering* gaat het om de overtuigingskracht van het bewijsmiddel. Dit is aan het bestuursorgaan of de rechter.²⁵ De bewijswaardering en de bewijslastverdeling zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden: de vraag of iemand slaagt in zijn/haar bewijslast hangt af van de bewijswaarderingsmaatstaf.²⁶

Tot slot de *bewijsstandaard*. Binnen het bestuursrecht geldt in principe dat door eiser een bepaald nadeel aannemelijk moet worden gemaakt.

11.4 BEWIJSREGELS VOOR HET EHRM: ARTIKEL 2, 3 EN 8 EVRM EN ARTIKEL 1 EP EVRM

Centraal in deze paragraaf staan de bewijsregels die het Hof hanteert bij de beoordeling van de klacht ten gronde²⁷ in het geval dat artikel 2, 3 of 8 EVRM of 1 EP EVRM op het spel staat.

17 Schuurmans 2005, p. 22 – 23.

18 Zo merkt Schuurmans op: Schuurmans 2005, p. 23.

19 Schuurmans 2005, p. 23. Zie ook: Schreuder – Vlasblom 2011, p. 629 – 641.

20 Damen e.a. 2009, p. 262 e.v.

21 Schuurmans 2005, p. 20.

22 Schuurmans 2005, p. 20.

23 Schuurmans 2005, p. 20; Damen 2009, p. 270 e.v.

24 Schuurmans 2005, p. 20; Schueler 1999, p. 624.

25 Schuurmans 2005, p. 21; Damen 2009, p. 271 – 273.

26 Schuurmans 2005, p. 21.

27 Ik ga hier uit van de fase waarin het Hof ingaat op de inhoudelijke gronden van de klacht, en ga er dus vanuit dat de klacht ontvankelijk is ex artikel 35 EVRM. Kanttekening is wel dat een van de ontvankelijkheidsvoorwaarden ziet op 'manifestly ill-founded', en dit vraagt wel al om een inhoudelijke beoordeling (in de ontvankelijkheidsfase). Zie voor de verdeling van de bewijslast in de ontvankelijkheidsfase tussen staat en klager: Haeck & Herrera 2011,

11.4.1 Standaard artikel 2 en artikel 3 EVRM-zaken

In de standaard 2 EVRM-zaken kan het gaan om gedwongen verdwijningen, overlijden tijdens detentie of een medische fout met de dood tot gevolg. Bij de standaard 3 EVRM-zaken kan onder meer gedacht worden aan een vernederende of onmenselijke behandeling gedurende detentie, of tijdens de opname in een psychiatrische kliniek.²⁸ Nu volgt een uiteenzetting van de omgang van het Hof met de bewijsstandaard, de bewijsomvang, de bewijslastverdeling en de bewijswaardering in dit type zaken. Vooraf moet opgemerkt worden dat de procedurele onderzoeksplicht onder deze artikelen²⁹ in belangrijke mate de noodzaak voor het Hof om zelfstandig het bewijs te beoordelen heeft doen afnemen en daarmee de indirecte procedurele implicaties.

Bewijsstandaard

Noch in het EVRM noch in het Procesreglement van het Hof zijn regels opgenomen over de bewijsstandaard.³⁰ Dit is ook verwoord door Bonello: *'Both the Convention and the rules of procedure keep very silent as to what standards of proof the Court should adopt.'*³¹ In de jurisprudentie van het Hof is echter de volgende bewijsstandaard ontwikkeld in zaken waarin artikel 2 en/of artikel 3 EVRM op het spel staan/staat: het gebeurde moet 'beyond reasonable doubt' vast komen te staan.³² Dit betekent dat de gebeurtenis(sen) 'buiten redelijke twijfel', oftewel: 'onomstotelijk' moet(en) kunnen worden vastgesteld.

Verder heeft dit criterium een autonome betekenis, en is het niet de bedoeling van het Hof geweest om dit criterium over te nemen van de nationale systemen.³³

Het 'beyond reasonable doubt'-vereiste is een hoge bewijsstandaard,³⁴ en als reden kan worden gegeven dat de vaststelling van een schending van artikel 2 en/of artikel 3 EVRM stigmatiserend kan werken voor de Staat.³⁵ Bij het bepalen van de mate van overtuiging die nodig is zien we dit ook terug in de volgende overweging van het Hof.

p. 359-360, en voor de bewijslast bij de inhoudelijke behandeling van de klacht: Haeck & Herrera 2011, p. 360-364. Het gaat dan om de standaard artikel 2 en 3 EVRM-zaken, en dus niet om uitzettingszaken.

28 Hoofdstuk 4 en hoofdstuk 5.

29 Zie uitgebreid hoofdstuk 4 en 5.

30 Zie ook: Haeck & Herrera 2011, p. 358-359.

31 Bonello 2009, p. 67.

32 Haeck & Herrera 2011, p. 364; Tigroudja 2007, p. 134.

33 EHRM 24 januari 2008, zaaknr. 48804/99, par. 45 (*Osmanoğlu t. Turkije*). Ook de begrippen *criminal charge* en *civil rights and obligations* van artikel 6 EVRM hebben een autonome betekenis, zie hoofdstuk 2.

34 Zie ook Haeck & Herrera 2011, p. 365 en de daar genoemde kritiek.

35 White & Ovey 2014, p. 194 (i.h.k.v. artikel 3 EVRM).

*'According to its established case-law, proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact the level of persuasion necessary for reaching a particular conclusion and, in this connection, the distribution of the burden of proof, are intrinsically linked to the specificity of the facts, the nature of the allegation made and the Convention right at stake. The Court is also attentive to the seriousness that attaches to a ruling that a Contracting State has violated fundamental rights (...)'*³⁶

Uit deze overweging kunnen we afleiden dat de ernst die het Hof hecht aan het oordeel dat de Staat een fundamenteel recht heeft geschonden van invloed is op de mate van overtuiging die nodig is en de uiteindelijke verdeling van de bewijslast. Daarnaast is uit voorgaande overweging op te maken dat de verdeling van de bewijslast wordt ingegeven door onder meer de specifieke feiten van het geval.³⁷ Tot slot volgt uit voorgaande overweging dat het bewijs kan volgen uit de aanwezigheid van 'voldoende sterke, duidelijke en overeenstemmende conclusies of uit vergelijkbare niet weersproken vermoedens over de feiten'.³⁸ De vraag blijft wel hoe dit laatste criterium 'vergelijkbare niet weersproken vermoedens over de feiten', in de praktijk moet worden gehanteerd. In het bijzonder als we zien dat het Hof in de voorgaande overweging expliciet spreekt van 'conflicting account of events'. Het is goed denkbaar dat in het geval van conflicterende verklaringen over de gebeurtenissen de vermoedens elkaar juist tegenspreken.

Bewijsomvang

Bij de vraag naar de bewijsomvang gaat het om wat bewezen moet worden. De vraag dus om welke feiten het gaat. Toegespitst op de artikelen 2 en 3 EVRM betekent dit dat vast moet komen te staan dat klager door toedoen of juist door het nalaten van de Staat om het leven is gekomen of vernederend is behandeld. Via het leerstuk van de positieve verplichtingen kan de Staat ook verantwoordelijk zijn voor een met artikel 2 en/of 3 EVRM strijdige handeling/nalaten door private partijen.³⁹

Bewijslastverdeling

Uitgangspunt bij de bewijslastverdeling onder artikel 3 EVRM is dat het in principe aan de klager is om aannemelijk te maken dat hij is gemarteld of

36 Vgl. o.m. EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 92, par. 151 (Grote Kamer) (*El-Masri t. Voormalig Joegoslavische Republiek Macedonië*) (uitleveringszaak). Dit zien we ook terug in artikel 2 EVRM zaken: EHRM 19 februari 1998, zaaknr. 158/1996/777/97, par. 77 (*Kaya t. Turkije*); EHRM 15 mei 2007, EHRC 2007, 83, m.nt. De Jonge, par. 273 e.v. (Grote Kamer) (*Ramsahai e.a. t. Nederland*); EHRM 6 juli 2005, zaaknrs. 43577/98 en 43579/98, (Grote Kamer) (*Nachova e.a. t. Bulgarije*). Zie overigens ook ten aanzien van artikel 5 EVRM: EHRM 23 februari 2012, zaaknr. 29226/03, par. 88 (Grote Kamer) (*Creangă t. Roemenië*).

37 Haeck & Herrera 2011, p. 360-361.

38 Vgl. ook: Haeck & Herrera 2011, p. 364. Zie ook: White & Ovey 2014, p. 194-195.

39 Zie ook hoofdstuk 4 en 5.

onmenselijk/vernederend is behandeld.⁴⁰ Hetzelfde geldt ten aanzien van artikel 2 EVRM: het is dan in beginsel aan de nabestaande(n) van het slachtoffer om 'boven redelijke twijfel' aan te tonen dat het slachtoffer om het leven is gekomen als gevolg van overheidshandelen/nalaten.⁴¹ In het geval van niet dodelijk geweld is het aan klager om aan te tonen dat hij 'boven redelijke twijfel' in een levensbedreigende situatie verkeerde waarvoor de Staat verantwoordelijk was. De bewijslast rust dus in principe op klager.

Absoluut is deze plicht echter niet. De bewijslast verschuift in de gevallen waarin sprake is van overlijden tijdens detentie,⁴² of als klager stelt tijdens detentie te zijn mishandeld. Op de Staat rust dan de plicht om aannemelijk te maken dat hem geen verwijt kan worden gemaakt op dit punt.⁴³ Het gaat dan dus om gevallen waarin de mogelijk met artikel 2 en/of 3 EVRM strijdige handeling onder verantwoordelijkheid van de Staat heeft plaatsgevonden. In zaken waarin vermeende gedwongen verdwijningen hebben plaatsgevonden,⁴⁴ het lichaam niet is gevonden en de overheid de detentie niet erkent, vindt opnieuw een omkering van de bewijslast plaats. Het overlijden gedurende opsluiting kan dan worden gebaseerd op basis van alle omstandigheden van de zaak waarbij in het bijzonder de aanwezigheid van voldoende indirect bewijs (concreet onderbouwd) een rol speelt.⁴⁵ In zaken echter waarin het gaat om 'dodelijk geweld door oorlogstroepen'⁴⁶ is het aan klager om aan te tonen dat zijn recht op leven is geschonden.⁴⁷

Een aparte categorie vormen de zaken waarin sprake is van een vermeende discriminatie. In sommige gevallen is het aan de Staat om de discriminerende beschuldigingen te weerleggen. Tegelijkertijd reikt de plicht van de Staat niet zover dat hij moet aantonen dat bij politieagenten racistische motieven afwezig waren (in het geval van levensberoving van Roma).⁴⁸ De Grote Kamer van het Hof bepaalde dit in de zaak *Nachova e.a.*⁴⁹ Daarnaast is het zo dat in gestelde indirecte discriminatiezaken minder strenge regels door het Hof worden gehanteerd ten aanzien van klager.⁵⁰

40 Haeck & Herrera 2011, p. 361.

41 De staat kan ook verantwoordelijk worden gehouden voor een nalaten in te grijpen in een relatie tussen burgers onderling. Het gaat dan om gevaar afkomstig van derden. Een bekend voorbeeld is de zaak *Osman* (EHRM 28 oktober 1998, NJ 2000, 134, m.nt. E.A. Alkema (*Osman t. Verenigd Koninkrijk*)). Zie nader in hoofdstuk 4.

42 Haeck & Herrera 2011, p. 362.

43 Haeck & Herrera 2011, p. 361.

44 Zie ook: Keller & Heri 2014, i.h.b. p. 738-740.

45 Geparafraseerde weergave van Haeck & Herrera (2011), op p. 362-363.

46 Haeck & Herrera 2011, p. 362.

47 Harris e.a. 2009, p. 850.

48 Haeck & Herrera 2011, p. 363.

49 EHRM 6 juli 2005, zaaknrs. 43577/98 en 43579/98 (Grote Kamer) (*Nachova e.a. t. Bulgarije*).

50 Haeck & Herrera 2011, p. 363; zie over discriminatie i.h.k.v. onterende behandeling: Harris e.a. 2014, p. 269-270, en zie het Leidse promotieonderzoek van Jasmina Mačkić over de ontwikkeling van een adequaat bewijsstelsel in discriminatiezaken (Mačkić 2017).

Bewijswaardering en bewijsmiddelen

Tot slot de bewijswaardering en de bewijsmiddelen. Bij de waardering van het bewijs gaat het om de overtuigingskracht die aan het bewijsmiddel wordt toegekend. In de hiervoor genoemde Roma zaken waarin potentieel sprake is van indirecte discriminatie kunnen relevante en betrouwbare statistieken volstaan als een begin van bewijs (*prima facie*) van klager.⁵¹ Verder kunnen medische rapporten voor het Hof als bewijs dienen voor opgelopen verwondingen, veroorzaakt door en/of onder verantwoordelijkheid van de Staat.⁵² In artikel 3 EVRM zaken maakt het Hof verder onder andere gebruik van de CPT-rapporten.⁵³

Ten aanzien van de bewijsmiddelen die zijn toegelaten in de procedure voor het Hof werpt het Hof geen procedurele barrières op.⁵⁴ Met andere woorden: elk type bewijsmateriaal is toegestaan.⁵⁵ Bovendien kan het Hof besluiten om meer informatie mee te nemen dan dat in de nationale procedure is gebeurd.⁵⁶ Een regeling die hieraan in de weg staat, ontbreekt.

11.4.2 Artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM

Artikel 8 EVRM beschermt het recht privé- en familieleven. Bij een inbreuk op dit recht kan het bijvoorbeeld gaan om de inzet van geheime toezichtsbevoegdheden met een ((on)gerechtvaardigde) inmenging in de privésfeer tot gevolg. Bij een inmenging in het familieleven kan het gaan om een uithuisplaatsing van een kind. In eigendomszaken onder artikel 1 EP EVRM kan gedacht worden aan een overheidsmaatregel waarmee mogelijk een inbreuk wordt gemaakt op het eigendomsrecht van betrokkene.

Allereerst volgt een bespreking van de bewijsregels die het Hof zelf onder artikel 8 EVRM hanteert en de mogelijke indirecte procedurele implicaties die voortkomen uit de omgang met bewijs door het Hof onder dit artikel (paragraaf 11.4.2.1). Daarna volgen de bewijsregels van het Hof zelf onder artikel 1 EP EVRM (paragraaf 11.4.2.2).

51 Haeck & Herrera 2011, p. 363

52 Haeck & Herrera 2011, p. 361.

53 Harris e.a. 2014, p. 145, en zie ook hoofdstuk 10.

54 Haeck & Herrera 2011, p. 359; Leach 2011, p. 172; Tigroudja 2007, p. 132-133; Erdal 2001, p. 73; Rogge 1993, p. 692.

55 In de paragraaf over artikel 3 EVRM in asielzaken sta ik hier langer bij stil.

56 Leach 2011, p. 57; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 73. Zie ook: EHRM 19 april 2001, zaaknr. 22751/95, par. 89 (*KA t. Finland*).

11.4.2.1 Artikel 8 EVRM

Bewijsomvang en bewijsstandaard

De eerste vraag die gesteld moet worden is de vraag naar de bewijsomvang: wat moet in de 8 EVRM-procedure voor het Hof bewezen worden? In het geval dat het gaat om een negatieve verplichting onder artikel 8 EVRM concentreert het onderwerp van geschil zich op de vraag naar de gerechtvaardigheid van de inmenging in het recht op privacy.⁵⁷ Het Hof stelt in dit type zaken vaak vrij snel vast dat sprake is van een inmenging. Dit behoeft in de procedure voor het Hof dus doorgaans geen nader bewijs. Bij de positieve verplichtingen onder artikel 8 EVRM gaat het om de vraag of de Staat de maatregelen heeft genomen die nodig zijn om het recht op privéleven van klager te beschermen. Dan dient dus bewezen te worden dat het nalaten hiervan tot gevolg heeft dat het recht van betrokkene onvoldoende is beschermd door de Staat. Overigens geldt zowel in het kader van de negatieve verplichtingen als de positieve verplichtingen dat sprake moet zijn van een *fair balance*.⁵⁸

Wanneer sprake is van een inmenging in artikel 8 EVRM, is het aan klager om de inmenging aan te tonen. Ook nu, net als onder artikel 2 en 3 EVRM, past het EHRM de bewijsstandaard van 'beyond reasonable doubt' toe.⁵⁹ In *Fadeyeva e.a.*⁶⁰ refereert het Hof expliciet aan voormelde bewijsstandaard. In de hiernavolgende overweging is echter te lezen dat het Hof flexibel is ten aanzien van deze hoge bewijsstandaard en rekening houdt met de aard van het materiële recht dat in het geding is en eventuele bewijsmoeilijkheden. De betreffende overweging van het Hof:

'The Court recalls at the outset that, in assessing evidence, the general principle has been to apply the standard of proof "beyond reasonable doubt". Such proof may follow from the co-existence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact. *It should be also noted that it has been the Court's practice to allow flexibility in this respect, taking into consideration the nature of the substantive right at stake and any evidentiary difficulties involved.* In certain instances solely the respondent Government have access to information capable of corroborating or refuting the applicant's allegations; consequently, a

⁵⁷ Vgl. ook Haeck & Herrera 2011, p. 364.

⁵⁸ Zie ook hoofdstuk 6 en de verwijzing naar: EHRM 4 december 2007, *EHRC* 2008, 13, m.nt. E. Brems, *NJ* 2008, 363, m.nt. E.A. Alkema, *NJCM-bull.* 2008, 3, p. 293, m.nt. A.C. Hendriks & F.M.J. den Houdijker, par. 70 (Grote Kamer) (*Dickson t. Verenigd Koninkrijk*).

⁵⁹ Harris e.a. 2014, p. 531; Smith 2009, p. 211. Zie ook: EHRM 29 november 2005, zaaknr. 37038/97, par. 101-107 (*Nuri Kurt t. Turkije*) (niet 'beyond reasonable doubt' is vast komen te staan dat het huis van klager is verwoest door Turkse veiligheidstroepen: geen schending van artikel 8 EVRM, evenmin schending artikel 1 EP EVRM).

⁶⁰ EHRM 9 juni 2005, *EHRC* 2005, 80, m.nt. Janssen (*Fadeyeva t. Rusland*) (luchtvervuiling veroorzaakt door uitstoot staalfabriek. De combinatie van indirect bewijs en de 'presumptions' zijn voor het Hof reden om aan te nemen dat de gezondheid van klaagster is verslechterd als gevolg van de blootstelling aan schadelijke stoffen van de staalfabriek (par. 88)).

rigorous application of the principle *affirmanti, non neganti, incumbit probatio* is impossible' [cursivering: TdJ].⁶¹

Hoewel de 'beyond reasonable doubt'-standaard een hoge bewijsstandaard is, is het Hof dus wel flexibel op dit punt en kan het de standaard ten faveure van klager naar beneden bijstellen als de omstandigheden dit verlangen. Het EHRM heeft hier in het bijzonder oog voor de individuele klager en de bewijsmoeilijkheden waarmee hij geconfronteerd kan worden. Bovendien lijkt het Hof dus ook oog te hebben voor de ongelijkheid tussen de procespartijen. Immers: de Staat beschikt doorgaans over meer (financiële) middelen en daarnaast over toegang tot belangrijke informatie die dient ter onderbouwing of weerlegging van de beweringen van klager. In die gevallen vindt het Hof het niet redelijk om vast te houden aan het beginsel: 'wie stelt, bewijst'.

In het geval van positieve verplichtingen gaat het als bekend om de verplichting die op de Staat kan rusten om maatregelen te treffen. In dat geval dient vast komen te staan dat de Staat ten onrechte heeft nagelaten deze maatregelen te nemen. Deze verplichting rust zowel op de Staat in het geval dat de Staat zelf partij is, als in het geval dat het gaat om de relatie tussen een private partij en een burger. Ook dan kan de Staat gehouden zijn om maatregelen te treffen. Het is aan klager om aan te tonen dat het nalaten maatregelen te treffen ertoe leidt dat zijn recht op privéleven onvoldoende is beschermd door de nationale autoriteiten. Hoewel het Hof, voor zover mij bekend, in dit verband niet spreekt van 'beyond reasonable doubt' kan naar mijn opvatting wel worden betoogd dat in deze gevallen ook 'boven redelijke twijfel' dient vast te komen te staan dat de Staat hierin tekort is geschoten. Het is dan aan het Hof om te oordelen of dit nalaten resulteert in een schending van artikel 8 EVRM.

Bewijslastverdeling

Wat betreft de bewijslastverdeling is het doorgaans⁶² aan klager om de inmenging aan te tonen, waarna de Staat moet aantonen dat deze inmenging de lid 2-toets doorstaat. Dat wil zeggen: de Staat moet aantonen dat de inmenging noodzakelijk is in een democratische samenleving, met als gevolg dat de inbreuk gerechtvaardigd is.⁶³

De bewijslast die op de Staat rust in het geval dat hij een inmenging in het recht van het individu moet rechtvaardigen heeft het Hof als volgt verwoord:

61 EHRM 9 juni 2005, *EHRC* 2005, 80, m.nt. Janssen, par. 79 (*Fadeyeva t. Rusland*).

62 In sommige gevallen is het aan klager om aan te tonen dat er minder vergaande grondrecht beperkende maatregelen waren om een bepaald doel te bereiken. Zie bijvoorbeeld: EHRM 21 februari 1986, zaaknr. 8793/79 (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*) (1 EP en 14 EVRM).

63 Haack & Herrera 2011, p. 364. Vgl. ook Harris e.a. 2014, p. 148; Ambrus 2013, p. 109.

‘(...) the onus is on the State to justify, using detailed and rigorous data, a situation in which certain individuals bear a heavy burden on behalf of the rest of the community’.⁶⁴

Bewijswaardering

Tot slot de bewijswaardering. Dit houdt verband met de feitenvaststelling; het gaat immers om de vraag naar de bewijskracht die de bewijsmiddelen toekomt in de procedure voor het Hof teneinde de feiten vast te stellen. Onder artikel 8 EVRM zijn het onder meer de in de nationale procedure overgelegde deskundigenrapporten aan de hand waarvan het Hof zich een finaal oordeel vormt en de documenten die de Staat of de klager heeft ingebracht om aan te tonen dat de inmenging (on)gerechtvaardigd is.

Indirecte procedurele (bewijs)implicaties onder artikel 8 EVRM

Voor de vraag naar de indirecte procedurele implicaties voortkomend uit de omgang met bewijs is het relevant om de toetsingswijze⁶⁵ van het Hof onder artikel 8 EVRM in kaart te brengen.⁶⁶ Hiertoe behoort ook de beantwoording van de vraag door het Hof of het artikel van toepassing is. Daarnaast houdt het toetsingsmoment nauw verband met de toetsingswijze en het bewijs. Immers: een *ex tunc*-toets of een *ex nunc*-toets is bepalend voor de hoeveelheid informatie/bewijs en welke omstandigheden in de toets worden betrokken.

Vanwege de enorme *scope* van artikel 8 EVRM is het niet haalbaar om op alle rechtsterreinen die dit artikel beslaat stil te staan bij de toetsingspraktijk van het Hof zelf. In deel I van deze studie zijn de procedurele postieve verplichtingen uiteengezet die het EHRM in het kader van omgevingsgerelateerde zaken/milieukwesties heeft geformuleerd onder het recht op privéleven. In dit type zaken is niet zelden een overheidsorgaan betrokken (vergunningverlening). Bovendien zijn de nationale autoriteiten via de positieve verplichtingen ertoe gehouden om binnen horizontale rechtsverhoudingen actief te handelen en zorg te dragen voor de naleving van de procedurele waarborgen. Het omgevingsrecht behoort tot het bijzonder bestuursrecht. Wanneer dit raakt aan een door artikel 2, 3 of 8 EVRM of 1 EP EVRM beschermd recht, is het relevant voor deze studie om stil te staan bij de toetsingswijze die het EHRM in dit type zaken hanteert. Daarnaast zijn de gezinsherenigings- en uithuisplaatsingszaken illustratief voor de inhoudelijke beoordeling van de klacht door Straatsburg en het toetsingsmoment, en dit komt in het hierna volgende aan bod.

64 EHRM 10 februari 2011, zaaknr. 30499/03, par. 145 (*Dubetska e.a. t. Oekraïne*). Vgl. ook: EHRM 9 juni 2005, EHRC 2005, 80, m.nt. Janssen, par. 128 (*Fadeyeva t. Rusland*).

65 Ik spreek afwisselend van toetsingswijze/toetsingspraktijk waarmee ik hetzelfde bedoel. Zie ook hoofdstuk 9.

66 Zie ook de vragen in paragraaf 11.2.

Toetsingswijze: de toepasselijkheid van artikel 8 EVRM

Vooropgesteld moet worden dat het Hof vanzelfsprekend, nadat het de klacht ontvankelijk heeft verklaard, een oordeel geeft over de toepasselijkheid van artikel 8 EVRM. Voor de toepassing van dit artikel in milieuzaken moet de door klager ondervonden hinder voldoen aan 'a certain minimum level of severity'.⁶⁷ De mate en duur van de hinder en de lichamelijke of mentale effecten kleuren deze toets in. Ook een mogelijke overschrijding van (inter)nationale regelgeving met betrekking tot huisvesting, geluid of luchtkwaliteit kan hierbij een rol spelen.⁶⁸

In de zaak *Dzemyuk*⁶⁹ klaagt klager over de verontreiniging van het drinkwater als gevolg van de aanleg van een begraafplaats dichtbij zijn huis. In de nationale procedure komt vast te staan dat de aanleg van de begraafplaats in strijd is met de wet. Daarnaast blijkt uit rapporten van deskundigen dat het drinkwater verontreinigd is. Het causale verband tussen het vervuilde water en de aanleg van de begraafplaats staat echter niet vast. Klager krijgt tot in hoogste instantie gelijk: de uitspraak wordt echter niet ten uitvoer gelegd. Van de mogelijkheid om te verhuizen heeft klager geen gebruik gemaakt.

Het EHRM oordeelt uiteindelijk dat, ondanks het ontbrekende causale verband, er een risico voor de gezondheid van klager was en komt tot een schending van artikel 8 EVRM. De aanleg van de begraafplaats is niet conform het 'lawfulness' vereiste.

De standaardoverweging⁷⁰ van het Hof in het kader van de toepasselijkheid van artikel 8 EVRM (en dus de vraag of voldaan is aan het 'minimum level of severity') toegespitst op de omgang met de bewijsmiddelen, is de nu volgende overweging:

'Taking into consideration the evidentiary difficulties involved, the Court will primarily give regard to the findings of the domestic courts and other competent authorities in establishing the factual circumstances of the case. As a basis for the analysis it may use, for instance, domestic legal provisions determining unsafe levels of pollution and environmental studies commissioned by the authorities. *Special attention will be paid by the Court to individual decisions taken by the authorities with respect to an applicant's particular situation, such as an undertaking to revoke a polluter's operating licence or to resettle a resident away from a polluted area.* However, the Court cannot rely blindly on the decisions of the domestic authorities, especially when

67 Zie eerder hoofdstuk 6.

68 Zie ook hoofdstuk 6, i.h.b. par. 6.3.2 en de verwijzing naar: Brouwer & Hesselman 2015 (onder punt 3) en EHRM 9 november 2010, AB 2012, 16, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 23-24 (*Dées t. Hongarije*):

69 EHRM 27 oktober 2014, EHRC 2014, 242 (*Dzemyuk t. Oekraïne*).

70 Vgl. o.m.: EHRM 10 februari 2011, zaaknr. 30499/03, par. 107 (*Dubetska e.a. t. Oekraïne*); en passages uit deze overweging: EHRM 26 februari 2008, AB 2008, 225, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2008, 85, m.nt. Backes (ontv.besl.) (*Fägerskiöld t. Zweden*); EHRM 9 juni 2005, EHRC 2005, 80, m.nt. Janssen (*Fadeyeva t. Rusland*); EHRM 16 september 2004, zaaknr. 53157/99, par. 90 (*Ledyeva e.a. t. Rusland*).

they are obviously inconsistent or contradict each other. In such a situation it has to assess the evidence in its entirety. *Further sources of evidence for consideration in addition to the applicant's personal accounts of events, will include, for instance, his medical certificates as well as relevant reports, statements or studies made by private entities* [cursivering: TdJ]'.⁷¹

Het vertrekpunt bij het beoordelen of sprake is van de minimale mate van ernst van de inmenging en of dit de 'quality of life'⁷² van betrokkene verslechtert, zijn de bevindingen van nationale rechters en bevoegde autoriteiten. Het Hof kijkt hierbij naar de nationale wet- en regelgeving met betrekking tot milieunormen en de in opdracht van de autoriteiten verrichte milieustudies. In het bijzonder kijkt het Hof echter wat op nationaal niveau is gedaan voor de situatie van klager. Hierbij wijst het Hof op het bieden van verhuismogelijkheden aan klager of de intrekking van de exploitatievergunning van de vervuiler. Gelet op de taakstelling van het Hof ligt de nadruk op de bescherming van de rechten van het individu ook voor de hand. Het bieden van verhuismogelijkheden en het intrekken van een vergunning zijn materieel van aard. Bij het bepalen van de toepasselijkheid van artikel 8 EVRM betreft het Hof deze aspecten. Dit zorgt indirect voor een procedurele verplichting voor de Staat. Immers: wanneer binnen de nationale procedure rekening is gehouden met het belang van klager, zal door het Hof minder snel het vereiste niveau van ernst worden aangenomen (nodig voor toepassing van artikel 8 EVRM). De Staat zal willen voorkomen dat de feiten binnen het bereik van artikel 8 EVRM kunnen worden gebracht, met het oog op het voorkomen van een schending van deze bepaling. Hier kan de Staat in de nationale procedure op anticiperen door bij het verlenen van vergunningen en ook daarna rekening te houden met de (gezondheids)belangen van het individu.⁷³

In de hiervoor geciteerde overweging is verder te lezen dat het Hof in het geval dat de beslissingen van de nationale autoriteiten elkaar tegenspreken, het totaal aan bewijs meeneemt in zijn oordeel. Zo kan het Hof ook medische verklaringen en expertrapporten in zijn oordeel betrekken. Op grond van het overgelegde bewijs (rapporten) en reeds vaststaande feiten (overtreding wetgeving) oordeelt het Hof dat in casu sprake is van een inmenging in en toepasselijheid van artikel 8 EVRM.⁷⁴

71 EHRM 27 oktober 2014, EHRC 2014, 242, par. 80 (*Dzemyuk t. Oekraïne*).

72 EHRM 27 oktober 2014, EHRC 2014, 242, par. 79 (*Dzemyuk t. Oekraïne*).

73 In deel I, i.h.b. de hoofdstukken 4, 5, en 6, hebben we kunnen zien dat het Hof onder de noemer van de materiële positieve verplichtingen van de Staat kan verlangen dat opvang wordt geboden aan asielzoekers. Daarnaast is in deel I te lezen dat binnen de nationale besluitvorming voldoende aandacht dient te zijn voor het individu en de groep waartoe hij behoort (kwetsbaar/minderjarig). Dit kwalificeerde ik als procedureel, hoewel het effect uiteindelijk materieel is.

74 EHRM 27 oktober 2014, EHRC 2014, 242, par. 84 (*Dzemyuk t. Oekraïne*).

Bij de uiteindelijke toepassing van voorgaande uitgangspunten in de onderhavige zaak noemt het Hof ook de mogelijke schade die veroorzaakt kan worden en die niet gemakkelijk is om te keren of te voorkomen.⁷⁵ Deze eventuele onomkeerbare schade is voor de nationale autoriteiten een *trigger* om op procedureel vlak extra zorgvuldig te werk te gaan. Nu gebruikt het Hof dit criterium ook bij zijn eigen beoordeling onder artikel 8 EVRM,⁷⁶ en kan het daarin reden vinden voor toepassing van artikel 8 EVRM. De onomkeerbaarheid van de schade draagt immers bij aan het niveau van ernst. Misschien dat de onomkeerbare schade ook reden kan zijn voor het Hof om de 8 EVRM-claim aan een eigen onderzoek te onderwerpen.

De jurisprudentie van het Hof is weinig consistent als het gaat om de vraag wanneer het Hof uitgebreid beoordeelt of de inmenging voldoet aan het minimum van ernst en wanneer het volstaat met een beknopt oordeel. De jurisprudentie is dus opnieuw casuïstisch.⁷⁷ Zo veegde het Hof vrij gemakkelijk de argumenten van de regering van tafel in een Maltese vuurwerkzaak en in een Italiaanse afvalcrisiszaak.⁷⁸ Hoewel het juist in de hiervoor besproken *Dzemyuk*⁷⁹ zaak, en ook in *Fadayeveva*⁸⁰ wel uitgebreid ingaat op de toepasbaarheid van artikel 8 EVRM.

Toetsingswijze: de inhoudelijke beoordeling door het EHRM

Nadat het Hof artikel 8 EVRM van toepassing heeft verklaard, gaat het Hof na of de inmenging de lid 2-toets doorstaat of beantwoordt het de vraag of de Staat wel of niet heeft voldaan aan zijn positieve verplichtingen. Zoals gezegd, moet ook in het laatste geval een *fair balance* aanwezig zijn.

In milieu en gezondheids gerelateerde zaken zijn de indirecte procedurele (bewijs)implicaties die voortkomen uit de toetsingswijze van het Hof beperkt. Om te beginnen komt de Staat als bekend in milieukwesties een ruime *margin of appreciation* toe⁸¹ en hebben de complexe milieubeleidsmatige kwesties bovendien tot gevolg dat de rol van het Hof subsidiair is.⁸² Het Hof beperkt zich tot het geven van een oordeel over de vraag of de procedure eerlijk ('fair')

75 EHRM 27 oktober 2014, EHRC 2014, 242, par. 83 (*Dzemyuk t. Oekraïne*).

76 Meer precies spreekt het Hof in de zaak *Dzemyuk* (par. 83) van: 'possible health hazards and the potential damage caused by such is not easily reversible or preventable'. Zie ook in asielzaken, paragraaf 11.5.

77 Zo merkt ook Sanderink op: Sanderink 2015a, p. 52. Zie ook een reeks uitspraken genoemd waarbij het Hof of wel uitvoerig, of wel minder uitvoerig ingaat op het 'minimum level of severity' criterium, onder voetnoot nummer 52.

78 EHRM 22 november 2011, EHRC 2012, 41, m.nt. S.T. Ramnewash-Oemrawsingh (*Zammit Maempel t. Malta*); EHRM 10 januari 2012, EHRC 2012, 79, par. 107 en 113 (*Di Sarno e.a. t. Italië*). Zie ook: Sanderink 2015a, p. 52.

79 EHRM 27 oktober 2014, EHRC 2014, 242, par. 80 (*Dzemyuk t. Oekraïne*).

80 EHRM 9 juni 2005, EHRC 2005, 80, m.nt. Janssen (*Fadayeveva t. Rusland*) (luchtvervuiling afkomstig van uitstoot staalfabriek).

81 Zie ook hoofdstuk 6 en 7.

82 EHRM 10 februari 2011, zaaknr. 30499/03, par. 142 (*Dubetska e.a. t. Oekraïne*).

is verlopen, en alleen in uitzonderlijke omstandigheden herziert het Straatsburgse Hof de inhoudelijke beslissingen van de nationale autoriteiten.⁸³ Het is denkbaar dat zeer schadelijke niet te herstellen gevolgen voor de leefomgeving (en daarmee de gezondheid) van klager door het Hof als een bijzondere omstandigheid kan worden aangemerkt. Dit kan dus resulteren in een inhoudelijke herziening van het nationale besluit. In dat geval houdt het Hof zich niet, conform de hoofdregel, bij zijn spreekwoordelijke 'leest'. Dit brengt tegelijkertijd de indirecte procedurele implicatie met zich dat de uitzonderlijke omstandigheden reden kunnen zijn voor een zelfstandige beoordeling door het Hof, en daarmee potentieel afwijkend van de nationale beoordeling.

Voor wat betreft de inhoudelijke beoordeling wil ik in het kader van gezinshereniging in een vreemdelingenzaak nog wijzen op de Grote Kamer uitspraak in de zaak *Jeunesse*.⁸⁴ In de kern ziet het geschil in deze zaak op de vraag of er uitzonderlijke omstandigheden zijn op grond waarvan klaagster in Nederland zou mogen blijven en een uitzetting dus strijd op zou leveren met artikel 8 EVRM. Deze uitspraak is om twee redenen relevant voor de toetsingspraktijk van het Hof en daarmee de mogelijke indirecte (bewijs)implicaties.

In de eerste plaats doet de Grote Kamer van het Hof de beoordeling van de nationale autoriteiten in feite over. De Grote Kamer formuleert namelijk vier cumulatieve criteria met behulp waarvan de vraag moet worden beantwoord of verblijf is toegestaan vanwege de aanwezigheid van uitzonderlijke omstandigheden.⁸⁵ Met het formuleren van deze criteria geeft het EHRM de nationale autoriteiten handvatten mee bij het beoordelen van de vraag of er uitzonderlijke omstandigheden zijn. Door deze criteria te formuleren, doet het Hof de besluitvorming van de nationale autoriteiten nog eens (dunnetjes) over, terwijl de Staat juist onder artikel 8 EVRM een ruime *margin of appreciation* toekomt.⁸⁶ De proactieve opstelling van de Grote Kamer van het Hof kan ook wel verklaard worden doordat hier belangen van kinderen op het spel staan. In de onderhavige zaak komt wat in het beste belang van de kinderen is veel gewicht toe. Dit is tevens het vierde criterium waarmee de nationale

83 De nadruk die het Hof hier legt op de eerlijkheid (en daarmee zorgvuldigheid) van de procedure hebben we ook kunnen lezen in deel I. De hiervoor weergegeven overweging vinden we onder meer ook terug in de *Fadayeveva*-zaak (EHRM 9 juni 2005, EHRC 2005, 80, m.nt. Janssen, par. 105 (*Fadayeveva t. Rusland*)). De overweging vinden we hier terug onder de *general principles* van het Hof. Zie ook nog: EHRM 10 november 2004, zaaknr. 46117/99, par. 117 (*Taşkın e.a. t. Turkije*). En daarnaast in een ontvankelijkheidsbeslissing in de zaak: EHRM 12 mei 2009, EHRC 2009, 103, m.nt. M. Peeters (ontv.besl.) (*Greenpeace e.a. t. Duitsland*). Ook eerder: EHRM 19 augustus 2003, EHRC 2003, 71, m.nt. Janssen, par. 123 (Grote Kamer) (*Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

84 EHRM 3 oktober 2014, AB 2014, 433, m.nt. A.J.Th. Woltjer, EHRC 2014, 262, m.nt. M. den Heijer, JV 2014, 343, m.nt. P. Boeles (Grote Kamer) (*Jeunesse t. Nederland*).

85 Zie hoofdstuk 6, i.h.b. paragraaf 6.3.5.2.

86 Tegelijkertijd: deze *margin* is beperkter in het geval van uitzetting in vergelijking met eerste toelating van vreemdelingen, aldus Klaassen 2015, p. 95.

autoriteiten in hun besluitvorming voldoende rekening moeten houden. Volgens Gerards is de reden dat het Hof niet alleen op de procedurele aspecten van de zaak ingaat, maar ook meer inhoudelijke argumenten in zijn oordeel betreft gelegen in het feit dat de eigen standaarden van het Hof meer verduidelijking nodig hebben. Een procedurele beoordeling alleen biedt deze verheldering immers niet.⁸⁷

In de tweede plaats is de *Jeunesse* zaak het noemen waard, omdat de hierna volgende overweging de sterke focus van het Hof op de behandeling op maat illustreert.⁸⁸ Zo overweegt de Grote Kamer in casu ten aanzien van de vraag of een beroep op algemene beleidsoverwegingen een uitzetting in de specieke zaak, gelet op de bijzondere omstandigheden, voldoende kan rechtvaardigen als volgt:

‘In view of the particular circumstances of the case, it is questionable whether *general immigration policy considerations* of themselves can be regarded as sufficient justification for refusing the applicant residence in the Netherlands.’⁸⁹

De Grote Kamer heeft in beginsel een voorkeur voor voldoende aandacht voor het individu. Dit betekent geen standaardisering waar het de rechten van de individuen betreft. Het Hof verlangt dit in de meeste gevallen ook van de Staat. Standaardisering binnen het nationale (bestuurs)recht kan dus onder omstandigheden problemen opleveren met de mensenrechtenbeoordeling naar EHRM-maatstaven.⁹⁰ Toch volgt uit de EHRM-jurisprudentie dat het Hof nog aarzelend is ten aanzien van de algemene regeltoepassing tegenover de beoordeling op maat.⁹¹ Aan de ene kant wil het Hof een ‘op maat’-aanpak, waarbij de toepassing van de criteria op zaaksbasis plaatsvindt en zo recht wordt gedaan aan de bescherming van de individuele mensenrechten. Deze *case to case*-aanpak zorgt echter wel voor vragen betreffende de juiste toepassing van de criteria in andere zaken.⁹² Aan de andere kant verlangt het Hof algemene oplossingen die zijn gebaseerd op heldere criteria en zo de rechtszekerheid vergroten, maar waarbij minder aandacht bestaat voor de concrete gevolgen voor het individu.⁹³

87 Zie Gerards 2017.

88 Zie ook deel II.

89 EHRM 3 oktober 2014, AB 2014, 433, m.nt. A.J.Th. Woltjer, EHRC 2014, 262, m.nt. M. den Heijer, JV 2014, 343, m.nt. P. Boeles, par. 121 (Grote Kamer) (*Jeunesse t. Nederland*).

90 Zo stellen Barkhuysen & Van Emmerik 2012, p. 194 en recenter herhaald in: Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2014, p. 56.

91 Nussberger 2017.

92 Opnieuw Nussberger 2017. Nussberger is kritisch ten aanzien van een louter op het individu toegesneden beoordeling door het EHRM, omdat daarmee voorbij wordt gegaan aan beginselen van rechtszekerheid en gelijkheid en de voorzienbaarheid van te verwachten oordelen afneemt. Vgl. ook: Brems 2013, p. 159.

93 Nussberger 2017.

Toetsingsmoment in diverse artikel 8 EVRM-zaken: ex tunc of ex nunc?

Voor de indirecte procedurele (bewijs)implicaties kan het verder relevant zijn om te weten welk toetsingsmoment het Hof onder artikel 8 EVRM als uitgangspunt neemt en of de nationale praktijk hierop aansluit. Vertrekpunt is en blijft dat het Hof de feiten en omstandigheden beoordeelt zoals deze zich hebben voorgedaan op nationaal niveau. Tegelijkertijd kan onder artikel 8 EVRM sprake zijn van een uitzetting van bijvoorbeeld een minderjarige delinquent. Welk moment neemt het EHRM in dat geval om de rechtmatigheid van de uitzetting te beoordelen? Belangrijker nog is de vraag: welke nieuwe(re) omstandigheden neemt het mee in zijn beoordeling? Zijn er daarnaast andere zaken waarin het Hof tóch de situatie naar 'nu' beoordeelt?

Het afwijkende toetsingsmoment dat het Hof onder omstandigheden onder artikel 8 EVRM hanteert, is in een aantal zaken goed zichtbaar. In de eerste plaats gaat het om de zaken waarin sprake is van een met artikel 3 EVRM vergelijkbare situatie en de uitzetting nog moet plaatsvinden. In het verlengde hiervan, en in de tweede plaats, kan gedacht worden aan ontvoeringszaken en de vraag of het kind nu wel of niet terug moet worden gestuurd naar het land waaruit het is ontvoerd.⁹⁴ In de derde plaats kan, in navolging van Klaassen,⁹⁵ gewezen worden op gezinsherenigingszaken en het toetsingsmoment dat het Hof dan toepast. Tot slot, en in de vierde plaats, noemt het Hof in een uithuisplaatsingszaak zijn standpunt ten aanzien van het toetsingsmoment, inclusief de toelaatbare uitzondering hierop.

Uitzetting minderjarige (delinquent en/of vreemdeling)

De Grote Kamer van het EHRM hanteert in de zaak *Maslov*⁹⁶ een *ex nunc*-toets. In casu gaat het om de uitzetting (en uiteindelijk ongewenst verklaring) van een jeugdige delinquent. Het EHRM kan deze toetsingswijze ook van de Staten verlangen.⁹⁷

In een latere zaak uit 2011 gaat het Hof in meer expliciete bewoordingen in op de analoge toepassing van de *ex nunc*-toets onder artikel 8 EVRM. Annotatoren bij deze uitspraak wijzen er op dat het Hof hier twee redenen voor geeft: (i) de toets aan artikel 8 EVRM moet gelijk zijn aan die onder artikel 3 EVRM om te voorkomen dat de rechten illusoir worden en (ii) het toetsingsmoment moet actueel zijn: dus de feiten die gelden op het moment dat de uitzetting plaatsvindt.⁹⁸ Ook in deze zaak gaat het om een uitzetting van een (destijds minderjarige) migrant die strafrechtelijk veroordeeld is. De nationale autoritei-

94 Deze materie is meer strafrechtelijk en civielrechtelijk van aard, daarom sta ik hier slechts kort bij stil en zoom ik vooral in op de voor deze studie relevante thema's.

95 Klaassen 2015, p. 304 en p. 321.

96 EHRM 6 augustus 2008, EHRC 2008, 97, m.nt. A.J.Th. Woltjer, JV 2008, 267, m.nt. P. Boeles, RV 2008, 20, m.nt. S.K. van Walsum (Grote Kamer) (*Maslov t. Oostenrijk*).

97 EHRM 6 augustus 2008, EHRC 2008, 97, m.nt. A.J.Th. Woltjer, JV 2008, 267, m.nt. P. Boeles, RV 2008, 20, m.nt. S.K. van Walsum, par. 93 (Grote Kamer) (*Maslov t. Oostenrijk*).

98 Zie onder punt 6 van de noot bij deze zaak.

ten vorderen uitzetting om wanordelijkheden en strafbare feiten te voorkomen. Het Hof gaat eerst in op het toetsingsmoment onder artikel 3 EVRM, en wijkt hier niet van af onder artikel 8 EVRM:

‘(...) under Article 3 of the Convention, the existence of a risk faced by an applicant in the country to which he is to be expelled is assessed by reference to the facts which were known or ought to have been known at the time of the expulsion; in cases where the applicant has not yet been deported, the risk is assessed at the time of the proceedings before the Court. *The Court sees no reason to take a different approach to the assessment of the proportionality of a deportation under Article 8 of the Convention and points out in this regard that its task is to assess the compatibility with the Convention of the applicant's actual expulsion and not of the final expulsion order. Any other approach would render the protection of the Convention theoretical and illusory by allowing Contracting States to expel applicants months, even years, after a final order had been made notwithstanding the fact that such expulsion would be disproportionate having regard to subsequent developments* [cursivering: TdJ].⁹⁹

Tot slot geeft deze uitspraak de wisselwerking tussen de nationale procedure(regels) en de inhoudelijke beoordeling van het Hof helder weer. In het ontbreken van de mogelijkheid naar Brits recht om de nova (nieuwe feiten) mee te nemen na een finaal besluit over de uitzetting en het tijdsverloop na het definitieve oordeel over de proportionaliteit van het uitzettingsbesluit, ziet het Hof reden om zelf de feiten in de zaak vast te stellen.¹⁰⁰ Ook onder artikel 3 EVRM in uitzettingszaken kan een afwijkende (tekortschietende) nationale praktijk reden zijn voor het Hof om zelfstandig tot een grondig onderzoek over te gaan.¹⁰¹

Ontvoeringszaken

Opnieuw lijkt het Hof onder artikel 8 EVRM in zaken waarin het gaat om een gedwongen terugkeer (als gevolg van een bevel van de hoogste rechter) van een minderjarig kind *ex nunc* te toetsen, zo was het geval in een Grote Kamer uitspraak van het Hof.¹⁰² Hoewel het hier gaat om een Grote Kamer uitspraak, past wel enige nuance: de hierna weergegeven overweging is niet onder de *general principles* van de uitspraak opgenomen.

De *ex nunc*-toets die het Hof hanteert onder artikel 8 EVRM in dit type zaken, is opnieuw te vergelijken met een onder artikel 3 EVRM voorgenomen uitzetting. In casu betekent dit dat het Hof ook de omstandigheden in zijn oordeel betreft die zich hebben voorgedaan *na* het besluit van de hoogste

99 EHRM 8 december 2011, EHRC 2011, 162, m.nt. Aarrass & Helmink, par. 67 (*A.A. t. Verenigd Koninkrijk*).

100 Zie onder punt 7 van de noot van Aarrass en Helmink bij deze uitspraak. Het gaat dan om par. 57-66.

101 Zie uitgebreider paragraaf 11.5.

102 EHRM 6 juli 2010, zaaknr. 41615/07, NJ 2010, 644, m.nt. S.F.M. Wortmann, par. 145 (Grote Kamer) (*Neulinger en Shuruk t. Zwitserland*).

rechter waarbij terug sturing van het kind is bevolen. In de hierna volgende overwegingen wordt duidelijk dat het toetsingsmoment sterk is ingegeven door wat in het beste belang van het kind is. Het belang van het kind komt gewicht toe bij de beoordeling of de terug sturing geoorloofd is of niet. De betreffende overweging van het Hof:

‘Even though doubts in this respect may appear justified, the Court is prepared to accept that in the present case the measure in question remains within the margin of appreciation afforded to national authorities in such matters. *However, in order to assess whether Article 8 has been complied with, it is also necessary to take into account the developments that have occurred since the Federal Court’s judgment ordering the child’s return. The Court must therefore place itself at the time of the enforcement of the impugned measure.* If it is enforced a certain time after the child’s abduction, that may undermine, in particular, the pertinence of the Hague Convention in such a situation, it being essentially an instrument of a procedural nature and not a human rights treaty protecting individuals on an objective basis. Moreover, whilst under Article 12, second paragraph, of the Hague Convention, a judicial or administrative authority before which the case is brought after the one-year period provided for in the first paragraph must order the child’s return, this is not so if it is demonstrated that the child is now settled in his or her new environment.’¹⁰³

Het toetsingsmoment in de procedure voor het Hof is dus het moment waarop het besluit ten uitvoer wordt gelegd. Het Hof geeft vervolgens aan dat de 3 EVRM ‘expulsion cases’ bij deze beoordeling als ‘guidance’ kunnen dienen.¹⁰⁴

Familiehereniging

Volgens Klaassen zou de nationale rechter een *ex nunc*-toets moeten hanteren bij de gezinsherenigingsbesluiten van het uitvoerende orgaan teneinde de zaken conform de toetsingspraktijk van het EHRM te beoordelen.¹⁰⁵ Onder verwijzing naar een aantal uitspraken van de ABRvS stelt Klaassen dat deze hoogste rechter in vreemdelingenzaken ten onrechte de besluiten van het bestuursorgaan (de IND) *ex tunc* toetst.¹⁰⁶

Het EHRM daarentegen neemt in zijn oordeel ook de feiten en omstandigheden mee die zich hebben voorgedaan *nadat* het besluit door het bestuursorgaan is genomen.¹⁰⁷ Het Hof beperkt zich dus niet, zoals de ABRvS, tot

103 EHRM 6 juli 2010, zaaknr. 41615/07, NJ 2010, 644, m.nt. S.F.M. Wortmann, par. 145 (Grote Kamer) (*Neulinger en Shuruk t. Zwitserland*).

104 EHRM 6 juli 2010, zaaknr. 41615/07, NJ 2010, 644, m.nt. S.F.M. Wortmann, par. 146 (Grote Kamer) (*Neulinger en Shuruk t. Zwitserland*).

105 Zo stelt Klaassen: Klaassen 2015, p. 304 en p. 321 en de verwijzing naar hoofdstuk 3 van zijn dissertatie.

106 Klaassen 2015, p. 320-321.

107 Zo stelt Klaassen op p. 321.

een *ex tunc*-toets van het besluit.¹⁰⁸ Dit volgt onder meer uit de zaak *Nunez*,¹⁰⁹ waarin het Hof ook de duur van de procedure in zijn oordeel betreft, en dit ziet op de periode *na* het besluit van het bestuursorgaan.¹¹⁰

Deze *ex nunc*-toets onder 8 EVRM verschilt echter wel van de *ex nunc*-toets die het Hof onder artikel 3 EVRM in uitzettingszaken hanteert indien de uitzetting nog niet heeft plaatsgevonden. In het laatste geval beoordeelt het Hof de omstandigheden zoals die gelden op het moment dat het Hof de claim behandelt, en niet zoals die golden ten tijde dat het besluit werd genomen door het bestuursorgaan of gehandhaafd door de nationale rechter.¹¹¹

Onder artikel 8 EVRM daarentegen bestaat de *ex nunc*-toets uit de gebeurtenissen die zich hebben voorgedaan tussen het besluit van het uitvoerende orgaan en dat van de nationale rechter.¹¹² Naar mijn idee is dit conform het principe dat het Hof de nationale procedure in zijn geheel op EVRM-conformiteit toetst. In dit licht is de *ex nunc*-toets onder artikel 8 EVRM dan ook minder verrassend. Voor zover mij bekend spreekt het Hof ook niet expliciet van een *ex nunc*-toets in het kader van gezinsherenigingszaken onder 8 EVRM, maar volgt dit impliciet uit de beoordeling van het Hof en de omstandigheden die het daarbij betreft. De toets die het EHRM onder artikel 8 EVRM in gezinsherenigingszaken toepast kan naar mijn opvatting daarom eerder worden gekwalificeerd als een *ex tunc plus*-toets. De toets van het EHRM kan zich namelijk in dit type zaken ook uitstrekken tot de feiten die zich hebben voorgedaan *nadat* het uitvoerende orgaan het besluit heeft genomen en tot aan het in stand laten van dit besluit door de nationale rechter(s). Het voorgaande doet niets af aan het punt van Klaassen dat het aanbeveling verdient dat de Afdeling de bestuursbesluiten onder artikel 8 EVRM in gezinsherenigingszaken aan een *ex nunc*-toets onderwerpt. De toets van het EHRM in dit type zaken is echter eerder te kwalificeren als een *ex tunc plus*-toets.

Uithuisplaatsing

Eind 2015 heeft het Hof in de zaak *N.P.*¹¹³ herhaald¹¹⁴ dat het extra informatie en nieuwe argumenten mag betrekken bij de beoordeling van de klacht als het dit van belang acht. Ook in uitzettingszaken onder artikel 3 EVRM kan

108 Vgl. ook: EHRM 10 januari 2012, *AB* 2012, 31, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 17 (*G.R. t. Nederland*).

109 Aldus Klaassen: Klaassen 2015, p. 321. EHRM 28 juni 2011, *EHRC* 2011, 133, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2011, 402, m.nt. S.K. van Walsum, par. 65-85 (*Nunez t. Noorwegen*).

110 Klaassen 2015, p. 321. Het belang van het kind verhindert uiteindelijk uitzetting en het inreisverbod. Zie voor een uitgebreide bespreking van deze zaak hoofdstuk 6.

111 Zie uitgebreider paragraaf 11.5.4.

112 Zie ook hoofdstuk 6, i.h.b. paragraaf 6.3.5. Met uitzondering van de zaken waarin wordt geklaagd over de niet tenuitvoerlegging van een rechterlijke uitspraak: EHRM 29 januari 2013, *EHRC* 2013, 40, m.nt. A.J.Th. Woltjer (*Butt t. Noorwegen*).

113 EHRM 6 oktober 2015, *EHRC* 2015, 239 (*N.P. t. Moldavië*).

114 Zie namelijk eerder: EHRM 12 juli 2001, zaaknr. 25702/94, par. 147 (Grote Kamer) (*K. en T. t. Finland*).

het Hof besluiten om informatie in zijn oordeel te betrekken welke *na* de uitzetting aan het licht is gekomen.¹¹⁵

In casu wordt de vierjarige dochter van klaagster N.P. uit huis geplaatst en wordt klaagster de ouderlijke macht ontnomen. Het Hof overweegt ten aanzien van het meenemen van aanvullende informatie en nieuwe argumenten:

‘The Court is in principle not prevented from taking into account additional information and fresh arguments in determining the merits of a complaint, if it considers such factors to be relevant. New information may, for example, be of value in confirming or refuting the assessment that has been made by the Contracting State. Such “new” material may take the form of further particulars as to the facts underlying the complaints declared admissible or legal arguments relating to those facts. Accordingly, the Court is not precluded from taking cognisance of such material in so far as it is judged to be pertinent’.¹¹⁶

In casu geeft de regering als reden voor het besluit om het kind van klaagster uit huis te plaatsen dat klaagster haar tweede kind in de steek heeft gelaten. Klaagster heeft echter ‘pas’ *na* de ontzetting uit de ouderlijke macht haar tweede kind in de steek gelaten.¹¹⁷ Met andere woorden: de regering verwijst in de procedure voor het Straatsburgse Hof naar informatie waarover de nationale autoriteiten ten tijde van het nemen van het besluit om het eerste kind uit huis te plaatsen nog helemaal niet beschikten. Dit is voor het Hof reden om af te zien van een *ex nunc*-toets, zo is ook te lezen in de hierna volgende overweging:

‘At the same time, however, it cannot be part of the Court’s task to examine a grievance in the light of information which did not appear in the file made available to the authorities, the courts and – in normal circumstances – the parties at the time when they reached the decisions which this Court has been called upon to scrutinise. In this case, in so far as the material which the Government have relied on to justify the withdrawal of the applicant’s parental authority in respect of A. [de vierjarige dochter van klaagster] was not available to the decision-making bodies and the parties to the proceedings, it cannot be deemed pertinent for the purposes of examining whether those restrictions were in compliance with Article 8 of the Convention’.¹¹⁸

Het Hof toetst dus de omstandigheden en de feiten *ex tunc* en laat de nieuwere informatie waarop de regering zich beroept om voormelde reden buiten beschouwing.

115 Zie o.m.: EHRM 20 maart 1991, zaaknr. 15576/89, par. 76 (Grote Kamer) (*Cruz Varas e.a. t. Zweden*), en zie ook paragraaf 11.5.4.

116 EHRM 6 oktober 2015, EHRC 2015, 239, par. 62 (*N.P. t. Moldavië*).

117 EHRM 6 oktober 2015, EHRC 2015, 239, par. 61 (*N.P. t. Moldavië*).

118 EHRM 6 oktober 2015, EHRC 2015, 239, par. 63 (*N.P. t. Moldavië*).

11.4.2.2 Artikel 1 EP EVRM

Nog meer dan onder artikel 8 EVRM beperkt het EHRM zich in de toets aan het eigendomsrecht tot de nationale gang van zaken. Doorgaans beoordeelt het Hof onder dit recht geen huidige of toekomstige situaties op EVRM-conformiteit. Dit heeft tot gevolg dat onder artikel 1 EP EVRM de indirecte procedurele implicaties voortkomend uit de omgang van het Hof met de bewijsregels zeer beperkt zijn. Onder dit Verdragsrecht is in principe geen sprake van met artikel 3 EVRM of artikel 8 EVRM vergelijkbare situaties die het Hof ertoe kunnen nopen om *ex nunc* te toetsen of in te gaan op bewijskwesties. In lijn met de voorgaande paragrafen volgt nu een bespreking van een aantal bewijsaspecten onder artikel 1 EP EVRM.

Bewijsomvang

Wat moet bewezen worden in de procedure voor het Hof waarin klager stelt dat sprake is van een schending van zijn eigendomsrecht?

In de procedure voor het Hof is doorgaans niet in geschil dat sprake is van een inmenging in het eigendomsrecht van klager.¹¹⁹ De daaraan voorafgaande vraag of sprake is van eigendom kan echter wel lastig zijn. Vooral in de gevallen waarin het gaat om eigendom in sociale zekerheidszaken, zoals uitkeringen kan dit lastig en tijdrovend zijn.¹²⁰ Minder tijdrovend en iets gemakkelijker is het om in de klassieke eigendomszaken, bijvoorbeeld als het gaat om een grondonteigening, vast te stellen dat sprake is van eigendom.

De kern van het geschil concentreert zich onder artikel 1 EP EVRM, net als onder artikel 8 EVRM, op de vraag of de inmenging in het eigendomsrecht gerechtvaardigd is.¹²¹ Dit betekent dat er een *fair balance* dient te zijn tussen het algemeen belang en de aantasting van het eigendomsrecht van klager. Bij deze belangenafweging sluit het Hof aan bij de drie criteria die het in het kader van de rechtvaardigheidstoets onder artikel 8 EVRM heeft geformuleerd.¹²² Onder artikel 1 EP EVRM toetst het EHRM aan de volgende drie cumulatieve voorwaarden: het wetmatigheidsvereiste, het algemeen belang dat gediend is met de eigendomsbeperkende maatregel – met andere woorden, of de beperking een legitiem doel diende – en tot slot de *fair balance* waarbij op het individu als gevolg van de maatregel geen individuele en onevenredig zware

119 Een uitzondering zien we echter in de volgende zaak: EHRM 18 juli 2013, zaaknr. 50757, par. 60 – 72 (*Taziyeva e.a. t. Rusland*) (100 gewapende mannen doen huiszoeking bij klager en familie, par. 7). Onder artikel 1 EP EVRM oordeelt het Hof dat niet is komen vast te staan dat klagers eigenaar zijn van verschillende voorwerpen in het huis. Klagers geen slachtoffer in de zin van artikel 34 EVRM.

120 Zie over *possessions* en *margins* in sociale zekerheidszaken in de EHRM jurisprudentie: Leijten 2013, p. 309- 349.

121 Zie ook hoofdstuk 10.

122 White & Ovey 2014, p. 492-493.

last mag komen te rusten.¹²³ De toepassing door het Hof van deze criteria onder het eigendomsrecht is minder streng dan de toets die het Straatsburgse Hof onder artikel 8 EVRM hanteert.¹²⁴ Waarschijnlijk is dit ingegeven door de ruime *margin of appreciation* die de Staat toekomt onder artikel 1 EP EVRM. De Staten hebben onder het eigendomsrecht een ‘wide power to interfere with property rights in the general social and economic interest’.¹²⁵ Ook onder artikel 8 EVRM is de *margin* voor de Staten ruim, maar onder omstandigheden kan deze wel worden beperkt door het Hof.¹²⁶ Daar komt bij dat in 1 EP-zaken minder snel sprake zal zijn van potentiële schade die onomkeerbaar is of onomkeerbare besluiten.¹²⁷ Dit kan ook een reden zijn voor het Hof om zich terughoudender op te stellen. Tegelijkertijd kan het Hof de Staat juist minder ruimte laten in de meer klassieke eigendomszaken waarin in mindere mate de sociaal- economische component een rol speelt. De jurisprudentie van het Hof blijft ook op dit punt casuïstisch.

Als bekend toetst het EHRM de nationale gang van zaken achteraf op conformiteit met het EVRM. Het gaat dus om een *flashback*-beoordeling. Bij het vaststellen van de vraag of sprake is van een *fair balance* onder artikel 1 EP EVRM kijkt het Hof onder meer naar de aanwezige procedurele waarborgen in het nationale recht, de geboden compensatie, de voorzienbaarheid etc.¹²⁸ Het Hof steunt vooral op de beslissingen van de nationale autoriteiten en dit maakt de 1 EP-jurisprudentie erg zaaksafhankelijk. Dit ‘varen’ op de besluiten van de nationale autoriteiten heeft zich bovendien vertaald in een weinig specifieke benadering van het Hof ten aanzien van compensatie.¹²⁹ Tot slot is het Hof strenger in de gevallen dat sprake is van structurele inbreuken op het eigendomsrecht (dit type zaken leent zich goed voor de pilot procedure van het Hof)¹³⁰ of wanneer de wet ‘manifestly without reasonable foundation’ is.¹³¹

Bewijsstandaard en bewijslastverdeling

Een met artikel 2 en 3 EVRM vergelijkbare bewijsstandaard zien we onder artikel 1 EP EVRM niet terug. Nadat het Hof heeft vastgesteld dat sprake is van eigendom, dient vervolgens te worden beoordeeld of sprake is van een inmenging, en vervolgens of deze inmenging gerechtvaardigd is of niet.

123 Zie over deze voorwaarden ook hoofdstuk 7.

124 White & Ovey 2014, p. 519.

125 Harris e.a. 2014, p. 904.

126 Bijvoorbeeld in de gevallen waarin het gaat om ‘verdere beperkingen van het recht op omgang met de kinderen’, zoals te lezen in: hoofdstuk 6, i.h.b. paragraaf 6.3.1.

127 Zie ook paragraaf 11.2.

128 Harris e.a. 2014, p. 904, en zie ook uitgebreid hoofdstuk 7.

129 Aldus Harris e.a. 2014, p. 904.

130 Rule 61 van het Procesreglement.

131 Harris e.a. 2014, p. 904.

Het is aan klager om te laten zien dat de inbreuk makende maatregel hem heeft geconfronteerd met een individuele en excessieve last die disproportioneel is.¹³² Het is vervolgens aan de Staat om te laten zien dat de inmenging in het algemeen belang is en klager geen onevenredige excessieve last heeft moeten dragen. Wanneer de Staat hierin slaagt, is de inmenging gerechtvaardigd. De Staat dient als het ware de maatregel te rechtvaardigen, verwijzende naar het doel dat ermee werd gediend en de last die door de maatregel op de klager is komen te rusten.

Anders dan onder artikel 2 en 3 EVRM, bestaat onder artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM wel ruimte voor een belangenafweging en komen de Staten een (ruime) *margin of appreciation* toe. Een ruime *margin* betekent dat er minder nodig zal zijn voor de Staat om de inmenging te rechtvaardigen. Omgekeerd betekent dit dat het EHRM in het geval van een beperktere *margin* onder de artikelen 8 EVRM en 1 EP EVRM meer van de Staat kan vragen om de inmenging te rechtvaardigen.¹³³ Strikt genomen is het dan niet de bewijsstandaard die wordt verhoogd. Binnen de belangenafweging rust dan een grotere plicht op de Staat om aan te tonen dat de maatregel de lid 2 toets (artikel 8 EVRM) doorstaat of dat er daadwerkelijk een *fair balance* is (artikel 1 EP EVRM).

Bewijswaardering

Tot slot de bewijswaardering. Ook hier geldt dat, net als onder artikel 8 EVRM, de bewijsmiddelen een minder grote rol spelen dan onder artikel 2 en 3 EVRM. De nationale situatie is versteend op het moment dat het Hof de klacht moet beoordelen, zoals ook een van de respondenten opmerkte.¹³⁴ Vertrekpunt bij de beoordeling van het Hof vormen de door klager en de Staat in de nationale procedure naar voren gebrachte bewijsmiddelen. Hierbij kan dan gedacht worden aan overgelegde deskundigenrapporten en/of taxatierapporten.

Wanneer de nationale onderzoeksrapporten gebreken vertonen en in de nationale procedure volgens het Hof de inmenging niet is komen vast te staan en evenmin de exacte omvang van de financiële gevolgen voor klager, kan het Hof klager en/of de Staat om extra informatie vragen. Dit was aan de orde in de Franse zaak *Flamenbaum e.a.*,¹³⁵ waarin het ging om de uitbreiding van een startbaan van een vliegveld. Omwonenden van dit vliegveld klaagden onder artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM over de door hen ondervonden

¹³² Harris e.a. 2014, p. 904.

¹³³ Zie in dit kader ook de bijdrage van Ambrus 2013 waarin de auteur de bewijsstandaard in religiezaken onder artikel 9 EVRM reconstrueert aan de hand van de omvang van de ruimte – de *margin of appreciation* die de Staat wordt gelaten door het Hof. In de kern komt dit er op neer dat hoe ruimer de *margin of appreciation*, hoe lager de bewijsstandaard die op de Staat rust.

¹³⁴ Zie hoofdstuk 10.

¹³⁵ EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 77, m.nt. M.K.G. Tjepkema (*Flamenbaum e.a. t. Frankrijk*).

overlast en waardevermindering van hun huizen.¹³⁶ Het EHRM heeft klagers verzocht extra informatie te overleggen die onder meer zag op de tegenwoordige waarde van hun huis en de waarde van de huizen in hetzelfde gebied waarvan de bewoners geen hinder ervoeren van geluid van vliegtuigen.¹³⁷ De overgelegde informatie is echter tegenstrijdig en onvolledig, en het Hof concludeert dan ook dat van een inmenging in het eigendomsrecht geen sprake is, en derhalve ook geen schending.¹³⁸

Resumerend: onder het recht op leven en het folterverbod zijn de feiten in vergelijking met artikel 8 EVRM en het eigendomsrecht vaker in het geding. Vanwege de bestuursprocesrechtelijke focus van deze studie is onder artikel 2 en 3 EVRM volstaan met een weergave van de bewijsregels onder deze artikelen. Een proactieve houding van het Hof waarbij het meer bewijs betreft in zijn oordeel kan indirecte procedurele implicaties met zich brengen. Toch heeft de komst van de procedurele onderzoeksplicht onder deze artikelen ertoe geleid dat het Hof ook in dit type zaken minder vaak zelfstandig een inhoudelijk oordeel geeft. Voor de Staten is daarom een (extra) belangrijke taak weggelegd.

Uit de wijze waarop het Hof de toepasselijkheid van artikel 8 EVRM in milieu- en gezondheidsgerelateerde zaken toetst, kan worden afgeleid dat het Hof een op het individu georiënteerde benadering hanteert. Daarnaast stelt het Hof zich bij de inhoudelijke beoordeling ten aanzien van de rechtvaardiging van de inmenging terughoudend op. De Staat komt hier een ruime *margin of appreciation* toe, en alleen bijzondere omstandigheden kunnen het Hof ertoe bewegen de klacht op zijn merites te beoordelen. In de regel kiest het Hof in dit type zaken dus voor een procedurele benadering, en dit maakt dat de indirecte procedurele bewijsimplicaties hier in beginsel beperkter zijn. In beginsel, omdat de nadruk op de nationale procedure in de toets van het Hof wel impliciet met zich brengt dat de nationale procedure dus op orde moet zijn, nu dit een belangrijk onderdeel is van de EHRM-beoordeling.

Hoewel de hoofdregel onder artikel 8 EVRM is en blijft dat het Hof de feiten en omstandigheden *ex tunc* toetst, houdt het Hof zich niet te allen tijde aan dit basisprincipe. Op dit punt is onder artikel 8 EVRM dan ook het meest duidelijk een aantal indirecte procedurele implicaties te vinden. Om te beginnen kan het Hof, in navolging van de uitzettingszaken onder artikel 3 EVRM en het toetsingsmoment dat het dan hanteert, in het geval van uitzetting van een (minderjarige) delinquent of een ontvoeringszaak de omstandigheden *ex nunc* toetsen. Het Hof betreft dan dus de gebeurtenissen *na* het oordeel van

¹³⁶ Zie ook hoofdstuk 6.

¹³⁷ EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 77, m.nt. M.K.G. Tjepkema, par. 173 en 188 (*Flamenbaum e.a. t. Frankrijk*).

¹³⁸ EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 77, m.nt. M.K.G. Tjepkema, par. 184-192 (*Flamenbaum e.a. t. Frankrijk*).

de nationale rechter in zijn oordeel. Daarnaast is de toets van het Hof in gezinsherenigingszaken geen zuivere *ex nunc*-toets. Het is eerder een *ex tunc plus*-toets. Het Hof neemt hier ook de feiten mee die zich hebben voorgedaan tussen het besluit van het uitvoerende orgaan en het oordeel van de rechter. Deze manier van toetsing is inherent aan de toetsingswijze van het Hof waarin het de gebeurtenissen in zijn totaliteit aan het EVRM toetst. Toch brengt dit een indirecte procedurele consequentie met zich, omdat deze praktijk afwijkt van de rechterlijke beoordeling op nationaal niveau.

Tot slot spelen de bewijsregels onder het eigendomsrecht geen grote rol, nu de kern ziet op de rechtvaardigheid van de inmenging en de nationale procedure hierbij leidend is voor het Hof. Bij een tekort aan informatie om vast te kunnen stellen of sprake is van een inmenging kan het Hof echter onder het eigendomsrecht extra informatie vragen aan de partijen. Dit zal dan met name spelen in zaken waarin de inmenging in de nationale procedure wordt betwist, en minder of niet wanneer de belangenafweging de kern van het nationale geschil vormt.

11.5 BEWIJSREGELS VOOR HET EHRM: ARTIKEL 3 EVRM IN ASIELZAKEN

De kernvraag van deze paragraaf ziet op de toetsingspraktijk ten aanzien van de bewijsregels van het EHRM in asielzaken waarin door klager een beroep is gedaan op artikel 3 EVRM om een uitzetting te voorkomen en of hieruit indirecte procedurele implicaties zijn af te leiden.¹³⁹

De rechtsbescherming die in Straatsburg en op nationaal niveau in asielzaken wordt geboden, loopt uiteen. Diverse specialisten uit het vreemdelingenrecht hebben dit gesignaleerd.¹⁴⁰ Zo verschilt de Straatsburgse toetsing in *Said* tegen Nederland van de toets van de hoogste nationale rechter.¹⁴¹ Ten tijde van de nationale procedure (2001) was in deze zaak de algemene informatie (die o.m. bestond uit rapporten van NGO's) nog niet beschikbaar op basis waarvan het EHRM in 2005 het asielrelaas van klager geloofwaardig achtte.¹⁴² Ook in de latere zaak *Salah Sheekh* tegen Nederland¹⁴³ uit 2007 hebben de

139 Dit geldt ook in de context van artikel 2 EVRM in uitzettingszaken. Zoals echter in hoofdstuk 5 (paragraaf 5.1, supra noot 1) is opgemerkt, wordt in de meeste gevallen een beroep gedaan op artikel 3 EVRM in dit type zaken en daarom wordt in deze studie niet apart aandacht besteed aan artikel 2 EVRM in uitzettingszaken.

140 Waaronder Spijkerboer, Battjes en Vermeulen. Zie Spijkerboer 2007, en de annotaties van Vermeulen bij de zaken *Said* en *Salah Sheekh* en van Battjes bij de *Said*-zaak. Zie ook Barkhuysen in zijn oratie: Barkhuysen 2006, p. 25 e.v.

141 EHRM 5 juli 2005, AB 2005, 369, m.nt. HBa & BPV (*Said t. Nederland*). Eerste veroordeling van Nederland dat uitzetting strijd oplevert met artikel 3 EVRM, aldus de annotatoren onder punt 1 van de noot.

142 Zie helder uiteengezet onder punt 3 van de noot bij de *Said* zaak.

143 EHRM 11 januari 2007, AB 2007, 76, m.nt. BPV (*Salah Sheekh t. Nederland*). Zie ook: Vlemminx 2013, p. 56-57.

klagers in de nationale procedure tevergeefs een beroep gedaan op artikel 3 EVRM om hun uitzetting naar het land van herkomst te voorkomen. In deze zaken toetste het EHRM, anders dan de hoogste Nederlandse bestuursrechter, de feiten en omstandigheden *ex nunc*.¹⁴⁴ Mede als gevolg hiervan toetste het Hof het bewijs strenger en nam het meer informatie mee dan de Nederlandse hoogste bestuursrechter. De zaken *Said* en *Salah Sheekh* laten zien dat een schending van artikel 3 EVRM op nationaal niveau niet aan het licht was gekomen op basis van de gevolgde procedure. Daarnaast oordeelde het Hof in deze zaken in lijn met eerdere Straatsburgse jurisprudentie ex artikel 35 EVRM dat klagers niet over een effectief nationaal rechtsmiddel beschikten, en dat daarom de niet-uitputting van de nationale rechtsmiddelen niet aan klagers kon worden tegengeworpen.¹⁴⁵

Gelet op de omvang en de haalbaarheid van dit onderzoek is het niet mogelijk om op elk element van toetsing door het Hof in te gaan.¹⁴⁶ Daarom volsta ik hier met een vijftal thema's die relevant zijn voor de omgang met bewijs door het Hof en daarmee de eventuele indirecte procedurele implicaties. Vertrekpunt bij de selectie van deze thema's vormen de door Baldinger in haar dissertatie geformuleerde criteria voor bewijs en rechterlijk onderzoek,¹⁴⁷ aangevuld met recente(re) EHRM-jurisprudentie.

De kern van deel II van deze studie wordt gevormd door de vraag of de Straatsburgse praktijk indirecte procedurele implicaties voor de omgang met bewijs met zich brengt. Om deze vraag te kunnen beantwoorden volgt allereerst een uiteenzetting over de geloofwaardigheid van het asielrelaas. Hierbij is het interessant om te zien wanneer het Hof overgaat tot een zelfstandige beoordeling van het relaas van klager en welke factoren de geloofwaardigheid volgens het Hof beïnvloeden (paragraaf 11.5.1). Vervolgens volgt de omvang van de 'rigorous scrutiny' van het Hof. Hierbij ga ik uitgebreid in op de bewijsstandaard, -omvang en -last (paragraaf 11.5.2). Daarna komen de termijnen die het Hof hanteert ten aanzien van het bewijs, het type bewijs en het gewicht dat het Hof toekent aan de diverse bewijsbronnen aan bod (paragraaf 11.5.3). Tot slot volgt het toetsingsmoment dat het Hof toepast bij de beoordeling van de claim van klager (paragraaf 11.5.4), gevolgd door de beoordeling van en het gewicht dat toekomt aan de individuele omstandigheden (paragraaf 11.5.5).

144 EHRM 5 juli 2005, *AB* 2005, 369, m.nt. HBa & BPV, par. 48-49 (*Said t. Nederland*); EHRM 11 januari 2007, *AB* 2007, 76, m.nt. BPV, par. 136 (*Salah Sheekh t. Nederland*).

145 Barkhuysen plaatst bij de zaak *Said* de kanttekening dat het Hof in deze zaak echter heeft nagelaten een schending van artikel 13 EVRM aan te nemen en leidt hieruit af dat het Hof hiermee het signaal afgeeft dat de nationale rechtsbescherming adequaat is. Barkhuysen 2006, p. 25-26.

146 Voor een zeer nauwkeurig overzicht verwijs ik naar de lezenswaardige dissertatie van Baldinger (Baldinger 2013).

147 Baldinger 2013, p. 8 en voor de toepassing van de elf criteria op de EHRM jurisprudentie: p. 234-287.

11.5.1 Geloofwaardigheid asielrelaas

De geloofwaardigheidstoets van het asielrelaas vormt onderdeel van de feitenvaststelling door het EHRM.¹⁴⁸ In de eerste plaats valt bij de beoordeling van de geloofwaardigheid van het asielrelaas op dat het Hof aan de ene kant terughoudend is bij het zelfstandig beoordelen van de geloofwaardigheid. Conform het subsidiariteitsbeginsel is dit meer een taak voor de nationale autoriteiten. Bovendien zouden de nationale autoriteiten hier ook beter toe in staat zijn. Tegelijkertijd erkent het Hof het absolute karakter en de fundamentele waarde van artikel 3 EVRM, en ziet het hierin reden om in sommige gevallen zelf grondig onderzoek te doen naar de aanwezigheid van een reëel risico.¹⁴⁹ Een onafhankelijke toets van de door de Staat betwiste geloofwaardigheid van het asielrelaas maakt ook onderdeel uit van dit grondige onderzoek.¹⁵⁰ Het Straatsburgse Hof heeft nagelaten om een ‘elaborate doctrinal position’ in te nemen waar het gaat om de vraag of het Hof de geloofwaardigheidstoets van de nationale autoriteiten volgt of toch het relaas zelf aan een grondig onderzoek onderwerpt.¹⁵¹ Baldinger heeft wel drie ‘triggers’ geformuleerd die ertoe kunnen leiden dat het Hof het asielrelaas zelfstandig op waarheid toetst. Deze drie *triggers* zijn achtereenvolgens: (1) de nationale procedure is onvoldoende. Het kan dan gaan om bewijs dat niet is meegenomen, of om het feit dat de landenrapporten in de toets ontbreken.¹⁵² De volgende trigger (2) ziet op nieuwe feiten en omstandigheden of ontwikkelingen. Bij de laatste trigger tot slot (3) kan het Hof besluiten om zelf de geloofwaardigheid te toetsen in het geval dat op nationaal niveau onvoldoende rekening is gehouden met het absolute karakter van artikel 3 EVRM of als sprake is van een incorrecte toepassing van de bewijsstandaard. Dat wil zeggen dat op nationaal de bewijsstandaard te strikt is toegepast of te veel gericht op de individualisering van het reële risico.¹⁵³

Ter illustratie van de eerste trigger kunnen de zaken *Jabari*¹⁵⁴ en *R.C.*¹⁵⁵ worden genoemd. In de eerste zaak is helemaal geen inhoudelijk onderzoek door de autoriteiten uitgevoerd. In *R.C.* tegen Zweden ontbrak het aan een serieus onderzoek en zijn medische rapporten onvoldoende in het nationale oordeel betrokken. In *Salah Sheekh*¹⁵⁶ leunden de nationale autoriteiten te

148 Zie over de geloofwaardigheidstoets door het EHRM ook: Reneman 2012, p. 221-234. Dit kan dus ook onderdeel zijn van ‘a rigorous scrutiny’ aldus Baldinger (Baldinger 2013, p. 246 e.v.).

149 Baldinger 2013, p. 246.

150 Baldinger 2013, p. 247.

151 Aldus Baldinger 2013, p. 248.

152 Zie Gibb & Good 2013, p. 291-322 voor het gebruik van landeninformatie (‘country of origin information’) in het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk.

153 Baldinger 2013, p. 248.

154 EHRM 11 juli 2000, *JV* 2000, 240, m.nt. BV (*Jabari t. Turkije*).

155 EHRM 9 maart 2010, *JV* 2010, 147, m.nt. T.P. Spijkerboer (*R.C. t. Zweden*).

156 EHRM 11 januari 2007, *AB* 2007, 76, m.nt. BPV (*Salah Sheekh t. Nederland*).

veel op het ambtsbericht van het ministerie van Buitenlandse Zaken, zonder verdere bronnen in hun oordeel te betrekken.¹⁵⁷ Wanneer door klager gegronde redenen zijn aangevoerd om te twijfelen aan de accuraatheid van de informatie waarmee de regering zijn standpunt onderbouwt, kan dit voor het Hof reden zijn om uit eigen beweging meer bronnen te raadplegen:

‘In determining whether it has been shown that the applicant runs a real risk, if expelled, of suffering treatment proscribed by Article 3, the Court will assess the issue in the light of all the material placed before it, or, if necessary, *material obtained proprio motu*, in particular where the applicant — or a third party within the meaning of Article 36 of the Convention — provides *reasoned grounds which cast doubt on the accuracy of the information relied on by the respondent Government* [cursivering: Td]].’¹⁵⁸

Het voorgaande impliceert dat deze gegronde redenen ook voor de nationale rechter – in navolging van het Hof – reden kunnen zijn om zelf extra materiaal in het oordeel te betrekken. Het Hof doet tenslotte *meer* dan de nationale rechters hebben gedaan, en de nationale autoriteiten zijn en blijven de primaire EVRM-beschermers.

Het Hof vervolgt zijn overweging door in te gaan op zijn eigen beoordeling van extra (uit eigen beweging verkregen) informatie. Deze overweging is tevens illustratief voor de wisselwerking tussen de toetsingspraktijk van het Hof zelf en wat het in dit kader van de Staat verlangt.¹⁵⁹ In de volgende overweging expliciteert het Hof namelijk ook wat het van de Staat verlangt met betrekking tot het type bronnen dat in het oordeel in de nationale procedure moet worden betrokken:

‘In respect of materials obtained *proprio motu*, the Court considers that, given the absolute nature of the protection afforded by Article 3, it must be satisfied that the assessment made by the authorities of the Contracting State is adequate and sufficiently supported by domestic materials as well as by materials originating from other, reliable and objective sources, such as, for instance, other Contracting or non-Contracting States, agencies of the United Nations and reputable nongovernmental organisations.’¹⁶⁰

De ratio voor het meenemen van nieuwe(re) informatie en andere bronnen (en de *ex nunc*-toets die dit vervolgens impliceert) is naar het oordeel van

157 Baldinger 2013, p. 249; Reneman 2012, p. 243 e.v. Zie ook: EHRM 1 april 2010, zaaknr. 24268/08, par. 56 (*Klein t. Rusland*); EHRM 21 oktober 2010, zaaknr. 25404/09, par. 125 (*Gaforov t. Rusland*) waarin het Hof oordeelde dat de staat bij de beoordeling van de *refoulement* claim onvoldoende ‘human rights reports’ heeft meegenomen.

158 EHRM 11 januari 2007, AB 2007, 76, m.nt. BPV, par. 136 (*Salah Sheekh t. Nederland*).

159 Zie ook hoofdstuk 5.

160 EHRM 11 januari 2007, AB 2007, 76, m.nt. BPV, par. 136 (*Salah Sheekh t. Nederland*). Zie recenter: EHRM 8 juli 2014, zaaknr. 58363/10, par. 47-51 (*M.E. t. Denemarken*).

het Hof gelegen in artikel 19 EVRM. Dit artikel ziet op het verzekeren van de nakoming van het Verdrag. Daarnaast past een te beperkte beoordeling niet bij het zijn van een internationaal mensenrechtenhof:

‘In its supervisory task under Article 19 of the Convention, it would be too narrow an approach under Article 3 in cases concerning aliens facing expulsion or extradition if the Court, as an international human rights court, were only to take into account materials made available by the domestic authorities of the Contracting State concerned without comparing these with materials from other, reliable and objective sources.’¹⁶¹

Bij de tweede trigger gaat het om nieuwe feiten en veranderde omstandigheden. Het kan dan gaan om nieuwe door klager overgelegde documenten¹⁶² of om veranderende omstandigheden in het land waarnaar wordt uitgezet waarbij het Hof in dat geval de klacht van klager *ex nunc* beoordeelt. Dat wil zeggen naar de omstandigheden die gelden op het moment dat het Hof de artikel 3 EVRM klacht van klager behandelt.¹⁶³

Bij de derde trigger wijst Baldinger op de zaak *Chahal*¹⁶⁴ waarin het Verenigd Koninkrijk het risico van een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling heeft afgezet tegen de nationale veiligheid en een incorrecte bewijsstandaard heeft toegepast.¹⁶⁵ Van een incorrecte bewijsstandaard, in de zin dat deze naar het oordeel van het Hof te hoog was voor klager, was ook sprake in de Grote Kamer uitspraak in de *M.S.S.* zaak.¹⁶⁶

De eerste trigger en de derde trigger houden nauw verband met elkaar. In beide gevallen schiet de nationale procedure naar het oordeel van het Hof tenslotte tekort. Deze eerste en derde trigger zien beide volgens het Hof op onvoldoende onderzoek en een verkeerde toepassing van bewijsregels op nationaal niveau.

161 EHRM 11 januari 2007, *AB* 2007, 76, m.nt. BPV, par. 136 (*Salah Sheekh t. Nederland*). Zie recenter EHRM 12 januari 2016, zaaknr. 25077/06 (*A.Q.W. en D.H. t. Nederland*) waarin het Hof ook andere bronnen (NGO-rapporten) meeneemt in zijn beoordeling (par. 70 en par. 38-50).

162 EHRM 6 maart 2001, *EHRC* 2001, 30, m.nt. Gijzen, *JV* 2001, 104, m.nt. TS (*Hilal t. Verenigd Koninkrijk*). Later: EHRM 23 maart 2016, *EHRC* 2016, 131, m.nt. M. den Heijer, *JV* 2016, 132, m.nt. T.P. Spijkerboer, par. 157 (Grote Kamer) (*F.G. t. Zweden*).

163 Baldinger 2-13, p. 249 en de verwijzing naar de zaak *Salah Sheekh* (par. 136). Geen nieuwe beoordeling achtte het Hof noodzakelijk in de zaak *J.H.* (EHRM 20 december 2011, zaaknr. 48839/09, par. 59 (*J.H. t. Verenigd Koninkrijk*)) nu hier geen nieuw bewijs was aangedragen.

164 EHRM 15 november 1996, zaaknr. 22414/93 (*Chahal t. Verenigd Koninkrijk*).

165 Baldinger 2013, p. 249.

166 EHRM 21 januari 2011, *EHRC* 2011, 42, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2011, 68, m.nt. H. Battjes, par. 389 (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*). Zie hoofdstuk 5, i.h.b. paragraaf 5.4 onder het kopje *Dublinzaken*.

Vervolgens is het interessant om te zien hoe het Hof de geloofwaardigheid van het asielrelaas beoordeelt.¹⁶⁷ Met andere woorden: welke factoren spelen een rol bij de beoordeling van de geloofwaardigheid? De geloofwaardigheids-toets van het relaas maakt, samen met het rechterlijk onderzoek en de bewijsregels die het Hof hanteert, onderdeel uit van het grondige onderzoek ('rigorous scrutiny') van het Hof.¹⁶⁸ Niet is beoogd om een uitputtende opsomming te geven van de factoren die een rol spelen bij de beoordeling van de geloofwaardigheid van het relaas van klager.

Bij de beoordeling van de geloofwaardigheid geeft het Hof het voordeel van de twijfel aan klager:¹⁶⁹

'The Court acknowledges that, owing to the special situation in which asylum seekers often find themselves, it is frequently necessary to give them the benefit of the doubt when it comes to assessing the credibility of their statements (...)'.¹⁷⁰

De 'geloofwaardigheidsmaatstaf' die het EHRM hanteert bij het beoordelen van de geloofwaardigheid is die van een 'general credibility'. Het Hof verlangt dus niet van klager dat elk detail van het vluchtrelaas accuraat en consistent is.¹⁷¹

'The Court acknowledges that complete accuracy as to dates and events cannot be expected in all circumstances from a person seeking asylum.'¹⁷²

Het gaat erom dat het basisverhaal van de asielzoeker geloofwaardig is. Het EHRM sprak van 'basic story' in de al eerder genoemde zaak *R.C. tegen Zweden*.¹⁷³ Wat maakt het basisverhaal nu geloofwaardig? Het gaat er onder meer om dat het relaas in lijn is met de landeninformatie. Dit is informatie van algemene aard, die ziet op de situatie in het land. Deze informatie kan afkomstig zijn van zowel de Staten (in de vorm van algemene ambtsberichten) als van NGO's. Bovendien is het van belang dat het relaas gedurende de procedure consistent is: wanneer de asielzoeker elke keer wat anders stelt, komt

167 Zie in dit verband ook: EHRM 18 december 2012, *JV* 2013, 35, m.nt. H. Battjes, par. 70-78 (*F.N. e.a. t. Zweden*).

168 Zo stelt Baldinger: Baldinger 2013, p. 234.

169 Baldinger 2013, p. 250. Later zullen we zien dat het Hof klager ook het voordeel van de twijfel geeft in het geval het gaat om twijfel omtrent de authenticiteit van de overgelegde documenten.

170 EHRM 29 januari 2013, *EHRC* 2013, 87, m.nt. M. den Heijer, par. 71 (*S.H.H. t. Verenigd Koninkrijk*). Zie ook eerder: EHRM 9 maart 2010, *JV* 2010, 147, m.nt. T.P. Spijkerboer, par. 50 (*R.C. t. Zweden*) en de genoemde jurisprudentie door Baldinger: Baldinger 2013, p. 250 onder noot nummer 309.

171 Baldinger 2013, p. 251.

172 EHRM 17 januari 2006, zaaknr. 32213/04 (*Bello t. Zweden*).

173 Zie Baldinger die dit opmerkt, en ook spreekt van 'basic story' in het kader van de geloofwaardigheid van het asielrelaas.

dit de geloofwaardigheid niet ten goede.¹⁷⁴ Ook moet het basisverhaal tijdig naar voren worden gebracht.¹⁷⁵ In een Zweedse zaak oordeelde het Hof dat het in een zeer laat stadium in de nationale procedure naar voren brengen van de homoseksuele geaardheid van klager teneinde de uitzetting naar Irak te voorkomen weinig bevorderlijk was voor de geloofwaardigheid van zijn relaas.¹⁷⁶ In het geval waarin pas in de procedure voor het Hof een verklaring over een vermeende marteling wordt ingebracht door klager is dit evident niet tijdig.¹⁷⁷

11.5.2 Omvang 'rigorous scrutiny'-test

In de zaak *Vilvarajah*¹⁷⁸ overwoog het Hof voor het eerst¹⁷⁹ dat het zelf de aanwezigheid van een risico van 'ill-treatment' (de *refoulement-claim*)¹⁸⁰ in strijd met artikel 3 EVRM aan een grondig onderzoek ('a rigorous scrutiny') moet onderwerpen:

'The Court's examination of the existence of a risk of ill-treatment in breach of Article 3 at the relevant time must necessarily be a *rigorous one* in view of the absolute character of this provision and the fact that it enshrines one of the fundamental values of the democratic societies making up the Council of Europe (...).'¹⁸¹

Eerder is al opgemerkt dat de ratio voor dit grondige onderzoek door het Hof zelf dus gevonden kan worden in: (1) het absolute karakter van artikel 3 EVRM en (2) het feit dat artikel 3 EVRM behoort tot een van de meest fundamentele waarden van de democratische samenlevingen die deel uitmaken van de Raad

174 Van dit laatste was sprake in: EHRM 2 april 2013, EHRC 2013, 215, par. 63 – 64 (*Mohammed Hussein e.a. t. Nederland en Italië*).

175 Helder is de opsomming van Baldinger: Baldinger 2013, p. 25-252.

176 EHRM 27 juni 2013, zaaknr. 72413/10, par. 43 (*M.K.N. t. Zweden*).

177 Zie EHRM 26 oktober 2004, zaaknr. 16578/03 (ontv.besl.) (*B. t. Zweden*).

178 EHRM 30 oktober 1991, NJ 1995, 743, m.nt. E.A. Alkema (*Vilvarajah e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

179 Spijkerboer merkt hierover op: "Since its *Vilvarajah* judgment, the Court has consistently held that its own examination of the existence of ill-treatment in breach of Article 3 must necessarily be a rigorous one, in view of the absolute character of this provision and the fact that it enshrines one of the fundamental values of the democratic societies making up the Council of Europe (par. 108)." Spijkerboer 2009, p. 63. Dit leidt Spijkerboer af uit de zaak *Vilvarajah e.a.*: EHRM 30 oktober 1991, NJ 1995, 743, m.nt. E.A. Alkema, (*Vilvarajah e.a. t. Verenigd Koninkrijk*). Dit is bevestigd in de Grote Kamer uitspraak in de zaak *Saadi*. EHRM 28 februari 2008, AB 2008, 177, par. 128 (Grote Kamer) (*Saadi t. Italië*). Vgl. ook Van Bennekom & Van der Winden 2011, p. 215. Vgl. ook: Baldinger 2013, p. 234; Reneman 2012, p. 282 onder noot 115 de verwijzing naar de zaak *Saadi*.

180 Zie paragraaf 4.3.2. van hoofdstuk 4 over het *refoulement* verbod.

181 EHRM 30 oktober 1991, NJ 1995, 743, m.nt. E.A. Alkema, par. 108 (*Vilvarajah e.a. t. Verenigd Koninkrijk*). Zie recenter ook: EHRM 23 februari 2012, EHRC 2012, 91, m.nt. A. Terlouw & H. Pankratz, JV 2012, 171, m.nt. M.Y.A. Zieck, par. 116 (Grote Kamer) (*Hirsi Jamaa e.a. t. Italië*).

van Europa. Als derde achterliggende reden voor deze ‘rigorous scrutiny’ wijst Baldinger nog op de onomkeerbare eventuele schade in het geval dat een slechte behandeling (ill-treatment) zich voordoet. Het EHRM refereerde eerder hieraan in het kader van artikel 13 EVRM bij de plicht die op de nationale autoriteiten rust tot het houden van een ‘rigorous scrutiny’.¹⁸² Ook in het kader van artikel 8 EVRM bij de uithuisplaatsing van minderjarige kinderen verlangt het Straatsburgse Hof van de nationale autoriteiten dat de besluitvorming omtrent de voorgenomen uithuisplaatsing zorgvuldig is, en wijst als een van de redenen op de onomkeerbaarheid van de beslissing tot uithuisplaatsing vanwege de nadelige gevolgen hiervan voor het minderjarige kind.¹⁸³ Het belang van het kind prevaleert overigens boven de procedurele waarborgen van de ouders.

Het Straatsburgse Hof spreekt dus zowel in het kader van zijn eigen onderzoek onder artikel 3 EVRM van een ‘independent and rigorous scrutiny’ als ook in het kader van wat het van de nationale rechters verwacht onder de artikelen 3, 13 en 35, eerste lid EVRM.¹⁸⁴ Het Hof scherpt de regels aan in de gevallen dat het gaat om mogelijke schade die onomkeerbaar is. In die gevallen vraagt het meer van de nationale autoriteiten en daarnaast is het ook reden voor het Hof zelf om de artikel 3 EVRM-claim aan een grondig onderzoek te onderwerpen.

Toch lijkt het Hof niet altijd even consistent als het gaat om de vraag wanneer het wel of niet zelf overgaat tot een ‘rigorous scrutiny’.¹⁸⁵ Zo is het Hof de ene keer terughoudender ten aanzien van het zelf doen van onderzoek, en een andere keer onderwerpt het juist wel zelf de klacht aan een grondig onderzoek.¹⁸⁶ Ook als op nationaal niveau klager meerdere keren is geïnterviewd en er een gemotiveerd besluit ligt dat het relaas van klager niet geloofwaardig is, kan het Hof alsnog besluiten om de klacht aan een ‘rigorous scrutiny’ te onderwerpen.¹⁸⁷

Als gezegd, geven de bewijsregels en het rechterlijk onderzoek (*judicial scrutiny*) invulling aan het grondige onderzoek van het Hof.¹⁸⁸ Baldinger

182 Baldinger 2013, p. 234. Vgl. ook hoofdstuk 5.

183 Zie hoofdstuk 6.

184 Baldinger 2013, p. 234; Reneman 2012, p. 276; Spijkerboer 2009, p. 263.

185 Reneman 2012, p. 285 en de verwijzing naar EHRM 13 oktober 2011, zaaknr. 10611/09, par. 86 – 87 (*Husseini t. Zweden*).

186 In EHRM 20 oktober 2011, zaaknr. 55463/09, par. 54 – 55 (*Samina t. Zweden*) en EHRM 22 november 2011, zaaknr. 32010/09 (ontv.besl.) (*Sibomana t. Zweden*) beoordeelt het Hof de aanwezige procedurele garanties naar nationaal recht in plaats van zelf een *rigorous scrutiny* uit te voeren. Dit is wat we ook al in deel I van dit onderzoek hebben kunnen zien. Namelijk dat het Hof de nadruk legt op aanwezige procedurele garanties in het nationale recht.

187 EHRM 16 maart 2004, zaaknr. 38865/02 (ontv.besl.) (*Nasimi t. Zweden*). Zie ook de ‘overall examination of the applicant’s case’ hoewel de nationale autoriteiten de klacht aan een grondig onderzoek hebben onderworpen: EHRM 20 december 2011, zaaknr. 48839/09, resp. par. 58 en 66 (*J.H. t. Verenigd Koninkrijk*).

188 Onder verwijzing naar Baldinger 2013.

heeft in haar dissertatie elf criteria van bewijs en rechterlijk onderzoek ('evidence and judicial scrutiny') geformuleerd.¹⁸⁹

Deze elf criteria dienden als een *research tool* bij de analyse van de door de internationale tribunalen/rechterlijke instanties¹⁹⁰ gebruikte standaarden en principes. Bij de bespreking van de bewijsstandaard, de -omvang en de -last(verdeling) volg ik de volgorde en indeling van Baldinger, aangevuld met recentere relevante EHRM-zaken.

Bewijsstandaard

De bewijsstandaard die het Hof hanteert in zaken waarin klager zich beroept op artikel 3 EVRM om een mogelijke uitzetting (*expulsion*) tegen te gaan is dat er 'substantiële gronden' (*substantial grounds*) moeten worden aangevoerd door klager¹⁹¹ die aantonen dat bij een uitzetting een daadwerkelijk gevaar bestaat dat de uitzetting in strijd komt met artikel 3 EVRM.¹⁹² Om binnen het bereik van artikel 3 EVRM te vallen moet de 'ill-treatment' die klager bij terug sturing naar het betreffende land vreest voldoen aan een 'minimum level of severity'.¹⁹³ De met artikel 3 EVRM strijdige behandeling moet dus voldoen aan een 'minimum niveau van ernst'. De plicht die op klager rust om substantiële gronden aan te voeren, heeft het Hof als volgt verwoord:

'(...), expulsion, extradition or any other measure to remove an alien may give rise to an issue under Article 3, and hence engage the responsibility of the expelling State under the Convention, *where substantial grounds have been shown for believing that the person in question, if expelled, would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 in the receiving country. In such circumstances, Article 3 implies an obligation not to expel the individual to that country* (...).'¹⁹⁴

189 Baldinger 2013, p. 8 en voor de toepassing van de elf criteria op de EHRM jurisprudentie: p. 234-287.

190 Baldinger analyseert niet alleen de voor haar onderzoek relevante EVRM bepalingen, maar gaat ook in op de 'Refugee Convention' (RC), 'International Covenant on Civil and Political Rights' (ICCPR), 'Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment' (CAT), EU asylum law. Baldinger 2013, p. 12.

191 Zie over de verdeling van de bewijslast hierna meer uitgebreid.

192 Baldinger 2013, p. 234. Ter vergelijking: bij een beroep op artikel 2 EVRM om een 'extradition' of 'deportation' tegen te gaan, geldt dat sprake moet zijn van 'a virtual certainty' dat het recht op leven zoals beschermd door artikel 2 EVRM bij een eventuele uitlevering of uitzetting wordt geschonden. Fribergh & Kjaerum 2013, p. 67.

193 EHRM 2 april 2013, EHRC 2013, 215, par. 68 (*Mohammed Hussein e.a. t. Nederland en Italië*).

194 EHRM 23 februari 2012, EHRC 2012, 91, m.nt. A. Terlouw & H. Pankratz, JV 2012, 171, m.nt. M.Y.A. Zieck, par. 114 (Grote Kamer) (*Hirsi Jamaa e.a. t. Italië*). Vgl. eerder: EHRM 20 maart 1991, zaaknr. 15576/89, par. 69 (Grote Kamer) (*Cruz Varas e.a. t. Zweden*); EHRM 9 maart 2010, JV 2010, 147, m.nt. T.P. Spijkerboer, par. 48 (*R.C. t. Zweden*). Deze bewijsstandaard is ook herhaald in ontvankelijkheidsbeslissingen, aldus Baldinger: Baldinger 2013, p. 234 onder noot nummer 210. Zie ook Haeck & Herrera 2011, p. 362.

Een poging van het Verenigd Koninkrijk¹⁹⁵ om in de zaak *Saadi* de bewijsstandaard te verhogen was zonder succes.¹⁹⁶ Het EHRM hield vast aan de hiervoor weergegeven bewijsstandaard van de *substantial grounds*, en ging niet mee in het betoog van het Verenigd Koninkrijk om de standaard te verhogen naar: 'be proved that subjection to ill- treatment is more likely than not'.¹⁹⁷

Het vereiste niveau van 'real risk' wordt helder verwoord door Baldinger: 'The level of risk required is a real (not fictional), personal (relating to the individual), and foreseeable risk exceeding the mere possibility of being subjected to proscribed ill-treatment.'¹⁹⁸ Het risico mag dus niet fictief zijn, maar moet daadwerkelijk bestaan. Daarnaast moet het gaan om een aan het individu gerelateerd risico.¹⁹⁹ Tot slot moet het gaan om een voorzienbaar risico groter dan de enkele mogelijkheid dat betrokkene aan de verboden slechte behandeling wordt onderworpen. Niet nodig is echter dat het risico zich zeker of hoogstwaarschijnlijk zal voordoen.²⁰⁰ Het Straatsburgse Hof verlangt dus geen absolute zekerheid daar waar het gaat om zowel de bewijsstandaard als de eisen die het stelt aan het vereiste niveau van het reële risico.

Bewijsomvang

In asielzaken gaat het erom dat het Hof bewezen moet achten dat bij een uitzetting een reëel risico bestaat op een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling. Bij het beoordelen van het risico op een slechte behandeling in het land waarnaar wordt uitgezet moet het Hof rekening houden met de voorzienbare gevolgen van de uitzetting voor klager. Het Hof doet dit in het licht van de algemene situatie in het land als ook in het licht van de persoonlijke omstandigheden in het land voor klager. De relevante overweging van de Grote Kamer in de zaak *Hirsi Jamaa* luidt als volgt:

'In order to ascertain whether or not there was a risk of ill-treatment, the Court must examine the foreseeable consequences of the removal of an applicant to the

¹⁹⁵ Derde partij in deze zaak.

¹⁹⁶ Baldinger 2013, p. 235.

¹⁹⁷ EHRM 28 februari 2008, AB 2008, 177, par. 140 (Grote Kamer) (*Saadi t. Italië*). Baldinger 2013, p. 235. Zie deze lijn later bevestigd in: EHRM 20 juli 2010, AB 2011, 132, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2010, 113, m.nt. A.J.Th. Woltjer, par. 157 (*A. t. Nederland*) zoals ook genoemd door Baldinger.

¹⁹⁸ Baldinger 2013, p. 235.

¹⁹⁹ Zie ter illustratie: EHRM 12 januari 2016, zaaknr. 25077/06 (*A.Q.W. en D.H. t. Nederland*). Op dezelfde dag heeft het Hof in vier vergelijkbare zaken tegen Nederland uitspraak gedaan. Het gaat om *A.G.R. t. Nederland* (zaaknr. 13442/08), *M.R.A. e.a. t. Nederland* (zaaknr. 46856/07); *S.D.M. e.a. t. Nederland* (zaaknr. 8161/07) en *S.S. t. Nederland* (zaaknr. 39575/06). Alle zaken zien op de vraag of uitzetting naar Afghanistan van voormalig hoge legerofficieren/veiligheidsdienst (1F-ers) is toegestaan.

²⁰⁰ Baldinger 2013, p. 235; Wouters 2009, p. 247.

receiving country in the light of the general situation there as well as his or her personal circumstances (...).²⁰¹

Dit is dus het uitgangspunt. Het Hof kijkt zowel naar de algemene situatie als de persoonlijke situatie voor klager. Dit staat er echter niet aan in de weg dat het Straatsburgse Hof zoals bekend maatwerk levert, en dus in sommige gevallen kan bepalen dat het de bewijslast voor klager verlaagt in het geval dat de situatie in het land van herkomst zeer slecht is.²⁰² Dit was aan de orde in de zaak *NA* tegen het Verenigd Koninkrijk.²⁰³ In deze zaak merkte het Hof allereerst op om terughoudend om te gaan met de slechte situatie als belemmering voor terug sturing vanwege een mogelijk met artikel 3 EVRM strijdige behandeling.²⁰⁴ Toch formuleert het Hof hierop de volgende uitzondering:

*'Exceptionally, however, in cases where an applicant alleges that he or she is a member of a group systematically exposed to a practice of ill-treatment, the Court has considered that the protection of Article 3 of the Convention enters into play when the applicant establishes that there are serious reasons to believe in the existence of the practice in question and his or her membership of the group concerned [cursivering: TdJ].'*²⁰⁵

De bescherming van artikel 3 EVRM gaat van start op het moment dat klager behoort tot een groep die in het land waarnaar wordt uitgezet structureel slecht wordt behandeld en klager daarnaast heeft aangetoond dat er serieuze redenen zijn om te geloven dat de groep waar hij deel van uitmaakt wordt geconfronteerd met deze structureel slechte behandeling.

Onder deze omstandigheden zal het Hof er niet op staan dat klager nog meer speciale onderscheidende kenmerken naar voren brengt om de persoonlijke structurele 'ill-treatment' aan te tonen.²⁰⁶ Indien het Hof dit wel van klager zou vragen zou de bescherming van artikel 3 EVRM illusoir worden. De relevante overweging van het Hof is als volgt:

201 EHRM 23 februari 2012, *EHRC* 2012, 91, m.nt. A. Terlouw & H. Pankratz, *JV* 2012, 171, m.nt. M.Y.A. Zieck, par. 117 (Grote Kamer) (*Hirsi Jamaa e.a. t. Italië*).

202 Vgl. ook Baldinger die dit onder de bewijslast behandelt: Baldinger 2013, p. 238. Zie voor de eventuele (nationale) verzwarende van de bewijslast wanneer sprake is van veilige landen van herkomst en hoe dit zich verhoudt tot het Vluchtelingenverdrag, het EVRM en het Unierecht: Battjes 2016.

203 EHRM 17 juli 2008, *JV* 2008, 329, m.nt. T.P. Spijkerboer (*NA t. Verenigd Koninkrijk*).

204 Zie par. 115 van de uitspraak.

205 EHRM 17 juli 2008, *JV* 2008, 329, m.nt. T.P. Spijkerboer, par. 116 (*NA t. Verenigd Koninkrijk*). Vgl. ook: EHRM 23 maart 2016, *EHRC* 2016, 131, m.nt. M. den Heijer, *JV* 2016, 132, m.nt. T.P. Spijkerboer, par. 12 (Grote Kamer) (*F.G. t. Zweden*).

206 Vgl. eerder: EHRM 11 januari 2007, *AB* 2007, 76, m.nt. BPV (*Salah Sheekh t. Nederland*). Zie ook: Boeles e.a. 2014, p. 350-352.

*'In those circumstances, the Court will not then insist that the applicant show the existence of further special distinguishing features if to do so would render illusory the protection offered by Article 3. This will be determined in light of the applicant's account and the information on the situation in the country of destination in respect of the group in question. The Court's findings in that case as to the treatment of the Ashraf clan in certain parts of Somalia, and the fact that the applicant's membership of the Ashraf clan was not disputed, were sufficient for the Court to conclude that his expulsion would be in violation of Article 3 (...).'*²⁰⁷

Bij de beoordeling van de vraag of het Hof 'further' speciale onderscheidende kenmerken van klager vraagt, kijkt het Hof ook naar de algemene gewelddadige situatie in het land. Indien uit de algemene situatie volgt dat de autoriteiten systematisch een groep slecht behandelen, dan neemt het Hof de algemene situatie dus mee in zijn beoordeling en vraagt het evenmin om meer speciale onderscheidende kenmerken van klager:

*'In determining whether it should or should not insist on further special distinguishing features, it follows that the Court may take account of the general situation of violence in a country. It considers that it is appropriate for it to do so if that general situation makes it more likely that the authorities (or any persons or group of persons where the danger emanates from them) will systematically ill-treat the group in question.'*²⁰⁸

Uit het voorgaande is duidelijk geworden dat het Hof dus onder omstandigheden klager niet vraagt om verdere speciale onderscheidende kenmerken naar voren te brengen. Een van de voor dit onderzoek geïnterviewden²⁰⁹ geeft dit ook aan:

'In z'n algemeenheid zegt het Hof: wie stelt, moet bewijzen. Maar als iemand uit een heel erg eng land komt, waar de toestand echt heel erg slecht is, dan denk ik dat die net ietsje minder hoeft te bewijzen dan wanneer die uit een heel keurig land komt.'

In de zaak *NA* was de algemene gewelddadige situatie in combinatie met het behoren van klager tot een structureel slecht behandelde groep, en het verleden van klager als gevangene reden voor het Hof om een schending aan te nemen.²¹⁰

Het Hof levert dus maatwerk, en is bereid om in sommige gevallen de bewijslat naar beneden bij te stellen wanneer de situatie van klager daartoe noopt.

207 EHRM 17 juli 2008, *JV* 2008, 329, m.nt. T.P. Spijkerboer, par. 116 (*NA t. Verenigd Koninkrijk*).

208 EHRM 17 juli 2008, *JV* 2008, 329, m.nt. T.P. Spijkerboer, par. 117 (*NA t. Verenigd Koninkrijk*).

209 Zie hoofdstuk 9, supra noot 3.

210 Boeles e.a. 2014, p. 352. Zie uitgebreider paragraaf 11.5.5.

Bewijslast(verdeling)

Volgens vaste jurisprudentie van het EHRM²¹¹ ligt de bewijslast in zaken waarin de voorgenomen uitzetting of uitlevering²¹² mogelijk strijd oplevert met artikel 3 EVRM in beginsel bij klager. Hier geldt het adagium: 'wie stelt, bewijst'. In de zaak *Said* luidt de relevante overweging als volgt:

*'(...) it is incumbent on persons who allege that their expulsion would amount to a breach of Article 3 to adduce, to the greatest extent practically possible, material and information allowing the authorities of the Contracting State concerned, as well as the Court, to assess the risk a removal may entail.'*²¹³

De verdeling van de bewijslast speelt dus zowel in de nationale procedure al een rol als in de procedure voor het Hof.

Het is vervolgens aan de verdragsstaat om, nadat dit bewijs door de asielzoeker is overgelegd, twijfel aan het bewijs te onderbouwen:²¹⁴

*'It is in principle for the applicant to adduce evidence capable of proving that there are substantial grounds to believing that (...) he would be exposed to a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3. Where such evidence is adduced, it is for the Government to dispel any doubts about it.'*²¹⁵

De bewijslast die in beginsel op klager rust, impliceert dat klager een verdedigbare claim moet hebben.²¹⁶ Wat maakt een claim 'arguable'? Uit de zaak *R.C.* tegen Zweden leidt Baldinger af dat de claim dan een zekere mate van substantiëring moet hebben, inhoudende een zeker aantal verifieerbare details ondersteund door bewijs (niet noodzakelijkerwijs veel bewijs).²¹⁷

Wanneer de hobbels van de 'verdedigbare claim' is genomen waaruit blijkt dat er substantiële gronden zijn aangevoerd door klager om aan te nemen dat een uitzetting naar het land in strijd kan komen met het verbod van *refoulement*

211 Van Bennekom & Van der Winden (Van Bennekom & Van der Winden 2011, p. 215) noemen onder meer: EHRM 17 juli 2008, m.nt. TS, par. 111 (*NA t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 15 november 1996, zaaknr. 22414/93, par. 96 (*Chahal t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 28 februari 2008, zaaknr. 37201/06, par. 128 (Grote Kamer) (*Saadi t. Italië*); EHRM 26 juli 2005, AB 2005, 370, m.nt. HBa & BPV en JV 2005, 306, m.nt. TS, par. 167 (*N. t. Finland*). Vgl. ook: Baldinger 2013, p. 236.

212 Haack & Herrera 2011, p. 363.

213 EHRM 5 juli 2005, AB 2005, 369, m.nt. HBa & BPV, par. 49 (*Said t. Nederland*).

214 Van Bennekom & Van der Winden 2011, p. 215; Harris e.a. 2009, p. 849.

215 EHRM 28 februari 2008, zaaknr. 37201/06, par. 129 (Grote Kamer) (*Saadi t. Italië*). Zie deze lijn bevestigd in onder meer: EHRM 9 maart 2010, JV 2010, 147, m.nt. T.P. Spijkerboer, par. 50 (*R.C. t. Zweden*); EHRM 28 juni 2011, EHRC 2011, 125, m.nt. M. den Heijer, par. 214 (*Sufi en Elmi t. Verenigd Koninkrijk*).

216 Aldus Baldinger. Baldinger 2013, p. 236-237.

217 Baldinger 2013, p. 237 en de verwijzing naar EHRM 9 maart 2010, JV 2010, 147, m.nt. T.P. Spijkerboer, par. 48 (*R.C. t. Zweden*).

van artikel 3 EVRM, verschuift de bewijsvoeringslast naar de Staat.²¹⁸ Het is dan aan de Staat 'to dispel any doubt' ten aanzien van de vermeende strijd met artikel 3 EVRM in de betreffende zaak weg te nemen. Concreet betekent dit onder andere dat de Staat de overgelegde documenten van klager aan een authenticiteitstest kan onderwerpen, dat de Staat (medische) rapporten kan raadplegen of getuigen kan horen, of dat de Staat actuele landeninformatie inbrengt waarin het relaas van klager weersproken wordt.²¹⁹

De bewijsvoeringslast komt dus op de Staat te rusten zodra klager zijn claim in voldoende mate heeft gesubstantieerd. Hiermee is het bewijsrisico dus niet op de Staat komen te rusten. Het is alleen aan de Staat om tegenbewijs te leveren. Ook in de gevallen dat klager behoort tot een groep die structureel slecht wordt behandeld of wanneer uit een landenrapport blijkt dat sprake is van grove mensenrechtenschendingen in het thuisland van klager, kan dit ertoe leiden dat het aan de Staat is om tegenbewijs te leveren.²²⁰

11.5.3 Bewijs(bronnen): termijnen, type en gewicht

Termijnen voor het overleggen van bewijs

Het EHRM hanteert een soepele benadering waar het gaat om het moment waarop klager voor het EHRM het bevestigende bewijs ('corroborating evidence') ter onderbouwing van zijn 3 EVRM-claim mag overleggen.²²¹ De relevante bepaling in het Procesreglement van het Hof (Rule 38 Rules of Court) met betrekking tot het indienen van schriftelijke stukken luidt:

- '1. No written observations or other documents may be filed after the time-limit set by the President of the Chamber or the Judge Rapporteur, as the case may be, in accordance with these Rules. No written observations or other documents filed outside that time-limit or contrary to any practice direction issued under Rule 32 shall be included in the case file unless the President of the Chamber decides otherwise.
2. For the purposes of observing the time-limit referred to in paragraph 1 of this Rule, the material date is the certified date of dispatch of the document or, if there is none, the actual date of receipt at the Registry.'

Het is dus aan de President van de Kamer dan wel de rechter rapporteur om de termijn voor het indienen van de schriftelijke stukken te bepalen. De achterliggende gedachte van deze regel is dat de rechters van het Hof voldoende

218 Reneman 2012, p. 253.

219 Baldinger 2013, p. 237, en opnieuw: Reneman 2012, p. 253.

220 Zie ook: Reneman 2012, p. 253.

221 Baldinger 2013, p. 276.

tijd moeten hebben om het overgelegde bewijsmateriaal te kunnen beoordelen.²²²

Het niet tijdig presenteren van bewijsmateriaal door klager is dus niet per definitie reden voor het Hof om de klacht niet te behandelen.²²³ Toch kan dit wel problemen opleveren voor het Hof als dit gepaard gaat met een opsomming van procedurele tekortkomingen. Daartoe behoren vals bewijs, inconsistenties en vage verklaringen van klager. Deze tekortkomingen kunnen zich dan zowel in de nationale procedure als in de procedure voor het Hof hebben voorgedaan.²²⁴

Minder flexibel is het Hof ten aanzien van het moment waarop klager de verklaringen van 'ill-treatment' door de autoriteiten naar voren brengt in de nationale procedure. Hier gaat het er namelijk om dat klager deze verklaringen zo vroeg mogelijk in de nationale procedure naar voren brengt.²²⁵ Het niet tijdig naar voren brengen van verklaringen kan ertoe leiden dat het Hof de klacht niet ontvankelijk verklaart. Tegelijkertijd blijft de jurisprudentie van het Hof casuïstisch op dit punt.²²⁶

Type bewijs(bronnen)

Het EHRM heeft meerdere malen herhaald dat het geen procedurele barrières opwerpt bij het toelaten van het soort bewijsmateriaal.²²⁷ In de woorden van het Straatsburgse Hof:

'In the proceedings before the Court, there are *no procedural barriers to the admissibility of evidence or pre-determined formulae for its assessment*. It adopts the conclusions that are, in its view, supported by the free evaluation of all evidence, including such inferences as may flow from the facts and the parties' submissions.'²²⁸

Bij het beoordelen van de klacht neemt het Hof *al* het bewijsmateriaal mee dat door de partijen is overgelegd, dan wel het materiaal dat het Hof zelf heeft

222 Baldinger 2013, p. 276.

223 Zie uitgebreid Baldinger 2013, p. 276-278 en de daar genoemde jurisprudentie.

224 Baldinger 2013, p. 278.

225 Baldinger 2013, p. 274 e.v.

226 Baldinger 2013, p. 274 e.v.

227 Vgl. ook in meer algemene zin ten aanzien van artikel 3 EVRM, en dus niet toegespitst op uitzetting dan wel uitleveringszaken: Haeck & Herrera 2011, p. 359; Leach 2011, p. 172; Erdal 2001, p. 73; Rogge 1993, p. 692.

228 EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 92, par. 151 (Grote Kamer) (*El-Masri t. Voormalig Joegoslavische Republiek Macedonië*). Zie ook: EHRM 25 april 2013, zaaknr. 71386/10, par. 129 (*Savriiddin Dzhurayev t. Rusland*); EHRM 23 september 2010, zaaknr. 17185/05, par. 107 (*Iskandarov t. Rusland*). Ook in het kader van artikel 2 EVRM: EHRM 6 juli 2005, EHRC 2005, 97, m.nt. K. Henrard, par. 147 (Grote Kamer) (*Nachova t. Bulgarije*) (artikel 2 EVRM).

verzameld.²²⁹ Het type bewijs varieert van (medische) expertrapporten en getuigenverklaringen tot landenrapporten en rapporten van NGO's en arrestatiebevelen en politierapporten.²³⁰

Gewicht van het bewijsmateriaal

Bij het bepalen van het gewicht dat toekomt aan de bewijsmiddelen, geldt in meer algemene zin allereerst dat hoe specifiek, meeromvattend en consistent de informatie in het bewijsmateriaal over de gebeurde feiten en het mogelijk toekomstig risico, des te meer bewijskracht dit bewijsmateriaal krijgt.²³¹ Verder is voor de bewijswaardering van belang dat de bron en auteur onafhankelijk, betrouwbaar en objectief zijn.²³² Deze en voorgaande criteria spelen zowel een rol bij de getuigenverklaringen van familieleden die dienen als bevestigend bewijs voor de claim van klager als ook bij rapporten van mensenrechtenorganisaties en informatie van wetenschappers.²³³ Zo hecht het Hof bijvoorbeeld ook waarde aan de consistentie van de diverse expertrapporten. Deze rapporten moeten ook consistent zijn in relatie tot landeninformatie en informatie van klager.²³⁴ Ten aanzien van bewijs afkomstig van anonieme bronnen geldt dat dit niet het enige bewijs mag zijn, en dus moet worden bevestigd door ander bewijsmateriaal.²³⁵

Voor wat betreft de authenticiteit van documenten geeft het EHRM de voorkeur aan originele documenten boven een kopie van het bewijsstuk.²³⁶

Bij het beoordelen van de betrouwbaarheid van de overgelegde documenten geeft het Hof klager opnieuw het voordeel van de twijfel.²³⁷ Een veel geciteerde overweging in de Straatsburgse jurisprudentie is de volgende overweging:

229 EHRM 28 februari 2008, zaaknr. 37201/06, par. 128 (Grote Kamer) (*Saadi t. Italië*). Eerder: EHRM 4 februari 2005, AB 2005, 274, m.nt. T. Barkhuysen, EHRC 2005, 32, m.nt. Rieter, JV 2005, 89, m.nt. B.P. Vermeulen & De Vries, par. 69 (Grote Kamer) (*Mamatkulov en Askarov t. Turkije*). Vgl. ook Baldinger 2013, p. 253 en de onder noot nummer 324 genoemde jurisprudentie inclusief ontvankelijkheidsbeslissingen van het Hof waarin het deze standaard herhaalt.

230 Baldinger 2013, p. 253 en de daar genoemde jurisprudentie. Zie ook: Haeck & Herrera 2011, p. 359.

231 Baldinger 2013, p. 259. Vgl. ook: EHRM 7 juni 2007, zaaknr. 38411/02, par. 11 – 13 en 78 (*Garabayev t. Rusland*) (verschillende overgelegde brieven vormden een consistent geheel en besteedden bovendien in het bijzonder aandacht aan de gevaarlijke individuele situatie voor klager, zie helder Baldinger (2013) op p. 260).

232 Baldinger 2013, p. 260 e.v.

233 Baldinger 2013, p. 261.

234 Aldus Baldinger 2013, p. 262.

235 Baldinger 2013, p. 268-269 en de verwijzing naar: EHRM 28 juni 2011, EHRC 2011, 125, m.nt. M. den Heijer, par. 232-233 (*Sufi en Elmi t. Verenigd Koninkrijk*).

236 Baldinger 2013, p. 259 en EHRM 10 februari 2009, zaaknr. 47683/08 (ontv.besl.) (*S.M. t. Zweden*). Zie ook: Reneman 2012, p. 237 e.v.

237 Baldinger 2013, p. 258.

'The Court acknowledges that, owing to the special situation in which asylum seekers often find themselves, it is frequently necessary to give them *the benefit of the doubt* when it comes to assessing the credibility of their statements and the documents submitted in support thereof.'²³⁸

Dit houdt in dat het EHRM in principe de door klager overgelegde documenten als authentiek beschouwd.²³⁹ Het Hof stelt zich dus coulant op ten aanzien van klager.

Wanneer uit nationaal onderzoek volgt dat de overgelegde documenten niet authentiek zijn of vervalst, is het aan klager om aan te tonen op welke punten het nationale onderzoek onjuist is:

'However, when information is presented which gives strong reasons to question the veracity of an asylum seeker's submissions, the individual must provide a satisfactory explanation for the alleged discrepancies.'²⁴⁰

Een nalaten hiervan komt de betrouwbaarheid van de claim niet ten goede.²⁴¹ Bij twijfel over de echtheid van de documenten hangt ten slotte veel af van de kwantiteit en kwaliteit van het andere bewijsmateriaal.²⁴²

Verder spelen informatie of rapporten over de situatie in het land waarnaar wordt uitgezet een belangrijke rol bij de beoordeling van de vraag of er substantiële gronden zijn die aan uitzetting in de weg staan vanwege de strijd met artikel 3 EVRM.

Baldinger onderscheidt vier hoofdbronnen van landeninformatie ('country of origin information') die het Hof hierbij gebruikt. Het gaat hier achtereenvolgens om (1) samengestelde informatie van lichamen van de VN of de Raad van Europa, (2) door (niet-)Verdragsluitende partijen samengestelde informatie, (3) informatie van internationale mensenrechtenorganisaties (bijvoorbeeld

238 EHRM 29 januari 2013, EHRC 2013, 87, m.nt. M. den Heijer, par. 71 (*S.H.H. t. Verenigd Koninkrijk*).

239 Zie ook: EHRM 6 december 2012, zaaknr. 29946/10, par. 36 (*D.N.W. t. Denemarken*); EHRM 28 juni 2012, JV 2012, 402, m.nt. H. Battjes, par. 73 (*A.A. e.a. t. Zweden*); EHRM 24 januari 2012, zaaknr. 12096/10, par. 69 (*S.S. t. Verenigd Koninkrijk*). Recenter: EHRM 27 juni 2013, JV 2013, 301, m.nt. H. Battjes, par. 43 (*S.A. t. Zweden*); EHRM 4 juni 2015, JV 2015, 184, par. 51 (*J.K. e.a. t. Zweden*) (geen schending 3 EVRM; stemverhouding vijf tegen twee) en de Grote Kamer uitspraak: EHRM 23 augustus 2016, zaaknr. 59166/12 (Grote Kamer) (*J.K. e.a. t. Zweden*) (wel schending van 3 EVRM bij uitzetting; stemverhouding tien tegen zeven).

240 EHRM 29 januari 2013, EHRC 2013, 87, m.nt. M. den Heijer, par. 71 (*S.H.H. t. Verenigd Koninkrijk*).

241 Baldinger 2013, p. 258 en de onder voetnoot nummer 347 genoemde ontvankelijkheidsbeslissingen van het Hof waaruit dit volgt, waaronder: EHRM 17 mei 2011, zaaknr. 43408/08, par. 78 (*Izevbekhai e.a. t. Ierland*).

242 Baldinger 2013, p. 258 en de verwijzing naar: EHRM 6 maart 2001, EHRC 2001, 30, m.nt. Gijzen, JV 2001, 104, m.nt. TS, par. 63-64 (*Hilal t. Verenigd Koninkrijk*).

Amnesty International) en (4) informatie van de media en andere bronnen.²⁴³ Een hiërarchie binnen deze bronnen ontbreekt.²⁴⁴ Tegelijkertijd vindt het Hof VN-rapporten en rapporten van Staten belangrijke bronnen. De reden is dat Staten vanwege hun diplomatieke missies en hun mogelijkheid om informatie te verzamelen het EHRM relevant materiaal kunnen verschaffen. Dit geldt te meer voor organisaties van de VN. In het bijzonder nu deze organisaties direct toegang hebben tot de autoriteiten van het land. Bovendien hebben zij de mogelijkheid om *on the spot* inspecties uit te voeren op een manier waar Staten en non-gouvernementele organisaties niet toe in staat zijn. In *Sufi en Elmi*²⁴⁵ heeft het Hof als volgt overwogen:

‘The Court also recognises that consideration must be given to the presence and reporting capacities of the author of the material in the country in question. In this respect, the Court observes that States (whether the respondent State in a particular case or any other Contracting or non-Contracting State), through their diplomatic missions and their ability to gather information, will often be able to provide material which may be highly relevant to the Court’s assessment of the case before it. It finds that the same consideration must apply, a fortiori, in respect of agencies of the United Nations, particularly given their direct access to the authorities of the country of destination as well as their ability to carry out on-site inspections and assessments in a manner which States and non-governmental organisations may not be able to do.’²⁴⁶

243 Baldinger 2013, p. 267 en de verwijzing naar: EHRM 17 juli 2008, JV 2008, 329, m.nt. T.P. Spijkerboer (*NA t. Verenigd Koninkrijk*).

244 Aldus Baldinger 2013, p. 267.

245 EHRM 28 juni 2011, EHRC 2011, 125, m.nt. M. den Heijer (*Sufi en Elmi t. Verenigd Koninkrijk*).

246 EHRM 28 juni 2011, EHRC 2011, 125, m.nt. M. den Heijer, par. 231 (*Sufi en Elmi t. Verenigd Koninkrijk*).

Daarnaast kent het Hof veel waarde toe aan UMHCR rapporten.²⁴⁷ Hiervan was sprake in de zaak *Jabari*,²⁴⁸ en in een aantal zaken tegen Turkije²⁴⁹ en Rusland.²⁵⁰ In de zaak *Charahili* overwoog het Hof:

‘(...) the Court must give due weight to the UMHCR’s conclusions as to the applicant’s claim regarding the risk which he would face if he were to be removed to Tunisia. In this connection the Court observes that, unlike the Turkish authorities, the UMHCR interviewed the applicant and tested the credibility of his fears and the veracity of his account of circumstances in his country of origin. Following this interview, it found that the applicant risked being subjected to ill-treatment in his country of origin.’²⁵¹

In een latere Nederlandse zaak beperkt de regering zich niet tot het ambtsbericht van het Ministerie van Buitenlandse zaken over de situatie in Afghanistan (in *Salah Sheekh* beperkte de regering zich tot de ambtsberichten, wat er onder meer toe leidde dat Nederland werd veroordeeld voor een schending van artikel 3 EVRM), maar refereert ook aan een rapport van UMHCR op grond waarvan uitzetting van klager geen probleem zou opleveren.²⁵²

11.5.4 Toetsingsmoment

Als de uitzetting nog niet heeft plaatsgevonden, toetst het Hof de vraag of sprake is van een reëel risico op een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling *ex nunc*.²⁵³ Het Hof gaat dus uit van de feiten en omstandigheden die gelden

247 Bruin 2011, p. 244 ; Baldinger 2013, p. 250. noemt onder meer: EHRM 4 december 2008, zaaknr. 20113/07, par. 90 (*Y. t. Rusland*) (in deze zaak volgde het Hof het UNHCR rapport niet). In deze zaken deed het Hof dit wel: EHRM 11 juli 2000, EHRC 2000, 240, m.nt. BV, par. 41 (*Jabari t. Turkije*); EHRM 13 juli 2010, zaaknr. 15916/09, par. 42 – 43 (*Dbouba t. Turkije*); EHRM 15 juni 2010, zaaknr. 36009/08, par. 14 en par. 33 – 34 (*M.B. e.a. t. Turkije*). Zie voor een kritische beschouwing ten aanzien van de wijze waarop het EHRM gebruik maakt van secundaire bronnen (zoals rapporten van NGO’s als UNHCR en Amnesty International): Sadeghi 2009, p. 127-151, zie i.h.b. p. 134 e.v. en m.b.t. kritiek op gebruik van rapporten van Amnesty International en UNHCR: p. 142-146

248 EHRM 11 juli 2000, JV 2000, 240, m.nt. BV, par. 41 (*Jabari t. Turkije*). Zie dit herhaald in onder meer: EHRM 17 juli 2008, JV 2008, 329, m.nt. T.P. Spijkerboer, par. 122 (*NA t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 22 september 2009, zaaknr. 30471/08, par. 82 (*Abdolkhani en Karimnia t. Turkije*).

249 EHRM 22 september 2009, JV 2010, 24, NAV 2009, 37, m.nt. A.M. Reneman & Bruin, RV 2009, 3, m.nt. H. Battjes (*Abdolkhani en Karimnia t. Turkije*); EHRM 13 april 2010, JV 2010, 211 (*Tehrani e.a. t. Turkije*); EHRM 13 april 2010, zaaknr. 36370/08 (*Keshmiri t. Turkije*); EHRM 15 juni 2010, zaaknr. 36009/08 (*M.B. e.a. t. Turkije*); EHRM 13 april 2010, zaaknr. 46605/07 (*Charahili t. Turkije*) en EHRM 13 juli 2010, zaaknr. 15916/09 (*Dbouba t. Turkije*).

250 EHRM 20 mei 2010, zaaknr. 21055/09 (*Khaydarov t. Rusland*) (Russische uitleveringszaak).

251 EHRM 13 april 2010, zaaknr. 46605/07, par. 59 (*Charahili t. Turkije*).

252 EHRM 12 januari 2016, zaaknr. 25077/06, par. 62 (*A.Q.W. en D.H. t. Nederland*).

253 Vgl. Baldinger 2013, p. 279.

op het moment dat het zelf de klacht behandelt. Een relevante overweging die tot de standaardoverwegingen²⁵⁴ van het Hof behoort is de volgende:

*'If the applicant has not yet been extradited or deported when the Court examines the case, the relevant time will be that of the proceedings before the Court (...). A full and ex nunc assessment is called for as the situation in a country of destination may change in the course of time. Even though the historical position is of interest in so far as it may shed light on the current situation and its likely evolution, it is the present conditions which are decisive and it is therefore necessary to take into account information that has come to light after the final decision taken by the domestic authorities (...)' [cursivering: TdJ].*²⁵⁵

Op het moment dat de uitzetting al heeft plaatsgevonden, toetst het Hof de feiten en omstandigheden die bekend waren ten tijde van de uitzetting door de nationale autoriteiten. Het Hof kan echter ook besluiten om na de uitzetting verkregen informatie toch mee te nemen. Deze nieuwe informatie kan gevolgen hebben voor wat de Staat wist of had moeten weten ten tijde van de uitzetting,²⁵⁶ en derhalve voor het finale oordeel over artikel 3 EVRM. In een zaak tegen Rusland heeft het Hof dit uitgangspunt bevestigd:²⁵⁷

*'If the deportation has already occurred, the existence of the risk must be assessed primarily with reference to those facts which were known or ought to have been known to the Contracting State at the time of the extradition or deportation. The Court is not precluded, however, from having regard to information which comes to light subsequent to the extradition or deportation (...).*²⁵⁸

Het Hof kan dus besluiten om extra informatie in zijn oordeel te betrekken dat pas na de uitlevering of uitzetting aan het licht is gekomen. Vanzelfsprekend is het lastiger om daar al op te anticiperen in de nationale procedure. Dit kan echter anders zijn, zo laat de zaak *Said* zien, wanneer klager in de nationale procedure kenbaar heeft gemaakt dat nog niet alle relevante informatie voorhanden was.²⁵⁹

254 Zie eerder o.m.: EHRM 28 februari 2008, AB 2008, 177, par. 133 (Grote Kamer) (*Saadi t. Italië*); EHRM 11 januari 2007, AB 2007, 76, m.nt. BPV, par. 136 (*Salah Sheekh t. Nederland*).

255 EHRM 28 juni 2011, EHRC 2011, 125, m.nt. M. den Heijer, par. 215 (*Sufi en Elmi t. Verenigd Koninkrijk*).

256 Baldinger 2013, p. 280.

257 Zie eerder: EHRM 30 oktober 1991, NJ 1995, 743, m.nt. E.A. Alkema, par. 107 (*Vilvarajah e.a. t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 4 februari 2005, AB 2005, 274, m.nt. T. Barkhuysen, EHRC 2005, 32, m.nt. Rieter, JV 2005, 89, m.nt. B.P. Vermeulen & De Vries, par. 69 (Grote Kamer) (*Mamatkulov en Askarov t. Turkije*).

258 EHRM 22 september 2009, JV 2010, 24, NAV 2009, 37, m.nt. A.M. Reneman & Bruin, RV 2009, 3, m.nt. H. Battjes, par. 76 (*Abdolkhani en Karimnia t. Turkije*). Van latere datum: EHRM 15 april 2014, zaaknr. 16458/12, par. 114 (ontv.besl.) (*N. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

259 Zo merken annotatoren op onder punt 4 bij de zaak *Said*. EHRM 5 juli 2005, AB 2005, 369, m.nt. HBa & BPV (*Said t. Nederland*).

De inwerkingtreding van de Procedurerichtlijn²⁶⁰ verplicht de rechter in eerste aanleg om de feiten en juridische argumenten volledig en *ex nunc* te toetsen.²⁶¹ Naar verwachting zal de toets intensiever zijn.²⁶² Op onderdelen is de toets van de rechter van geloofwaardigheidsoordeel van de staatssecretaris van V&J geïntensiveerd onder invloed van de implementatie van deze Procedurerichtlijn, zo getuigt een aantal uitspraken van de Afdeling van het voorjaar 2016.²⁶³ Hoewel de EU-regelgeving buiten het bereik van dit onderzoek valt, is de Procedurerichtlijn relevant omdat deze onder meer raakt aan de voor dit onderzoek relevante thema's als de toetsingsomvang en het -moment.²⁶⁴

11.5.5 Individuele omstandigheden: beoordeling en gewicht

Bij de risicobeoordeling kijkt het EHRM zowel naar de algemene situatie in het land waarnaar wordt uitgezet als naar de persoonlijke omstandigheden.²⁶⁵ Hoe beoordeelt het Hof de individuele omstandigheden van klager en hoeveel gewicht komt toe aan deze omstandigheden? Welk reëel risico moet klager lopen om te voorkomen dat de autoriteiten overgaan tot uitzetting?

Het Hof bepaalt per zaak of het van klager 'special distinguishing features' verlangt waaruit volgt dat klager doelwit is en een reëel risico loopt bij uitzetting.²⁶⁶ De situatie van klager moet dus slechter zijn dan die van anderen in het land waarnaar wordt uitgezet.²⁶⁷

Baldinger onderscheidt drie categorieën die richting zouden kunnen geven aan de invulling van het criterium 'special distinguishing features'.²⁶⁸ Ten eerste de situatie waarin in het land waarnaar wordt uitgezet een extreem gewelddadige situatie heerst. Slechts één keer, in *Sufi en Elmi*²⁶⁹ oordeelde het Hof dat de gewelddadige situatie in Mogadishu uitzetting van klagers verhinderde. In 2013 kwam het hier echter op terug.²⁷⁰ In 2015 heeft het Hof deze uitspraak uit 2013 bevestigd, en vindt het de algemene veiligheidssituatie

260 Richtlijn 2013/33/EU d.d. 26 juni 2013 (*PbEU* L 180/60).

261 Battjes e.a. 2015, p. 2478.

262 Opnieuw: Battjes e.a. 2015, p. 2478.

263 Zie uitgebreider hoofdstuk 13.

264 Bovendien krijgen personen behorend tot een kwetsbare groep (minderjarigen/asielzoekers) speciale aandacht in de Procedurerichtlijn, zo is te lezen bij Battjes e.a. 2015, p. 2478 en zie ook de verwijzingen.

265 Baldinger 2013, p. 238.

266 EHRM 30 oktober 1991, *NJ* 1995, 743, m.nt. E.A. Alkema, par. 112 (*Vilvarajah e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

267 EHRM 26 juli 2005, *AB* 2005, 370, m.nt. HBa & BPV en *JV* 2005, 306, m.nt. TS, par. 162 (*N. t. Finland*).

268 Baldinger 2013, p. 243-245.

269 EHRM 28 juni 2011, *EHRC* 2011, 125, m.nt. M. den Heijer (*Sufi en Elmi t. Verenigd Koninkrijk*).

270 EHRM 5 september 2013, *EHRC* 2013, 244, m.nt. M. den Heijer, par. 91 (*K.A.B. t. Zweden*).

in Mogadishu niet zo ernstig dat dit uitzetting verhindert.²⁷¹ De omstandigheden buiten Oost Congo waren evenmin zodanig dat iedereen bij uitzetting alleen al een reëel risico loopt op een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling.²⁷² Evenmin is sprake van een algemene geweldssituatie in Irak.²⁷³ De Grote Kamer heeft deze uitspraak echter overruled en oordeelt dat gelet op zowel de persoonlijke situatie van klagers (waaronder het behoren tot een groep die door al-Qaeda vernederend is behandeld) als de verslechterde veiligheidssituatie in Irak (mede als gevolg van de aanvallen van IS) uitzetting strijd oplevert met artikel 3 EVRM.²⁷⁴ Tot slot lijkt het Hof zijn vingers nog niet hebben willen branden aan een algemeen uitzettingsverbod naar Syrië.²⁷⁵ Toch duidt volgens annotator Den Heijer 'de beknopte analyse (...) erop dat het Hof de schendingen [van artikel 2 en 3 EVRM: TdJ] tamelijk vanzelfsprekend acht.²⁷⁶

Ten tweede kan het behoren tot een groep personen die in het land van herkomst structureel slecht wordt behandeld voldoende zijn om niet langer van klager te vragen om 'further special distinguishing features' naar voren te brengen. Dit oordeelde het Hof in *Salah Sheekh*.²⁷⁷ Dit is bevestigd²⁷⁸ in de Grote Kamer uitspraak in de zaak *Saadi*.²⁷⁹

Onder verwijzing naar een citaat van een van de geïnterviewden voor dit onderzoek, werd al eerder duidelijk dat het Hof minder bewijs verlangt van klager indien de situatie in het land van herkomst heel slecht is en klager behoort tot een groep die structureel slecht wordt behandeld.²⁸⁰ Ook alleen het behoren tot een groep die structureel slecht wordt behandeld kan reden zijn om uitzetting te verbieden.²⁸¹

271 EHRM 10 september 2015, EHRC 2015, 224, JV 2015, 306, m.nt. H. Battjes, par. 62-68 (*R.H. t. Zweden*).

272 EHRM 17 februari 2015, JV 2015, 108, par. 40 (ontv.besl.) (*Justin Ndabarishye Rugira t. Nederland*).

273 EHRM 4 juni 2015, JV 2015, 184 (*J.K. e.a. t. Zweden*).

274 EHRM 23 augustus 2016, zaaknr. 59166/12 (Grote Kamer) (*J.K. e.a. t. Zweden*). Deze uitspraak is ook zeer illustratief voor de toets van het Hof van de persoonlijke omstandigheden van klager en de vraag of dit uitzetting belemmert. In het bijzonder nu de Grote Kamer oordeelt dat de situatie in Irak in het algemeen nog veilig genoeg is, maar niet voor klagers omdat zij behoren tot een in het verleden systematisch aangevallen en vernederend behandelde doelgroep vanwege hun banden met Amerikaanse strijdkrachten.

275 EHRM 15 oktober 2015, EHRC 2016, 9, m.nt. M. den Heijer (*L.M. e.a. t. Rusland*).

276 Onder punt 1 van de noot.

277 EHRM 11 januari 2007, AB 2007, 76, m.nt. BPV, par. 148 (*Salah Sheekh t. Nederland*). Boeles e.a. 2014, p. 351.

278 Aldus Boeles e.a. 2014, p. 351.

279 EHRM 28 februari 2008, AB 2008, 177, par. 132 (Grote Kamer) (*Saadi t. Italië*).

280 Zie ook: EHRM 17 juli 2008, m.nt. TS, par. 117 (*NA t. Verenigd Koninkrijk*). Vgl. ook Baldinger 2013, p. 245. Vgl. ook: Boeles e.a. 2014, p. 350-351; Cox 2010, p. 392; Van Bennekom & Van der Winden 2011, p. 220.

281 Boeles e.a. 2014, p. 351.

Het voorgaande is illustratief voor de op het individu georiënteerde benadering die het Hof hanteert. Het Hof verlaagt tenslotte de bewijslast voor klager door niet te verlangen van klager dat hij bewijs levert voor ‘further special distinguishing features’. Het Hof hecht veel waarde aan het bieden van individuele rechtsbescherming. Het ontbreken van deze ‘verdere speciale onderscheidende kenmerken’ weerhoudt het Hof er niet van om uitzetting van klager te verbieden.

Ten derde kan het Hof van klager verlangen dat hij aantoont dat er speciale onderscheidende kenmerken zijn om aan te nemen dat klager bij uitzetting een reëel risico op een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling te wachten staat. Zo was het geval in de zaak *Hilal*²⁸² waarin de persoonlijke situatie van klager samen met de informatie over het land van herkomst maakten dat uitzetting in strijd kwam met artikel 3 EVRM.²⁸³ In *Iskandarov* tegen Rusland²⁸⁴ waren de bijzondere onderscheidende kenmerken en de situatie van klager (lid van politieke oppositie partij) opnieuw reden voor het Hof om te oordelen dat de Russische autoriteiten hadden kunnen voorzien dat klager slecht behandeld zou worden in Tajikistan. Ook oordeelde het Hof in *M.O.* tegen Frankrijk – waarin het ging het om een uit Chad afkomstige klager die deel heeft uitgemaakt van de Darfurse rebellen – dat ondanks de verbeterde situatie tussen Sudan en Chad het terugsturen van klager naar Chad toch in strijd is met artikel 3 EVRM. Klager heeft namelijk voldoende bewijs overgelegd dat hij vanwege zijn persoonlijke situatie een reëel risico loopt op een onmenselijke en vernederende behandeling.²⁸⁵

In de hiervoor genoemde zaak *R.H.* tegen Zweden uit 2015,²⁸⁶ waarin het EHRM geen reden zag voor een algemeen uitzettingsverbod naar Mogadishu, stond de persoonlijke situatie van klagster evenmin aan uitzetting in de weg. De vele inconsistenties in het verhaal van klagster zijn voor het Hof onder meer reden om geen schending van artikel 3 EVRM aan te nemen. Zo heeft klagster pas na vier jaar contact opgenomen met de Zweedse autoriteiten. Bovendien zijn de verklaringen zeer gefaseerd en soms pas na de afwijzing van de aanvraagprocedure door klagster ingebracht. Ook heeft klagster familieleden in Mogadishu die haar kunnen beschermen.²⁸⁷ Hoewel het Hof rekening houdt met de kwetsbare positie van vrouwen in Mogadishu,²⁸⁸

282 EHRM 6 maart 2001, EHRC 2001, 30, m.nt. Gijzen, JV 2001, 104, m.nt. TS (*Hilal t. Verenigd Koninkrijk*).

283 EHRM 6 maart 2001, EHRC 2001, 30, m.nt. Gijzen, JV 2001, 104, m.nt. TS, par. 64-66 (*Hilal t. Verenigd Koninkrijk*).

284 EHRM 23 september 2010, zaaknr. 17185/05 (*Iskandarov t. Rusland*).

285 EHRM 18 april 2013, zaaknr. 18372/10, par. 39 – 43 (*MO.M. t. Frankrijk*).

286 EHRM 10 september 2015, EHRC 2015, 224, JV 2015, 306, m.nt. H. Battjes (*R.H. t. Zweden*).

287 EHRM 10 september 2015, EHRC 2015, 224, JV 2015, 306, m.nt. H. Battjes, par. 68-74 (*R.H. t. Zweden*).

288 Zie par. 70 en 74 van de uitspraak.

verandert dit niets aan het oordeel dat klaagster bij uitzetting geen reëel risico loopt op een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling.

Resumerend: opnieuw geldt ook onder artikel 3 EVRM in asielzaken dat het Hof in principe geen vierde instantie is, en dus geen feitenrechter. De nationale gang van zaken is en blijft het vertrekpunt voor de beoordeling van het Hof. Toch gebeurt het niet zelden dat het Hof de 3 EVRM-claim zelf aan een grondig onderzoek onderwerpt met als gevolg dat deze toets verschilt van de toets op nationaal niveau. Op dit terrein zijn dan ook de meeste indirecte procedurele implicaties te vinden, die voortkomen uit hoe het EHRM omgaat met het bewijs en daarmee verband houdende zaken. Het meest duidelijk manifesteren deze implicaties zich op het gebied van het zelfstandig beoordelen van de geloofwaardigheid van het asielrelaas door het Hof, het bijstellen van de bewijslast ten faveure van klager, de hoeveelheid bronnen waarop het Hof zijn oordeel baseert en tot slot de *ex nunc*-toets.

In vergelijking met de standaard 2 en 3 EVRM-zaken en de 8 EVRM en 1 EP EVRM-zaken stelt het Hof zich in asielzaken onder artikel 3 EVRM dus veel actiever op. Daarbij valt vooral de coulante houding ten opzichte van klager op. Het Hof is duidelijk een voorstander van het leveren van maatwerk. Daarnaast speelt ook een rol dat het folterverbod, net als het recht op leven, een fundamenteel en absoluut recht is en het Hof daarom veel waarde hecht aan de bescherming van deze rechten. Daarbij is ook de eventuele onomkeerbare schade die zich voor kan doen bij uitzetting een belangrijke reden om het relaas van klager bij twijfel zelfstandig te beoordelen. Het Hof doet dit zelf, maar verlangt dit ook van de Staten.²⁸⁹

11.6 DE INDIRECTE PROCEDURELE IMPLICATIES VAN DE BEWIJSPRAKTIJK VAN HET HOF IN RELATIE TOT DE ARTIKELEN 6 EN 13 EVRM EN DE MOGELIJKE TOEGEVOEGDE WAARDE

Wat is de mogelijke toegevoegde waarde van de indirecte procedurele implicaties voortvloeiend uit de bewijspraktijk onder de artikelen 2, 3 en 8 van het Verdrag en artikel 1 EP EVRM in relatie tot de procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM? Opnieuw kan hier de vraag worden gesteld: komen de eisen die het Hof onder deze materiële artikelen indirect aan de nationale autoriteiten (rechter en bestuur) stelt (op punten) overeen met de eisen die voor hen voortvloeien uit artikel 6 en 13 EVRM?

De indirecte procedurele implicaties die voortkomen uit de omgang met het bewijs en de bewijsregels door het Hof zijn vooral te vinden onder artikel 3

²⁸⁹ Zie uitgebreid hoofdstuk 5.

EVRM in uitzettingszaken en onder artikel 8 EVRM in bepaalde zaken ten aanzien van het toetsingsmoment.

In uitzettingszaken onder artikel 3 EVRM kan het Hof besluiten de geloofwaardigheid van het relaas zelfstandig te beoordelen. Hierbij kan het de bewijslast verlagen, of bijvoorbeeld meer bronnen betrekken in zijn oordeel. Ook hanteert het Hof een *ex nunc*-toets bij het beoordelen van de 3 EVRM-claim van klager bij uitzetting.

Onder artikel 8 EVRM past het Hof in sommige gevallen, waaronder uitzettingszaken van minderjarige delinquenten, ontvoeringszaken en uithuisplaatsingszaken, ook een *ex nunc*-toets toe. De omstandigheden die gelden ten tijde dat het Hof de klacht beoordeelt dienen dan als vertrekpunt. Hiermee wijkt het Hof dus af van de hoofdregel waarbij het de klacht beoordeelt in het licht van de omstandigheden die golden ten tijde van de nationale procedure.

De volgende vraag is wat de relatie is tussen de genoemde indirecte procedurele implicaties en de procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM, en of deze implicaties van toegevoegde waarde zijn.

Om te beginnen de indirecte procedurele implicaties onder artikel 3 EVRM in uitzettingszaken in relatie tot artikel 6 EVRM. Geldt onder artikel 6 EVRM de verplichting om het relaas van de asielzoeker zelfstandig te beoordelen en daarbij de bewijslast te verlagen in het geval dat de situatie (van klager) dit verlangt? Het antwoord luidt ontkennend. Het recht op een eerlijk proces verlangt van de nationale autoriteiten geen differentiatie in de beoordeling van het geschil afhankelijk van de situatie en de persoonlijke omstandigheden van klager. Evenmin verplicht artikel 6 EVRM de nationale autoriteiten tot het raadplegen van meer bronnen om een oordeel te kunnen geven over de zaak.²⁹⁰ Op punten bestaat hier wel wat overlap met het vereiste van *full jurisdiction*.²⁹¹ Hierbij moeten de nationale autoriteiten ex artikel 6 EVRM een oordeel over de feiten en rechtsvragen kunnen geven. De verplichting om zelfstandig de feiten vast te stellen met behulp van extra bronnen geldt echter niet op grond van artikel 6 EVRM. Bovendien is artikel 6 EVRM niet van toepassing op het vreemdelingenrecht. Tot slot kan de vraag worden gesteld in hoeverre uit artikel 6 EVRM de verplichting voortvloeit om de feiten en omstandigheden *ex nunc* te toetsen, conform de indirecte procedurele verplichting onder artikel 3 EVRM. Een *ex nunc*-toets maakt evenmin onderdeel uit van het recht op een eerlijk proces.

De indirecte eisen die voortkomen uit het materiële 3 EVRM-recht komen dus niet overeen met wat het Hof van de rechter en het bestuur verlangt op grond van artikel 6 EVRM. In die zin zijn deze indirecte eisen dus van toegevoegde waarde, omdat het andersoortige eisen zijn dan waartoe artikel 6 EVRM de nationale autoriteiten verplicht. Voor klager neemt de rechtsbescherming toe, en voor de nationale autoriteiten het aantal verplichtingen.

²⁹⁰ Zie ook hoofdstuk 10, paragraaf 10.7.

²⁹¹ Zie hierover hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.2.3 en zie eerder ook paragraaf 10.7.

Wat is de eventuele toegevoegde waarde van de indirecte procedurele implicaties van artikel 3 EVRM in uitzettingszaken ten opzichte van de procedurele eisen van artikel 13 EVRM? Om te beginnen wordt artikel 13 EVRM gekleurd door het artikel dat op het spel staat. In het geval van een combinatie met artikel 3 EVRM in uitzettingszaken gelden diverse procedurele verplichtingen voor de nationale autoriteiten, waaronder de plicht tot het doen van een grondig onderzoek en een toegankelijke asielprocedure.²⁹² Wanneer de bewijsregels in de nationale procedure afwijken van de bewijsregels die het Hof verlangt, ontbreekt een grondig onderzoek in de zin van artikel 3 EVRM in combinatie met artikel 13 EVRM.²⁹³ Nu de procedurele verplichting om het relaas grondig te onderzoeken al explicieter volgt uit deze artikelen, is de toegevoegde waarde van de indirecte implicatie onder artikel 3 EVRM om in uitzettingszaken soms afwijkende bewijsstandaarden te hanteren beperkter. Hetzelfde geldt voor het raadplegen van bronnen en de *ex nunc*-toets. De nationale autoriteiten zijn hiertoe tenslotte op grond van artikel 3 EVRM alleen of in combinatie met artikel 13 EVRM ook al uitdrukkelijk verplicht. Dit maakt dat de indirecte procedurele implicaties in de uitzettingszaken niet direct nieuwe verplichtingen opleveren. Wel onderstreept dit het belang van een grondig onderzoek op nationaal niveau. Immers; niet alleen verlangt het Hof dit expliciet van de Staat, het Hof toetst zelf de geloofwaardigheid van het asielrelaas in de regel ook grondig.

In sommige zaken hanteert het Hof, als gezegd, onder artikel 8 EVRM een *ex nunc*-toets. Deze *ex nunc*-toets is geen vereiste onder artikel 6 EVRM, en evenmin onder artikel 13 EVRM in 8 EVRM-zaken. Voor artikel 13 EVRM geldt dat in combinatie met artikel 8 EVRM de nadruk vooral ligt op de effectiviteit van het nationale rechtsmiddel. De indirecte verplichting voor de nationale rechters om *ex nunc* te toetsen is dus nieuw, en daarmee een aanvulling op de reeds bestaande procedurele plichten onder artikel 6 en 13 EVRM.

11.7 CONCLUSIE

Op hoofdlijnen zijn er drie indirecte procedurele implicaties af te leiden uit de wijze waarop het Hof omgaat met bewijs en bewijsregels. De eerste twee zijn gekoppeld aan de EVRM-bepaling, en voor de derde geldt dat deze meer op meta niveau iets zegt over de toetsingswijze van het EHRM.

Allereerst zijn de meeste indirecte procedurele implicaties te vinden onder artikel 3 EVRM in asielzaken. Het is dit type zaken waarin het EHRM, in strijd met de hoofdregel geen 'fourth instance' te (willen) zijn, kan besluiten om het relaas van klager zelfstandig te beoordelen. Dat doet zich voor wanneer het

²⁹² Zie uitgebreid deel I, in het bijzonder hoofdstuk 5.

²⁹³ Zie hierover hoofdstuk 5, in het bijzonder paragraaf 5.3 en 5.4, en de verwijzing naar Baldinger 2013, p. 199 e.v.

Hof de beoordeling van het relaas van klager in de nationale procedure ontoereikend acht, omdat er een verkeerde bewijsstandaard is toegepast of omdat onvoldoende bronnen zijn meegenomen in het nationale oordeel. Dit brengt de indirecte procedurele consequentie met zich dat de Staat ervan op de hoogte moet zijn dat onder meer een afwijkende bewijsstandaard kan resulteren in een zelfstandige toets van het Hof. Daarnaast kan het Hof in sommige gevallen de bewijslast naar beneden bijstellen vanwege de persoonlijke situatie van klager. Dit laatste houdt verband met de waarde die het Straatsburgse Hof hecht aan de persoonlijke omstandigheden van klager. Wanneer klager behoort tot een groep die structureel in strijd met artikel 3 EVRM wordt behandeld, of wanneer de algemene veiligheidssituatie in het land waarnaar wordt uitgezet zeer abominabel is, is Straatsburg coulant en vraagt het minder van klager bij het substantiëren van zijn claim. In die zin dat de aanwezigheid van 'further special distinguishing features' dan niet langer door hem aannemelijk hoeven te worden gemaakt. Verder betreft het Hof doorgaans meer bronnen in zijn oordeel dan dat er in de nationale procedure is gebeurd. Dit heeft (indirect) ook consequenties voor de nationale autoriteiten. Wanneer dit niet wordt aangepast in het nationale proces(recht) blijft de toets in Straatsburg anders uitpakken met eventuele veroordelingen tot gevolg. Tot slot is de *ex nunc*-toets die het Hof in uitzettingszaken toepast relevant voor de indirecte procedurele implicaties. Het vasthouden aan een *ex tunc*-toets op nationaal niveau kan een conflict opleveren in Straatsburg.

In de tweede plaats is uit de toetsingswijze van het EHRM onder artikel 8 EVRM in een aantal type zaken een belangrijke indirecte procedurele implicatie af te leiden. Hoewel het Hof de feiten en omstandigheden onder dit recht in principe als 'versteend' beoordeelt op het moment dat de klacht ter beoordeling voorligt in Straatsburg, past het Hof toch in sommige gevallen een *ex nunc*-toets toe. Het gaat hier bijvoorbeeld om uitzetting van minderjarige delinquenten, ontvoering van kinderen, uithuisplaatsingszaken en gezinsherenigingszaken. Met uitzondering van de uithuisplaatsingszaken gaat het in de overige zaken om toekomstige situaties. Dit verklaart waarom het Hof in de toets onder artikel 8 EVRM aansluiting zoekt bij de *ex nunc*-toets onder artikel 3 EVRM in uitzettingszaken. Nu het in uithuisplaatsingszaken gaat om (kwetsbare) kinderen, is dit waarschijnlijk de reden voor het Hof om onder omstandigheden ook in dat geval nieuwe informatie in zijn oordeel te betrekken. Overigens verschilt het voorwerp van de *ex nunc*-toets onder artikel 8 wel van die onder artikel 3 EVRM. Onder artikel 3 EVRM wordt de algemene en persoonlijke veiligheidssituatie in het land waarnaar wordt uitgezet *ex nunc* getoetst. Onder artikel 8 EVRM ziet de toets in gezinsherenigingszaken en uitzettingszaken van (minderjarige) delinquenten op de gevolgen voor het kind en eventuele familie in het land waarnaar wordt uitgezet. Daarnaast ziet de toets op de band die de betrokkene heeft met het 'nieuwe' land op het moment dat het Hof de zaak beoordeelt. Tijdsverloop tussen het oordeel van de hoogste nationale rechter en het oordeel van het Hof pakt ten aanzien van het tweede aspect dan vaak

in het voordeel van de klager uit. Bovendien beoordeelt het Hof de nationale procedurele als geheel. Dit heeft tot gevolg dat ook de periode tussen het besluit van het bestuur en het oordeel van de rechter wordt betrokken in het EHRM-oordeel. Deze toets van het Hof kwalificeerde ik in paragraaf 11.4.2.1 als een *ex tunc plus*-toets. Overigens brengt dit wel²⁹⁴ een indirecte verplichting om *ex nunc* te toetsen voor de nationale (hoogste) rechters met zich om ervoor te zorgen dat de nationale toets zoveel mogelijk aansluit bij de Straatsburgse toetsingswijze.

In de derde plaats kunnen in meer algemene zin de kenmerken van de Straatsburgse toetsingswijze als een indirecte procedurele implicatie worden aangemerkt. De op het individu georiënteerde benadering en de bescherming van kwetsbare groepen zijn gezamenlijk te typeren als de 'karakteristieken van mensenrechtenbeoordeling.' Uit zowel de 8 EVRM-jurisprudentie als de 3 EVRM-uitspraken in asielzaken kwam het beeld naar voren dat het kwetsbare kind en de kwetsbare (minderjarige) asielzoeker bijzondere bescherming genieten in de beoordeling van het Hof. Dit resulteerde niet zelden in een beoordeling op maat door het Hof. Straatsburg voelt weinig voor een gestandaardiseerde aanpak waar het mensenrechten betreft, in het bijzonder wanneer het gaat om de bescherming van de rechten van kwetsbare personen.

De indirecte procedurele implicaties onder artikel 3 en 8 EVRM hebben de grootste toegevoegde waarde ten opzichte van artikel 6 EVRM. Deze implicaties gelden op grond van het recht op een eerlijk proces namelijk niet voor de nationale autoriteiten. Anders is dit in het geval van artikel 13 EVRM, omdat de indirecte procedurele implicaties ook al meer expliciet gelden voor de nationale autoriteiten onder artikel 13 EVRM zelfstandig, of in combinatie met artikel 3 EVRM in uitzettingszaken. De *ex nunc*-toets als indirecte verplichting voor de nationale autoriteiten onder artikel 3 EVRM, of in sommige gevallen onder artikel 8 EVRM, is wel van toegevoegde waarde ten opzichte van zowel artikel 6 als 13 EVRM. Het heeft een uitbreiding van het aantal verplichtingen waaraan de nationale autoriteiten moeten voldoen tot gevolg.

In dit hoofdstuk is verder duidelijk geworden dat de eventuele onomkeerbare schade bij een voorgenomen uitzetting niet alleen een *trigger* voor de Staat is om extra zorgvuldig te werk te gaan,²⁹⁵ maar ook voor het Hof zelf reden kan zijn om de claim aan een grondig onderzoek te onderwerpen. Hierbij kan het meer bewijs betrekken in het oordeel, of de bewijslast aanpassen wanneer de (persoonlijke) situatie van klager dit verlangt. Het fundamentele en absolute karakter van artikel 3 EVRM draagt hier ook aan bij. Daarnaast lijkt ook de toekomstige situatie waar het in uitzettingszaken om gaat (en onder omstandigheden onder artikel 8 EVRM) reden voor het Hof om zich actiever en meer als

²⁹⁴ In navolging van Klaassen, zie paragraaf 11.4.2.1.

²⁹⁵ Zie deel I.

een feitenrechter op te stellen. Alleen op die manier kan een effectieve bescherming van het EVRM worden geboden. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat juist de prognose ten aanzien van een schending van artikel 3 of 8 EVRM het ook voor het Hof lastig(er) maakt om de klacht te beoordelen.

Het meest actief is het Hof dus in uitzettingszaken onder artikel 3 EVRM. Onder artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM zijn bewijskwesties veel minder aan de orde in de procedure voor het Hof. Voor de standaard 2 en 3 EVRM-zaken geldt dat de procedurele onderzoeksplicht ertoe heeft geleid dat het Hof minder vaak zelf ingaat op bewijskwesties, en de nadruk vooral legt op de aanwezigheid van een effectief officieel onderzoek in de nationale procedure.

Is het wenselijk dat het Hof zich actiever opstelt in 3 EVRM-zaken en ook in sommige gevallen onder artikel 8 EVRM? Voor de klager is het prettig dat het Hof een extra inhoudelijk vangnet kan bieden. Tegelijkertijd blijft de schending bestaan, en beschikt het Hof niet over de mogelijkheid om de Staat te dwingen inhoudelijk een nieuw besluit te nemen. Bij voorkeur wordt de optimale bescherming op nationaal niveau geboden. Een materiële schending, als gevolg van een zelfstandige beoordeling van het Hof, kan niettemin een signaal richting de Staat afgeven. In dat opzicht is een inhoudelijk oordeel bevredigender voor klager dan wanneer het Hof de klacht alleen procedureel benadert en inhoudelijk geen oordeel en dus geen duidelijkheid geeft.

12 | Conclusie deel II

12.1 INLEIDING

In de voorgaande hoofdstukken is de toetsingspraktijk ten aanzien van de feitenvaststelling en de omgang met bewijs onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en 1 EP EVRM uiteengezet. In dit concluderende hoofdstuk volgen de indirecte procedurele implicaties die hieruit zijn af te leiden. Daarnaast wordt gekeken of deze van toegevoegde waarde zijn in relatie tot de procedurele eisen van de artikelen 6 en 13 EVRM.

Om te beginnen volgt een weergave van de bevindingen betreffende de feitenvaststelling (paragraaf 12.2), gevolgd door de conclusies rond de bewijspraktijk van het Hof (paragraaf 12.3). Voorafgaand aan de concluderende slotparagraaf (12.5), wordt stil gestaan bij de potentiële extra waarde van de indirecte procedurele implicaties ten opzichte van de artikelen 6 en 13 EVRM (paragraaf 12.4).

12.2 INDIRECTE PROCEDURELE IMPLICATIES UIT DE FEITENVASTSTELLINGSPRAKTIJK VAN HET HOF

Het meest duidelijk zijn de indirecte procedurele implicaties die voortkomen uit de toetsingspraktijk van het EHRM rond de feitenvaststelling onder de artikelen 2 en 3 EVRM, en de uitzettingszaken onder artikel 3 EVRM. Wanneer deze artikelen aan de orde zijn, zijn de feiten vaak nog in geschil. Dit maakt dat het EHRM zich dan genoodzaakt ziet om deze feiten zelfstandig vast te stellen door middel van het raadplegen van meer bronnen, waaronder rapporten van het CPT en rapporten van instellingen van de Raad van Europa. Ook in uitzettingszaken onder artikel 3 EVRM kan het Hof zelfstandig de feiten vaststellen in uitzettingszaken. In deze zaken vormt de geloofwaardigheid van het asielrelaas doorgaans het twistpunt. Dit is meer uitgebreid aan bod gekomen in hoofdstuk 11.

Waar vroeger, en dan met name in de jaren '90, het Hof met regelmaat een *fact-finding mission* startte om de feiten vast te stellen en een inhoudelijk oordeel over de klacht te kunnen vellen, is de procedurele onderzoeksplicht onder de standaard 2 en 3 EVRM-zaken daar in veel gevallen voor in de plaats gekomen. Met een procedurele schending bespaart het Hof tijd en geld. Hoewel het Hof de feiten dus het vaakst onder de artikelen 2 en 3 EVRM zelf zal vast-

stellen, heeft de introductie van de procedurele onderzoeksplicht onder voormelde artikelen het zelfstandig vaststellen van de feiten door het Hof (middels een *fact-finding mission* of met behulp van extra bronnen) doen afnemen.

Op grond van artikel 38 EVRM is de Staat verplicht om medewerking te verlenen aan het Hof. Hierbij gaat het onder meer om het overleggen van bewijsstukken en het beantwoorden van vragen van het Hof. Indien de Staat dit nalaat, kan dit ertoe leiden dat het Hof ten aanzien van de gegrondheid van de klacht van klager oordeelt op basis van vermoedens waarbij dit in het voordeel van klager uitpakt.¹ Feitenvaststelling en bewijskwesities spelen vooral onder het recht op leven en het folterverbod een rol. Daarom zal artikel 38 EVRM in dit type zaken het vaakst aan de orde zijn in de procedure voor het Hof. Het niet meewerken van de Staat kan dan in zijn nadeel zijn. Toch levert dit geen indirecte procedurele implicatie op. Dit ziet namelijk niet op de toetsingswijze van het Hof, maar vooral op de procedure voor het Hof en het niet meewerken van de Staat. Hieraan kan het Hof eventueel een schending van artikel 38 EVRM verbinden. De nationale autoriteiten dienen zich ervan bewust te zijn dat het Hof onder artikel 38 EVRM kan oordelen op basis van vermoedens en de klacht van klager dan doorgaans gegrond verklaart. Toch is het lastig om hier in de nationale procedure op te anticiperen, omdat dit pas in Straatsburg speelt. Dit vooruitlopen op Straatsburg is wel mogelijk met betrekking tot het op voorhand doen van een grondig nationaal onderzoek naar het asielrelaas van klager.

In de procedure voor het Hof waarin het recht op privé- en familieleven (artikel 8 EVRM) en het eigendomsrecht (artikel 1 EP EVRM) op het spel staan, worden de feiten zelden betwist. Het geschil concentreert zich op de vraag naar de EVRM-conformiteit van de nationale belangenafweging. De indirecte implicaties zijn hier dus afwezig, met uitzondering van de gevallen waarin het Hof onder het eigendomsrecht zelfstandig de schadevergoeding beoordeelt.

12.3 INDIRECTE PROCEDURELE IMPLICATIES UIT DE BEWIJSREGELSPRAKTIJK VAN HET HOF

12.3.1 EHRM-toetsingspraktijk in asielzaken onder artikel 3 EVRM

In asielzaken onder artikel 3 EVRM zijn de indirecte procedurele implicaties ten aanzien van het bewijs en de bewijsregels het meest aanwezig. Een incorrecte behandeling van de 3 EVRM-klacht in de nationale procedure kan ertoe leiden dat het Hof het relaas van klager zelfstandig aan een geloofwaardigheidstoets onderwerpt. Het Hof gaat hiertoe over wanneer de nationale bewijsstandaard afwijkt van die van Straatsburg of wanneer onvoldoende objectieve

1 Hoofdstuk 10, paragraaf 10.4.1 en 10.4.2.1.

bronnen zijn betrokken in het nationale oordeel. Ook kan het Hof de bewijslast verlagen of wat bewezen moet worden naar beneden bijstellen om zo tegemoet te komen aan de lastige (bewijs)positie waarin klager zich bevindt. Daarnaast toetst het EHRM de uitzetting *ex nunc* en dit leidt automatisch tot een oordeel dat afwijkt van het nationale oordeel. Het EHRM moet dan wel *ex nunc* toetsen om zo bescherming te bieden aan het EVRM-recht van klager. Bovendien draagt de toekomstige situatie, inclusief de eventuele onomkeerbare schade, bij aan het belang van een *ex nunc*-toets. Deze eventuele onomkeerbare schade is zowel een van de redenen als een *trigger* voor het Hof (en overigens ook voor de Staat)² om het relaas aan een grondig onderzoek te onderwerpen.

De afwijkende Straatsburgse bewijspraktijk in uitzettingszaken brengt dus een aantal indirecte procedurele implicaties met zich, waarop de Staat al kan anticiperen in de nationale procedure.

12.3.2 *Ex nunc*-toets onder artikel 8 EVRM

Ook onder artikel 8 EVRM kan het Hof, net als onder artikel 3 EVRM in asielzaken, een *ex nunc*-toets uitvoeren. Het gaat hier dan om een met artikel 3 EVRM vergelijkbare situatie. Hierbij kan gedacht worden aan zaken waarin een minderjarige delinquent het land moet verlaten, een ontvoeringszaak waarin moet worden besloten of het kind terug moet worden gestuurd naar een van de ouders of om gezinsherenigingszaken.

Om met het laatste te beginnen. Het Hof neemt in zijn beoordeling of klager wel of niet met een beroep op artikel 8 EVRM verblijf zou moeten krijgen in het nieuwe thuisland ook de gebeurtenissen mee die zich hebben voorgedaan tussen het besluit van het uitvoerende orgaan en het oordeel van de rechter. Deze toetsingswijze kan mijns inziens als een *ex tunc plus*-toets worden gekwalificeerd.³ De beoordeling van de gebeurtenissen onder artikel 8 EVRM in voormelde type zaken is inherent aan de positie die het Hof inneemt, en conform eerdere Staatsburgse jurisprudentie. De *ex tunc plus*-toets kan dus wringen met de *ex tunc* toets die de nationale vreemdelingenrechter aan de dag legt. Het is daarom aan te bevelen dat de nationale rechters het besluit van het uitvoerende orgaan *ex nunc* toetsen.⁴

Daarnaast kan het Hof in uithuisplaatsingszaken besluiten om, indien het dit nodig acht, extra informatie en veranderde omstandigheden mee te nemen. Dit is onder andere ingegeven door het belang van het kind dat op het spel staat.⁵

2 Zie deel I.

3 Hoofdstuk 11, paragraaf 11.4.2.1.

4 Zie eerder Klaassen, paragraaf 11.4.2.1.

5 Opnieuw: paragraaf 11.4.2.1.

In beginsel neemt het Hof bij de behandeling van de klachten onder artikel 8 EVRM de feiten zoals deze zich op nationaal niveau hebben voorgedaan als vertrekpunt. Het EHRM vaart dus op de nationale beslissingen. Toch kan het onder omstandigheden expliciet actuele informatie en omstandigheden in zijn beoordeling betrekken. In het geval van een ruime *margin* kiest het Hof zelf voor een procedurele benadering en toetst het de procedure vooral op zorgvuldigheid, en toetst het minder of niet de inhoud van de klacht op verenigbaarheid met het EVRM.

12.3.3 Karakteristieken van mensenrechtenbeoordeling

Typerend voor de beoordelingspraktijk van het EHRM van vermeende schendingen van mensenrechten is de sterk op het individu georiënteerde benadering en daarnaast de bijzondere bescherming van kwetsbare groepen. Deze twee elementen kunnen gezamenlijk worden aangeduid als karakteristieken van mensenrechtenbeoordeling, en vinden hun basis in de voorgaande hoofdstukken van deel II.

12.3.3.1 Een op het individu georiënteerde benadering

Illustratief voor en tegelijkertijd een bevestiging van de op het individu georiënteerde benadering of de beoordeling op maat van het EHRM, is in de eerste plaats de beoordelingspraktijk van het Hof in asielzaken. Klager beroept zich in deze categorie zaken op artikel 3 EVRM om de voorgenomen uitzetting te voorkomen. Bij het beoordelen van de 3 EVRM-claim van klager kijkt het Hof in de regel naar de nationale procedure. Wanneer het Hof de klacht echter toch zelfstandig inhoudelijk beoordeelt, is dit ingegeven door meerdere redenen.⁶ In dat geval kijkt het Hof in eerste instantie naar de algemene situatie in het land en de persoonlijke omstandigheden van klager. Het Hof kijkt naar de algemene veiligheidssituatie in het land, en op het moment dat deze zeer onveilig is, stelt het de bewijslast in het voordeel van de klager naar beneden bij. Dit betekent dat klager dan niet verplicht is om bewijs aan te dragen voor ‘further special distinguishing features’. Hieruit spreekt de beoordeling op maat van het Hof.⁷ In de gevallen waarin klager behoort tot een groep die structureel slecht wordt behandeld in het land waarnaar hij dreigt te worden uitgezet, kan het Hof dit verdisconteren in wat het nog *meer* aan speciale onderscheidende kenmerken van klager verlangt bij de onderbouwing van zijn claim. Het Hof zal in dat geval de hoeveelheid gevraagd bewijs naar beneden bijstellen.

⁶ Zie voor deze redenen onder meer: paragraaf 11.5.1 en 11.6.

⁷ Zie ook hoofdstuk 11, i.h.b. paragraaf 11.5.2, 11.5.5 en 11.7.

In de tweede plaats wordt de nadruk op het individu in de jurisprudentie van het Straatsburgse Hof ook goed zichtbaar bij de toepasselijkheid van artikel 8 EVRM in milieu- en leefomgevingszaken. Of artikel 8 EVRM van toepassing is, hangt af van de vraag of aan het 'minimum level of severity'-vereiste is voldaan. Dit is onder meer afhankelijk van wat de Staat zoal aan maatregelen heeft getroffen om de ernst van de hinder voor betrokkene te beperken. Dit kan dan bijvoorbeeld gaan om het aanbieden van alternatieve woonruimte of het intrekken van vergunningen ten behoeve van de gezondheid.⁸ Indirect brengt dit de verplichting met zich om onder artikel 8 EVRM in de nationale procedure rekening te houden met de belangen van het individu.⁹ De nationale maatregelen die wel of niet zijn genomen om de hinder te beperken kunnen in Straatsburg bepalend zijn voor de toepasselijkheid van artikel 8 EVRM.

In de derde plaats wordt de nadruk die het Hof legt op de bescherming van de rechten van het individu goed zichtbaar in de jurisprudentie waarin het 'beste belang van het kind' een rol speelt. Niet alleen verlangt het Hof van de Staat dat binnen de nationale besluitvormings- en rechterlijke procedure voldoende gewicht toekomt aan het belang van het kind. Ook in de eigen toets krijgt het belang van het kind gewicht. Zoals een aantal keer is opgemerkt in voorgaande hoofdstukken beoordeelt het Hof primair de klacht aan de hand van het verloop van de nationale procedure.¹⁰ Toch weerhield dit het Hof er niet van om in de Grote Kamer uitspraak in de zaak *Jeunesse*¹¹ zijn eigen belangenafweging in de plaats te stellen voor die van de Staat.¹² Naar verwachting zal het Hof terughoudend zijn op dit punt. Tot slot heeft de Grote Kamer in deze zaak overwogen dat een beroep op algemene beleidsoverwegingen teneinde een individuele uitzetting te realiseren discutabel is gelet op de bijzondere omstandigheden waaraan dan voorbij wordt gegaan.¹³ Een gestandaardiseerde aanpak in de gevallen waarin de rechten van kwetsbare personen in het geding zijn, heeft dus niet de voorkeur van het Hof.

Hoewel de toets van het Hof ziet op het beoordelen van de vermeende mensenrechtenschending in het individuele geval, en de beoordeling op maat van het Hof dit bevestigt, lijkt het Hof niet in alle gevallen voor deze aanpak te kiezen. Het EHRM kan ook de voorkeur geven aan algemene regeltoepassing op basis van duidelijke criteria. Dit brengt immers rechtszekerheid met zich en dit is ook een belangrijk beginsel.¹⁴

8 Zie hoofdstuk 11, i.h.b. paragraaf 11.4.2.1.

9 Vgl. ook Gerards 2017, onder paragraaf 2.2 over de verplichting tot individualisering.

10 Zie hoofdstuk 10 en 11.

11 EHRM 3 oktober 2014, AB 2014, 433, m.nt. A.J.Th. Woltjer, EHRC 2014, 262, m.nt. M. den Heijer, JV 2014, 343, m.nt. P. Boeles (Grote Kamer) (*Jeunesse t. Nederland*).

12 Zie hoofdstuk 11, paragraaf 11.4.2.1.

13 Par. 121 van de uitspraak.

14 Zo merkte Nussberger op, zie eerder paragraaf 11.4.2.1 van hoofdstuk 11.

12.3.3.2 Kwetsbare groepen in de jurisprudentie van het Hof

Met de op het individu georiënteerde benadering van het Straatsburgse Hof houdt de categorie ‘kwetsbare groepen’ (‘vulnerable groups’) die zich in de EHRM jurisprudentie heeft ontwikkeld nauw verband. Deze categorie heeft een bijzondere positie verworven in de Straatsburgse jurisprudentie, omdat kwetsbare personen naar het oordeel van het Hof bijzondere bescherming dienen te krijgen. Tot deze ‘kwetsbare groep’ worden in de Straatsburgse jurisprudentie achtereenvolgens onder meer Roma, mensen met een geestelijke handicap, mensen met HIV, (minderjarige)¹⁵ asielzoekers en kinderen gerekend.

De waarde die het Hof hecht aan de bescherming van deze categorie personen volgt zowel uit wat het Hof in dit verband expliciet van de nationale autoriteiten verlangt¹⁶ als meer impliciet uit welk gewicht het Hof zelf toekent aan de bescherming van deze kwetsbare personen. Zo heeft het gegeven dat asielzoekers kwetsbaar zijn, bijgedragen aan het bijstellen van de bewijslast in het voordeel van de asielzoeker.¹⁷ In de zaak *Valentin Câmpeanu*¹⁸ kent de Grote Kamer van het Hof procesbevoegdheid toe aan een NGO, en dit is mede ingegeven doordat de inmiddels overleden *Valentin Câmpeanu* als een kwetsbaar persoon werd aangemerkt.¹⁹ Dit brengt de indirecte verplichting met zich voor de Staten om zowel ten aanzien van de bewijslast als het toekennen van procesbevoegdheid coulant(er) te zijn in de gevallen waarin de rechten van kwetsbare personen in het geding zijn.

12.4 DE INDIRECTE PROCEDURELE IMPLICATIES IN RELATIE TOT DE ARTIKELEN 6 EN 13 EVRM EN DE MOGELIJKE TOEGEVOEGDE WAARDE

De toegevoegde waarde van de indirecte procedurele implicaties is meer aanwezig bij artikel 6 EVRM dan bij artikel 13 EVRM. De indirecte verplichtingen die onder de materiële EVRM-rechten kunnen gelden voor de nationale autoriteiten zijn naar hun aard niet toepasbaar onder het al procedurele artikel 6 EVRM.

15 EHRM 13 december 2011, zaaknr. 15297/09, par. 61- 62 (*Kanagaratnam t. België*); EHRM 19 januari 2012, zaaknr. 39472/07; 39474/07, par. 102 (*Popov t. Frankrijk*).

16 Zie hierover uitgebreid deel I, in het bijzonder de hoofdstukken over 3 EVRM en 8 EVRM, en daarnaast: EHRM 23 maart 2016, EHRC 2016, 131, m.nt. M. den Heijer, JV 2016, 132, m.nt. T.P. Spijkerboer, par. 127 (Grote Kamer) (*F.G. t. Zweden*).

17 Zie ook hoofdstuk 11, i.h.b. paragraaf 11.5.2, 11.5.5 en 11.7.

18 EHRM 17 juli 2014, EHRC 2014, 212, m.nt. H. De Vylder (*Centre of Legal Resources on Behalf of Valentin Câmpeanu t. Roemenië*).

19 Hoofdstuk 10, paragraaf 10.4.2.2. Vgl. ook t.a.v. kwetsbaarheid van fysieke en geestelijke beperkte kinderen: EHRM 18 juni 2013, EHRC 2013, 210, m.nt. A.E.M. Leijten (*Necheva e.a. t. Bulgarije*) (overlijden van deze kwetsbare kinderen als gevolg van een tekort aan eten en medicijnen overlijden komt veel gewicht toe in de belangenafweging van het Hof).

Zo verplicht het recht op een eerlijk proces niet tot een zelfstandige vaststelling van de feiten waarbij extra bronnen worden geraadpleegd (met de kanttekening van het *full jurisdiction*-vereiste onder artikel 6 EVRM). Evenmin verlangt het van de nationale autoriteiten dat een grondig onderzoek wordt gedaan naar de geloofwaardigheid van een asielrelaas (en de daarbij behorende bewijsimplicaties). Een verplichting om *ex nunc* te toetsen vloeit ook niet voort uit artikel 6 EVRM. Het voorgaande maakt dat de indirecte verplichtingen onder de materiële artikelen 3 en 8 EVRM dus nieuw zijn, en daarmee van toegevoegde waarde kunnen zijn.

De toegevoegde waarde van de indirecte procedurele implicaties is echter beperkter ten opzichte van artikel 13 EVRM. In uitzettingszaken onder artikel 3 EVRM geldt dat zelfstandig of in combinatie met artikel 13 EVRM voor de nationale autoriteiten de plicht bestaat tot het doen van een grondig onderzoek naar de geloofwaardigheid van het asielrelaas. In dit opzicht brengen de indirecte implicaties geen extra eisen voor de nationale autoriteiten met zich, omdat deze eisen al directer uit artikel 13 EVRM (in combinatie met artikel 3 EVRM) volgen.²⁰ Anders is dit voor de indirecte verplichting om in sommige 8 EVRM-zaken *ex nunc* te toetsen, want dit vereiste is niet een-op-een terug te vinden onder artikel 13 EVRM zelfstandig of in combinatie met artikel 8 EVRM. Hiermee is dit indirecte vereiste dus nieuw ten opzichte van artikel 13 EVRM, en daarmee kan het van toegevoegde waarde zijn. Vooral vanuit het perspectief van klager bezien zal dit als een meerwaarde worden aangemerkt, omdat de individuele rechtsbescherming op Straatsburgs niveau toeneemt.

De indirecte procedurele implicaties vertonen dus nauwelijks overeenkomsten met de eisen van artikel 6 EVRM. Een belangrijke bevinding van deel I van deze studie was dat onder de materiële EVRM-rechten zelfstandige, niet tot artikel 6 en 13 EVRM terug te voeren, procedurele plichten zijn gecreëerd. Daarnaast werden in sommige gevallen juist typische 6 EVRM-eisen onderdeel van een materieel Verdragsrecht. Bovendien bleef de verplichting hierbij dan niet altijd beperkt tot de rechterlijke fase, maar leek deze ook te gelden voor het bestuur.²¹ Juist in het laatste zit een belangrijke toegevoegde waarde. De werkingssfeer van 6 EVRM-eisen wordt dan over de band van een materieel EVRM-artikel uitgebreid en de verplichtingen voor de nationale (uitvoerende) autoriteiten nemen toe. Anders dus dan de indirecte procedurele implicaties van deel II, vertoont een aantal van de procedurele waarborgen die explicieter zijn ingelezen door het Hof onder artikel 2, 3 en 8 EVRM en 1 EP EVRM juist wel op punten overeenkomsten met artikel 6 EVRM. Het is denkbaar dat dit kan worden verklaard doordat artikel 6 EVRM het EHRM niet bindt, en de nationale autoriteiten in principe de primaire beschermers van de mensenrechten zijn en blijven.

²⁰ Zie deel I.

²¹ Of zelfs in asielzaken/belastinggeschillen: zie hoofdstuk 5, 6 en 7.

12.5 CONCLUSIE

Om een volledig beeld te krijgen van de verplichtingen onder het EVRM is het nuttig gebleken om ook de toetsingspraktijk van het Hof zelf te bestuderen. Zeker wanneer het Hof fungeert als een ‘fourth instance’ brengt dit duidelijk indirecte procedurele implicaties met zich. In dat geval beperkt het Hof zich namelijk niet tot een beoordeling van de nationale procedure op EVRM-conformiteit, maar beoordeelt het de klacht zelfstandig.

Het meest proactief is de opstelling van het Hof gebleken in de zaken waarin de feiten worden betwist. Dit komt voor in de standaard artikel 2 en 3 EVRM-zaken, en met name in 3 EVRM-uitzettingszaken. Deze laatste categorie zaken levert dan ook de meeste indirecte procedurele implicaties op. Deze implicaties zien vooral op de omgang met de bewijsregels, het betrekken van meer objectieve en actuele bronnen in het oordeel en de *ex nunc*-toets die het Hof in uitzettingszaken hanteert. De toegevoegde waarde van deze implicaties zagen we het duidelijkst ten opzichte van de procedurele eisen van artikel 6 EVRM. Artikel 6 EVRM verplicht de nationale autoriteiten immers niet om het relaas van klager aan een geloofwaardigheidsonderzoek te onderwerpen (inclusief de genoemde bewijsregels/meer bronnen en de *ex nunc*-toets). Van beperktere toegevoegde waarde zijn deze implicaties echter ten opzichte van de procedurele eisen van artikel 13 EVRM. Dit artikel wordt gekleurd door het materiële recht dat in het geding is. De verplichting om het asielrelaas grondig te toetsen volgt al explicieter uit artikel 3 EVRM in combinatie met artikel 13 EVRM.²² Dit bevestigt overigens wel het belang van dit grondige onderzoek van het relaas. Niet alleen verlangt het Hof dit tenslotte van de nationale autoriteiten, maar ook zelf toetst het de 3 EVRM-claim in uitzettingszaken grondig(er).

Verder kan het Hof ook onder artikel 8 EVRM besluiten de feiten en omstandigheden *ex nunc* te toetsen. Dit speelt dan met name in met artikel 3 EVRM vergelijkbare gevallen, of in uithuisplaatsingszaken. Het feit dat in deze laatste categorie zaken de belangen van een minderjarig kind op het spel staan, is waarschijnlijk van invloed op de *ex nunc*-toets van het Hof. Bovendien is de toetsingswijze van het Hof te kwalificeren als een *ex tunc plus*-toets. Het Hof beoordeelt immers de gehele nationale gang van zaken. Inclusief dus de feiten en omstandigheden die zich voordoen tussen het besluit van de uitvoerende instantie en de rechter. Dit pleit in meer algemene zin, dus ook buiten artikel 8 EVRM, voor een *ex nunc*-toets van de besluiten door de nationale rechter.

Is het wenselijk dat het Hof zich onder deze artikelen (soms) actiever opstelt? Dat hangt ervan af. Aan de ene kant neemt de individuele rechtsbescherming ten aanzien van de inhoudelijke beoordeling van de klacht op Straatsburgs niveau toe. Het Hof doet immers meer dan dat er in de nationale

22 Zie deel I.

procedure is gedaan (denk aan onderzoek/*ex nunc*-toetsing). Aan de andere kant heeft het Hof niet de bevoegdheid om de Staat te sommeren een ander inhoudelijk besluit te nemen of rechterlijk oordeel te vellen. Met andere woorden: ook al wordt klager op inhoudelijke punten in het gelijk gesteld, feitelijk gezien verandert er niet heel veel. Tegelijkertijd kan dit ook weer worden genuanceerd, omdat met een inhoudelijke schending van een EVRM-bepaling wel een duidelijk signaal wordt afgegeven richting de nationale autoriteiten.

Onder artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM bleek het Hof terughoudend met het zelf vaststellen van de feiten en de omgang met het bewijs. Belangrijkste reden hiervoor is dat de feiten onder deze rechten doorgaans niet langer in geschil zijn in de procedure voor het Hof. Het geschil concentreert zich op de vraag of op nationaal niveau naar een *fair balance* is gezocht. Het EHRM legt in deze zaken de nadruk op de procedurele nationale gang van zaken en laat na, vanwege de ruime *margin of appreciation* onder deze artikelen, om een meer inhoudelijk oordeel te vellen. Gezegd zou kunnen worden dat deze procedurele benadering van het Hof aansluit bij zijn positie als 'grensrechter'. Is een zuiver procedurele toets van het EHRM wenselijk? Enerzijds hebben procedurele implicaties en verplichtingen doorgaans een breder bereik dan materiële implicaties en verplichtingen omdat de laatste meer zaaksafhankelijk zijn. Anderzijds is het onbevredigend voor klager wanneer de klacht louter op procedurele punten wordt beoordeeld en een inhoudelijk oordeel uitblijft.

Kortom: een eenduidig antwoord op de vraag of het wenselijk is dat het Hof zich in sommige gevallen actiever opstelt en in sommige gevallen juist terughoudender, is niet te geven. In meer algemene zin hangt dit af vanuit welk perspectief (dat van het Hof, de Staat of klager) de vraag wordt beantwoord. Op zaaksniveau is het antwoord afhankelijk van de omstandigheden van de specifieke zaak. Daarbij kan een aantal factoren wel als handvatten dienen. Hoe onomkeerbaarder tenslotte de gevolgen, en hoe fundamenteler het recht, des te meer reden om zowel op nationaal niveau als op Straatsburgs niveau optimale bescherming te bieden aan de klager.

DEEL III

Afronding

13 | Samenvattende slotbeschouwing

13.1 INLEIDING

In de voorgaande hoofdstukken is een antwoord gegeven op de in de inleiding van deze studie gestelde onderzoeksvragen:¹

1. *Welke procedurele waarborgen heeft het EHRM ingelezen in de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM?*
2. *Welke indirecte procedurele implicaties volgen uit de toetsingswijze van het Hof zelf onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM?*
3. *Wat is de mogelijke toegevoegde waarde van deze procedurele waarborgen en implicaties ten opzichte van de procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM?*

In dit laatste hoofdstuk worden deze vragen nog eens samenvattend beantwoord. Ook wordt in dit hoofdstuk de tendens, waarbij procedurele waarborgen worden ingelezen in materiële EVRM-rechten, samenvattend geanalyseerd.² Verder worden de voor- en nadelen van de procedurele tendens en de (procedurele) beoordeling door het EHRM gezien vanuit het perspectief van het Hof, de Staat en de klager en de eerder in deel I en deel II van deze studie genoemde standpunten uit de doctrine.

Dit hoofdstuk volgt de opbouw van de voorgaande delen. Om die reden wordt begonnen met de beantwoording van de eerste onderzoeksvraag per materieel EVRM-artikel. Daarna volgt de beantwoording van de derde onderzoeksvraag naar de mogelijke toegevoegde waarde van de procedurele waarborgen ten opzichte van de procedurele eisen van de artikelen 6 en 13 EVRM (paragraaf 13.2). Vervolgens worden de procedurele waarborgen als onderdeel van materiële EVRM-bepalingen op hoofdlijnen geanalyseerd (paragraaf 13.3). Daarna wordt de tweede onderzoeksvraag beantwoord, en ga ik in op de derde onderzoeksvraag naar de eventuele toegevoegde waarde van de indirecte procedurele implicaties ten opzichte van de procedurele eisen van de artikelen 6 en 13 EVRM (paragraaf 13.4). Vervolgens sta ik stil bij de voor- en nadelen van de procedurele tendens en de (procedurele) toetsingswijze van het EHRM

1 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 1.2.

2 Zie ook het slothoofdstuk van deel I (hoofdstuk 8).

zelf en de daaruit voortvloeiende indirecte procedurele implicaties (paragraaf 13.5). Tot slot volgt het besluit (paragraaf 13.6).

13.2 DE PROCEDURELE WAARBORGEN VAN MATERIËLE EVRM-ARTIKELEN EN DE MOGELIJKE TOEGEVOEGDE WAARDE TEN OPZICHTE VAN DE ARTIKELEN 6 EN 13 EVRM

13.2.1 De procedurele waarborgen van de artikelen 2 en 3 EVRM

De procedurele kernverplichting in de standaard 2 en 3 EVRM-zaken ziet op het houden van een effectief officieel onderzoek naar de potentieel met het recht op leven of het folterverbod strijdige gebeurtenis. De plicht geldt *achteraf*, en niet preventief, zoals doorgaans het geval is bij de materiële positieve verplichtingen onder deze rechten,³ en overigens ook het geval kan zijn bij de procedurele positieve verplichtingen.

Om het onderzoek onder deze artikelen als effectief te kunnen kwalificeren dient het onderzoek onafhankelijk te worden uitgevoerd en moet de toedracht van het (dodelijke) incident duidelijk worden. Dit betekent dat de verantwoordelijken moeten worden geïdentificeerd en in de nationale procedure eventueel strafrechtelijk (of op andere wijze) verantwoordelijk moeten kunnen worden gehouden. Hiertoe moet onder omstandigheden een autopsie worden verricht, en bewijs (verder) worden onderzocht. Daarnaast dient het onderzoek voldoende snel van start te gaan en mag het niet onredelijk lang duren. Tot slot dienen de nabestaanden, familieleden of anderszins betrokkenen (in het geval van de artikelen 2 en 3 EVRM) of klager zelf (in het geval van artikel 3 EVRM) in voldoende mate bij het onderzoek te worden betrokken. Voor al deze eisen geldt dat de invulling afhankelijk is van de omstandigheden van het specifieke geval. Dit maakt het lastig om meer algemene conclusies te verbinden aan de toepassing van de procedurele eisen als onderdeel van de onderzoeksplicht onder het recht op leven en het folterverbod. De feiten blijven de doorslag geven. Evenmin is het daarom mogelijk om een simpele lijst met onderzoekshandelingen op te stellen die de nationale autoriteiten moeten verrichten bij het doen van onderzoek, om ervoor te zorgen dat het onderzoek kwalificeert als effectief in de zin van artikel 2 of 3 EVRM.⁴

De uitvoerende autoriteiten zijn in principe als eerste aan zet als het gaat om het doen van een onderzoek in het geval van een vermeende artikel 2 en/of 3 EVRM-schending. Deze autoriteiten beschikken doorgaans over de meeste expertise, en met het oog op het veiligstellen van bewijsmateriaal is het weinig zinvol om te wachten totdat de zaak voor de rechter komt. Dit neemt niet weg dat op de rechterlijke autoriteiten ook de procedurele onderzoeksplicht rust.

3 Zie de hoofdstukken 4 en 5.

4 Zie paragraaf 4.3 en 5.3.

Het EHRM bekijkt de *gehele* gang van zaken in de nationale procedure. Bovendien kunnen sommige tekortkomingen in de voorfase van het onderzoek worden gecompenseerd in de rechterlijke fase (zoals de duur van het onderzoek, of het betrekken van de nabestaanden of klager in de voortgang van het (rechterlijke) onderzoek). Ook is het aan de rechter om erop toe te zien dat de uitvoerende autoriteiten zich conform de EVRM-eisen van hun onderzoeksverplichtingen hebben gekweten.⁵

13.2.2 De procedurele waarborgen van artikel 3 EVRM (en in combinatie met artikel 13 EVRM) in asielzaken

Het Straatsburge Hof heeft onder artikel 3 EVRM (het folterverbod) zelfstandig en gelezen in combinatie met artikel 13 EVRM de plicht geformuleerd tot het doen van een grondig onderzoek naar het betoog van de asielzoeker dat hij bij uitzetting naar zijn land van herkomst (of een ander land) een reëel risico loopt op een met artikel 3 EVRM-strijdige gebeurtenis. Deze verplichting rust onder beide artikelen zowel op de uitvoerende als de rechterlijke autoriteiten van de Staat die het uitzettingsbesluit nemen. Onder beide artikelen bestaat de verplichting om een grondig onderzoek in te stellen naar de geloofwaardigheid van het asielrelaas. Deze ontlopen elkaar echter niet zoveel en dit maakt het onderscheid soms wat kunstmatig. Daarnaast veronderstelt een voldoende onderbouwde claim (een artikel 3 EVRM-eis) dat de claim verdedigbaar is (voorwaarde onder artikel 13 EVRM).⁶

Het grondige onderzoek dient volgens de maatstaven van het EHRM te bestaan uit (niet uitputtend) het raadplegen van voldoende objectieve en actuele bronnen en (medische) experts, het horen van de asielzoeker en het verzamelen van (tegen)bewijs. Net als bij de 'gewone' onderzoeksplicht het geval is, is ook de invulling van wat als een grondig onderzoek kwalificeert sterk ingegeven door het feitencomplex. Toch zijn er drie factoren die in dit type zaken wat houvast kunnen bieden voor de betrokken partijen en tegelijkertijd als een waarschuwingssignaal kunnen fungeren voor de nationale actoren. In de eerste plaats is dat de dreigende onomkeerbare schade die kan ontstaan bij een uitzetting van de asielzoeker. Wanneer dit aan de orde is, is het aan de autoriteiten om extra zorgvuldig te werk te gaan en dus het betoog van de asielzoeker nog grondiger te onderzoeken. In de tweede plaats activeert een aantasting van een fundamenteel en absoluut recht de plicht om het relaas van de asielzoeker op geloofwaardigheid te toetsen. Een aantasting van een dergelijk recht is bovendien automatisch ernstig, en ook de ernst van de (onomkeerbare) schade is voor het Hof vaak reden om de procedurele touwtjes aan te trekken. Tot slot en in de derde plaats kan de inmenging in een recht

⁵ Paragraaf 4.5 en 5.6

⁶ Paragraaf 5.3.2 en 5.4.

van een persoon (een asielzoeker) behorend tot een kwetsbare groep (waaronder asielzoekers, kinderen, ouderen en Roma) de autoriteiten aansporen bijzondere materiële en procedurele bescherming te bieden aan deze persoon.⁷ Deze drie factoren doen zich bij een uitzetting van een asielzoeker vrijwel steeds voor.

Onder de combinatie van artikel 3 EVRM en artikel 13 EVRM, en onder artikel 13 EVRM zelfstandig gelezen gelden diverse procedurele verplichtingen waarmee de autoriteiten in hun nationale proces rekening dienen te houden. Zo volgt uit de combinatie van de artikelen 3 en 13 EVRM de eis dat de asielprocedure toegankelijk dient te zijn. In deze procedure moet aan de asielzoeker tijdig informatie worden verstrekt en moet hij worden gehoord voordat op de asielaanvraag wordt besloten. Het horen is een typische 6 EVRM-eis. Met de toepassing van dit vereiste via de genoemde artikelen omzeilt het Hof het toepassingsverbod van artikel 6 EVRM op het terrein van het vreemdelingenrecht. Bovendien geldt deze eis ook al voorafgaand aan de rechterlijke fase, en zelfs voordat een besluit is genomen. Dit laatste is een verruiming van artikel 13 EVRM, omdat dit artikel ziet op een effectief rechtsmiddel tegen een besluit, waarbij het besluit dan (doorgaans) al genomen is. Tot slot kan het Hof ook nadat er geen klacht meer bestaat onder artikel 3 EVRM besluiten om alsnog onder artikel 13 EVRM (en dus niet onder artikel 3 EVRM) in te gaan op het vereiste van een automatisch schorsend rechtsmiddel. Hierin kan een bevestiging worden gevonden van het belang dat het Hof hecht aan de aanwezigheid van procedurele waarborgen in de nationale procedure.⁸

13.2.3 De procedurele waarborgen van artikel 8 EVRM

Het EHRM heeft onder artikel 8 EVRM (het recht op privé- en familielevens) diverse procedurele waarborgen ingelezen die gelden op diverse rechtsterreinen.⁹ Zo gelden in milieuzaken, uithuisplaatsingszaken, vreemdelingenzaken en verplaatsingszaken (van Roma) procedurele verplichtingen. Daarnaast passeerden in deze studie de procedurele eisen die het EHRM heeft ontwikkeld in privacy-kwesties (toegang tot persoonlijke/vertrouwelijke informatie) en (zij het beknopter) in de gevallen van de inzet van strafrechtelijke bevoegdheden de revue. De 'proceduralisering' van artikel 8 EVRM is duidelijk zichtbaar in dit type zaken. Een greep uit de procedurele waarborgen onder dit recht levert de volgende opsomming op (niet uitputtend).¹⁰ De besluitvormingsprocedure dient zorgvuldig te zijn, waarbij de betrokkenen tijdig moeten worden geïnformeerd en zo nodig gehoord. Ook is voorafgaand onderzoek onder

7 Paragraaf 5.3.2.1.

8 Paragraaf 5.3.2.2.

9 Zie hoofdstuk 6.

10 Zie voor een uiteenzetting van de procedurele waarborgen hoofdstuk 6, paragraaf 6.3.

omstandigheden een procedureel vereiste onder artikel 8 EVRM, en dient de tenuitvoerlegging van de uitspraak daadwerkelijk plaats te vinden. Hoewel veel van de eisen in de praktijk zien op de besluitvorming, is de rechter onder artikel 8 EVRM ook nog altijd belast met de naleving van de procedurele waarborgen onder dit artikel.

Op hoofdlijnen heeft de procedurele tendens onder artikel 8 EVRM een aantal bevindingen opgeleverd.¹¹ In de eerste plaats leent de ruime *margin of appreciation* die de Staten onder het recht op privé- en familielevens toekomt zich bij uitstek voor het inlezen van procedurele waarborgen. De inhoudelijke beoordelingsruimte van de nationale actoren is ruim; de procedurele ruimte is beperkt(er). Bovendien heeft het Hof deze inhoudelijke beoordelingsruimte in sommige gevallen afhankelijk gemaakt van de aanwezigheid van de procedurele waarborgen in de nationale procedure en het gewicht dat aan de belangen van de betrokkenen is toegekend. Hoe meer procedurele garanties, des te ruimer is de *margin of appreciation*. Dit onderstreept het belang en de betekenis van de aanwezigheid en naleving van procedurele waarborgen onder een materieel EVRM-recht in de nationale procedure.

In de tweede plaats blijft de precieze toepassing van de procedurele waarborgen onder artikel 8 EVRM erg zaaksgebonden. Net zoals dat het geval is onder de artikelen 2 en 3 EVRM en artikel 1 EP EVRM. Een belangrijk verschil met de 'gewone' onderzoeksplicht onder artikel 2 en 3 EVRM is echter dat de procedurele eisen onder artikel 8 EVRM al *voorafgaand* aan de inmenging aan de orde kunnen zijn. De procedurele plicht om in milieuzaken de eventuele (onomkeerbare) gevolgen voor het milieu, de gezondheid en/of de leefomgeving van het verlenen van een fabrieksvergunning te onderzoeken geldt voorafgaand aan de daadwerkelijke vergunningverlening. Wanneer dit onderzoek tenslotte pas *na* de vergunningverlening plaatsvindt, schiet dit zijn doel om de leefomgeving van de betrokkenen te beschermen immers voorbij. De procedurele onderzoekplicht onder artikel 2 en 3 EVRM geldt daarentegen achteraf, en ziet niet op preventie maar op het achteraf boven tafel krijgen van de feiten. Hoewel de 8 EVRM-jurisprudentie heel casuïstisch is, is uit deze jurisprudentie toch een viertal factoren af te leiden die dienst kunnen doen als handvat en als alarmbel fungeren voor de nationale autoriteiten.

De eerste factor is de fundamentele aard van het recht. Hoe fundamenteeler het belang van klager, hoe meer waarde het Hof hecht aan een zorgvuldige nationale procedure. Een vitaal belang, of rechten die als 'intimate or key rights' onder artikel 8 EVRM worden aangemerkt, kwalificeert het Hof als fundamenteel, en dit gaat gepaard met extra procedurele bescherming.

De tweede factor ziet op de ernst van de inmenging en de daarmee gepaard gaande (schadelijke) gevolgen. Hoe ernstiger de inmenging, hoe ernstiger doorgaans de consequenties. Ook de eventuele onomkeerbare schade speelt

11 Zie ook de concluderende paragraaf 6.6.

hierbij een rol. Wanneer de schade onomkeerbaar is, impliceert dit dat de inmenging ernstig is. De ernst van de inmenging en de onomkeerbare schade hebben een aanscherping van de procedurele eisen tot gevolg. In deze gevallen is (procedureel) zorgvuldig optreden door de nationale autoriteiten geboden. Bovendien vervaagt het onderscheid tussen de procedurele eisen die onder de fundamentele absolute rechten en onder de relatieve rechten gelden wanneer we de ernst van de aantasting en het fundamentele belang als uitgangspunt nemen. In het geval dat de aantasting ernstig is onder het relatieve artikel 8 EVRM-recht, en het bovendien gaat om een vitaal (en dus fundamenteel) belang, doet de striktheid van de procedurele artikel 8 EVRM-eisen niet onder voor de procedurele eisen die gelden in het geval dat een fundamenteel absoluut recht wordt aangetast. Een inmenging in een absoluut en fundamenteel recht is overigens per definitie ernstig en vergaand (en ook sneller onomkeerbaar). Binnen een relatief recht kan het Hof dus differentiëren welke procedurele bescherming geboden moet worden aan de afzonderlijke (fundamentele) deelbelangen. Hierdoor is het onderscheid tussen de striktheid van de procedurele eisen onder een absoluut recht en een relatief recht op punten kleiner dan op het eerste gezicht lijkt.

De derde en vierde factor zien op de bijzondere bescherming van kwetsbare groepen en het beste belang van het kind. Een inhoudelijk criterium als het behoren tot een kwetsbare groep, of het belang van een minderjarig kind kan de procedure kleuren. Deze categorie personen moet worden gehoord en binnen de belangenafweging moet voldoende gewicht worden toegekend aan wat in het beste belang van het kind is. Tot zover de factoren.

Voor wat betreft de relatie tussen de procedurele component van het recht op privé- en familielevens en de procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM, en de eventuele toegevoegde waarde geldt dat een aantal van de typische 6 EVRM-eisen onderdeel kunnen zijn van artikel 8 EVRM. Zo kan het snelheidsvereiste en de tenuitvoerlegging van een uitspraak in sommige gevallen onderdeel uitmaken van artikel 8 EVRM. Daarnaast brengen de procedurele waarborgen onder het laatste artikel verplichtingen voor de nationale autoriteiten met zich die niet onder artikel 6 EVRM voor deze autoriteiten gelden. Op grond van artikel 6 EVRM hoeft de besluitvorming rond een uithuisplaatsing niet extra zorgvuldig te zijn in verband met de lastige omkeerbaarheid van de uiteindelijke beslissing. De procedurele component van artikel 8 EVRM vereist dit wel. Dit procedurele 8 EVRM-vereiste is daarmee nieuw, en dus van toegevoegde waarde ten opzichte van artikel 6 EVRM. Nog verstrekkender, en daarmee van toegevoegde waarde, zijn de gevallen waarin het EHRM via artikel 8 EVRM het toepassingsverbod van artikel 6 EVRM omzeilt en een (of meer) 6 EVRM-eisen toepast op het vreemdelingenrecht. Niet alleen onder artikel 8 EVRM, maar ook onder artikel 13 EVRM heeft het Hof dit meerdere malen gedaan. In die gevallen mag de vreemdelingenrechtelijke procedure niet onredelijk lang duren, moet de procedure toegankelijk zijn (impliciete verwijzing naar toegang tot

de rechter onder artikel 6 EVRM) en moet betrokkene worden gehoord. De 'proceduralisering' van artikel 8 EVRM is dus van toegevoegde waarde omdat het andersoortige verplichtingen dan artikel 6 EVRM en artikel 13 EVRM met zich brengt. Bovendien wordt door deze procedurele tendens niet alleen de werkingssfeer uitgebreid (ook in de voorfase) maar ook het rechtsterrein, i.e. het vreemdelingenrecht.

Voor de vraag tot slot tot welke autoriteit de procedurele waarborgen onder artikel 8 EVRM zich richten is de aard van de zaak, het type verplichting en de eventuele onomkeerbare schade van belang. In het geval van onomkeerbare schade is snel, en dus vroegtijdig optreden geboden. Dit heeft tot gevolg dat het dan vaak het beslissende orgaan is dat als eerste aan zet is. De onomkeerbaarheid van de schade houdt ook verband met de aard van de zaak. Ook daar geldt dat de omstandigheden voorafgaand optreden kunnen verlangen, zoals in het eerder genoemde geval van de vergunningverlening aan een fabriek. Het past tenslotte niet bij de gedachte van effectieve rechtsbescherming wanneer pas in de rechterlijke fase wordt gekeken of de vergunningverlening schadelijk is voor de leefomgeving van de betrokkene. Daarom is ook hier vertaald naar de nationale procedure de uitvoerende instantie primair belast met de uitvoering van de verplichting. Tot slot speelt het type verplichting een rol. Het horen van Roma over het verplaatsingsvoornemen van de uitvoerende autoriteiten gebeurt door diezelfde autoriteiten en dit dient al tijdens de besluitvorming plaats te vinden.¹²

13.2.4 De procedurele waarborgen van artikel 1 EP EVRM

Het recht op eigendom leent zich, net als het recht op privé- en familielevens, vanwege de ruime *margin of appreciation* uitstekend voor het procedureel normeren van het optreden van de nationale autoriteiten. De belangrijkste en meest voorkomende procedurele verplichting die het Hof onder het eigendomsrecht heeft gecreëerd ziet op de aanwezigheid in het nationale recht van een effectief rechtsmiddel om de eigendomsaantasting aan te vechten. Dit vereiste vertoont veel overeenkomsten met artikel 13 EVRM. Daarnaast gelden onder het eigendomsrecht ook procedurele waarborgen die zien op het horen van de betrokkene (door de uitvoerende autoriteit) en de tijdige aankondiging van de eigendomsaantastende maatregel.¹³

De casuïstische eigendomsrechtelijke jurisprudentie is deels te duiden met behulp van een aantal ook al onder artikel 8 EVRM en artikel 3 EVRM genoemde factoren. Ook onder artikel 1 EP EVRM geldt: hoe fundamenteeler de inmenging, hoe meer de noodzaak bestaat voor de nationale autoriteiten om de procedu-

¹² Paragraaf 6.5.

¹³ Zie hoofdstuk 7.

rele eisen in acht te nemen. Minder uitgekristalliseerd is de jurisprudentie onder het eigendomsrecht over de rol van de mogelijke onomkeerbare schade en het behoren tot een kwetsbare groep personen die bijzondere (materiële en/of procedurele) bescherming dient te krijgen. Zo dreigt niet in elk eigendomsgechil mogelijke schade die onomkeerbaar is, en dit is wel het geval in uitzettingszaken onder artikel 3 EVRM.¹⁴

Een aantal van de 6 EVRM-eisen krijgt onder artikel 1 EP EVRM betekenis in de bestuurlijke voorfase, dus voorafgaand aan de procedure voor de rechter. Zo kan het horen van betrokkenen al een rol spelen in de uitvoerende besluitvormingsfase.¹⁵ In sommige gevallen kan artikel 6 EVRM zelfs via het eigendomsrecht van betekenis worden voor het belastingrecht.¹⁶ Het recht op een effectief rechtsmiddel als onderdeel van artikel 1 EP EVRM tot slot is niet als zodanig onder artikel 6 EVRM aanwezig, maar vertoont wel veel overeenkomsten met artikel 13 EVRM.

13.2.5 De mogelijke toegevoegde waarde van deze procedurele waarborgen ten opzichte van de artikelen 6 en 13 EVRM

Artikel 6 EVRM

In de eerste plaats vertoont een deel van de procedurele waarborgen onder de materiële EVRM-rechten overlap met de procedurele 6 EVRM-waarborgen. Zo kan het vereiste van de tenuitvoerlegging van de rechterlijke uitspraak ook onder artikel 8 EVRM een rol spelen, hoewel dit van origine een typische 6 EVRM-eis is. Waarschijnlijk is dit ingegeven vanuit een meer pragmatisch oogpunt, maar onder omstandigheden kan een 6 EVRM-eis dus wel onderdeel uitmaken van een materieel Verdragsrecht.

In de tweede plaats kunnen sommige 6 EVRM-waarborgen van betekenis worden in de voorfase, waarbij de uitvoerende autoriteiten nog aan zet zijn. De fase dus, voordat de zaak voor de rechter komt. Illustratief in dit verband is de verplichting die op de beslissende autoriteiten rust (en overigens ook op de rechterlijke autoriteiten) om de ouders te horen in een uithuisplaatsingsprocedure onder artikel 8 EVRM. In het geval van een vergunningverlening aan een kroeg of een fabriek die schadelijk afval verwerkt, is het ook aan de uitvoerende autoriteiten om de betrokkenen te horen en tijdig te informeren. Het vereiste van hoor en wederhoor is een 6 EVRM-waARBorg die in beginsel alleen in de rechterlijke fase geldt. Nu wordt dit vereiste via artikel 8 EVRM al van toepassing in de bestuurlijke voorfase en op dit punt is er dus duidelijk sprake van meerwaarde. Het redelijke termijn-vereiste werkt onder artikel 6 EVRM al (het meest duidelijk) door in de voorfase. Dit maakt de toegevoegde

¹⁴ Zie over de procedurele waarborgen onder artikel 1 EP EVRM: paragraaf 7.3.

¹⁵ Paragraaf 7.3 en 7.5.

¹⁶ Opnieuw paragraaf 7.3 en 7.5.

waarde ten aanzien van dit vereiste beperkter wanneer dit vereiste via een materieel EVRM-recht van toepassing wordt in de voorfase.

In de derde plaats is een aantal van de procedurele waarborgen onder de materiële EVRM-artikelen nieuw, en niet een-op-een terug te vinden onder het recht op een eerlijk proces of een effectief rechtsmiddel. De 'gewone' onderzoeksplicht van artikel 2 en 3 EVRM is geen verplichting die op grond van artikel 6 EVRM op de nationale autoriteiten rust. Evenmin brengt dit laatste artikel de verplichting voor de autoriteiten met zich om een grondig onderzoek te doen naar de geloofwaardigheid van het relaas van de asielzoeker dat hij bij uitzetting een reëel risico loopt op een met artikel 3 EVRM strijdige gebeurtenis. Deze onderzoeksverplichting rust wel op de nationale uitvoerende en rechterlijke autoriteiten ingevolge artikel 3 (en artikel 13) EVRM. De voorafgaande onderzoeksplicht onder artikel 8 EVRM in zaken waarin mogelijk gevaar voor de gezondheid of leefomgeving kan ontstaan, is evenmin aanwezig onder artikel 6 EVRM. Deze onderzoeksverplichtingen zijn dus nieuw ten opzichte van de eisen die artikel 6 EVRM met zich brengt. Het zijn niet alleen andersoortige eisen. De invulling van deze plichten is bovendien sterk ingegeven door de feiten. In de rechterlijke procedure spelen de feiten over het algemeen een minder grote rol. Verder hebben de procedurele verplichtingen als onderdeel van de materiële EVRM-rechten onder meer de effectueren van deze inhoudelijke rechten tot doel. Ook dit verklaart waarom een aantal van de aanvullende procedurele waarborgen onder deze EVRM-artikelen niet een-op-een terug is te vinden onder artikel 6 (en/of artikel 13) EVRM. Deze procedurele waarborgen van de materiële EVRM-rechten zijn 'eigen' aan deze rechten en worden bovendien sterk gekleurd door het recht waarin een inmenging plaatsvindt.

In de vierde plaats gebeurt het ook dat via een materieel artikel typische 6 EVRM-eisen worden toegepast op een terrein waar de toepassing van artikel 6 EVRM is uitgesloten. Het meest duidelijk is dit aanwezig op het terrein van het vreemdelingenrecht. Zowel onder artikel 3 EVRM zelfstandig, als in combinatie met artikel 13 EVRM (en ook onder artikel 13 EVRM zelfstandig) en onder artikel 8 EVRM is dit aan de orde. Op basis van deze artikelen worden eisen als het bieden van rechtsbijstand, een toegankelijke en niet onredelijk lange duur van de procedure, het horen van betrokkenen en het motiveren van beslissingen van toepassing in vreemdelingenrechtelijke zaken. Niet alleen vindt dan een uitbreiding van de fase plaats, maar de werkingssfeer van het recht op een eerlijk proces en de daarbij behorende eisen worden ook verruimd. De uitvoerende instanties moeten de asielzoeker tenslotte ook onder meer horen en het besluit motiveren. Op dit punt zijn de procedurele waarborgen onder de artikelen 3, 8 en 13 EVRM dus van toegevoegde waarde ten opzichte van de procedurele eisen van artikel 6 EVRM.

Ook kan het toepassingsverbod van artikel 6 EVRM op belastinggeschillen via het eigendomsrecht worden omzeild. In deze (schaarse) gevallen heeft het

EHRM het redelijke termijn-vereiste en de tenuitvoerleggingseis via artikel 1 EP EVRM toegepast in een belastinggeschil.¹⁷

Artikel 13 EVRM

Over de toegevoegde waarde van de procedurele waarborgen als onderdeel van de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM ten opzichte van artikel 13 EVRM kan het volgende worden opgemerkt.¹⁸ Om te beginnen is het recht op een effectief rechtsmiddel een accessoir recht, en dus wordt het vaak ingeroepen in combinatie met een ander materieel recht. Bovendien kleurt het inhoudelijke recht de invulling van een recht op een effectief rechtsmiddel, en kan het onder invloed van dit recht een andere betekenis krijgen. Zo brengt artikel 13 EVRM onder invloed van artikel 3 EVRM in asielzaken de verplichting met zich dat het rechtsmiddel het besluit *automatisch* schorst. Een rechtsmiddel waarbij deze automatisch schorsende werking ontbreekt, volstaat dus niet langer in het geval een uitzettingsbesluit wordt aangevochten. Daarnaast geldt onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 2 en 3 EVRM de procedurele onderzoeksplicht. Verder is artikel 13 EVRM meeromvattend dan de procedurele onderzoeksplicht. Een tekortkoming van de procedurele plicht onder artikel 2 EVRM resulteert daarom in veel gevallen automatisch¹⁹ in een schending van artikel 13 EVRM. Tegelijk is een gedegen onderzoek naar de feiten onder artikel 2 EVRM van belang voor een schadeclaim onder artikel 13 EVRM.

Resumerend

De procedurele eisen als onderdeel van een materieel EVRM-recht hebben de grootste toegevoegde waarde wanneer deze eisen nieuw zijn ten opzichte van de procedurele eisen van artikel 6 EVRM. Daarnaast is meerwaarde gelegen in de procedurele eisen die van betekenis zijn voor de voorfase. Dit betekent tenslotte een verruiming van de fase waarop artikel 6 EVRM oorspronkelijk van toepassing is. Bovendien werd de toegevoegde waarde duidelijk zichtbaar in de gevallen waarin niet alleen de fase werd verruimd waarop 6 EVRM-eisen van toepassing zijn, maar ook de werkingssfeer. Via het folterverbod en het recht op privé- en familielevens en ook (in combinatie met) artikel 13 EVRM werd artikel 6 EVRM van toepassing in vreemdelingenrechtelijke zaken, en via het eigendomsrecht in sommige gevallen in belastinggeschillen.

Een duidelijk antwoord op de vraag naar de eventuele toegevoegde waarde van de procedurele waarborgen ten opzichte van artikel 13 EVRM bleek lastig te geven. Bovendien is het antwoord zeer genuanceerd. Wanneer artikel 13 EVRM onder invloed van een materieel recht een andere betekenis krijgt, zijn deze procedurele waarborgen van toegevoegde waarde ten opzichte van het

¹⁷ Zie paragraaf 7.4.

¹⁸ Zie paragraaf 4.4 (2 EVRM), paragraaf 5.5 (3 EVRM), paragraaf 6.4 (8 EVRM) en tot slot paragraaf 7.4 (1 EP EVRM).

¹⁹ De meningen in de literatuur zijn hierover verdeeld, zie eerder hoofdstuk 4 en 5.

recht op een effectief rechtsmiddel. Het is niet zozeer het materiële EVRM-artikel zelf dat additionele procedurele waarborgen met zich brengt, maar het is wel van invloed op de procedurele eisen onder artikel 13 EVRM. Iets gemakkelijker is de vraag te beantwoorden in hoeverre artikel 13 EVRM potentieel een meerwaarde heeft ten opzichte van artikel 6 EVRM. In de gevallen namelijk waarin via artikel 13 EVRM zelfstandig een 6 EVRM-vereiste wordt toegepast in een vreemdelingenrechtelijke casus kunnen deze nieuwe procedurele waarborgen van artikel 13 EVRM van toegevoegde waarde zijn ten opzichte van de procedurele eisen van artikel 6 EVRM. Het aantal procedurele verplichtingen neemt dit keer niet over de band van een inhoudelijk Verdragsrecht toe, maar via het procedurele recht op een effectief rechtsmiddel (artikel 13 EVRM) gelden nu extra verplichtingen op een terrein waar deze van oorsprong niet van toepassing zijn.

13.3 EEN SAMENVATTENDE ANALYSE VAN DE PROCEDURELE WAARBORGEN ALS ONDERDEEL VAN EEN MATERIEEL EVRM-ARTIKEL

In deel I van deze studie is geprobeerd om de tendens, waarbij materiële EVRM-rechten ook procedureel van betekenis worden, van meer duiding te voorzien aan de hand van drie vragen.²⁰

In de eerste plaats ging het om de vraag waarom het Straatsburgse Hof de procedurele waarborgen ontleent aan een materieel EVRM-recht en niet aan de artikelen 6 en 13 EVRM. Het antwoord luidt dat het specifieke karakter van het materiële EVRM-recht in sommige gevallen een andersoortige procedurele bescherming verlangt. De procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM voorzien niet te allen tijde in deze bescherming. Onder artikel 6 EVRM vinden we immers veel van de in het kader van de materiële EVRM-bepalingen geformuleerde procedurele eisen niet terug. Om dit gat in de procedurele bescherming onder het Verdrag op te lossen en de materiële rechten te effectueren heeft het Hof procedurele waarborgen ingelezen in naar hun aard materiële EVRM-rechten.

Deze procedurele waarborgen als onderdeel van bijvoorbeeld het recht op leven of het folterverbod zien expliciet op de verwezenlijking van deze rechten. Dit maakt dat de procedurele onderzoeksplicht onder deze artikelen specifiek ziet op de effectuering van deze rechten, en dit bepaalt tegelijkertijd sterk de invulling van deze plicht. Met andere woorden: de eisen van deze plicht zijn in mindere mate van algemene toepassing op allerlei gevallen. Anders is dit in het geval van een recht op een eerlijk proces, en overige procedurele eisen van artikel 6 EVRM. Hoewel ook van dit recht zou kunnen worden gezegd dat het de verwezenlijking van de inhoudelijke Verdragsrechten tot doel heeft, staan deze eisen toch in een wijder verband tot de inhoud.

20 Zie hoofdstuk 8.

Dit maakt de toepassing van deze eisen breder en algemener. Voor de procedurele waarborgen als onderdeel van een materieel EVRM-recht geldt verder dat de toepassing sterk wordt ingegeven door de feiten. In de rechterlijke fase doen zich doorgaans geen nieuwe feiten meer voor. De fase kan daarom ook een bepaald type verplichting verlangen.

De procedurele waarborgen onder de materiële EVRM-artikelen hebben meer raakvlakken met het accessoire artikel 13 EVRM. De inhoud van deze artikelen kleurt de invulling van het recht op een effectief rechtsmiddel naar nationaal recht. Ondanks het feit dat het recht op een effectief rechtsmiddel ook onderdeel kan uitmaken van een materieel EVRM-recht, heeft dit niet tot gevolg dat artikel 13 EVRM overbodig wordt. Het Hof toetst nog regelmatig aan dit artikel. Bovendien zijn veel van de procedurele waarborgen onder de materiële EVRM-rechten ingegeven door artikel 13 EVRM. Zo wordt de invloed van artikel 13 EVRM op de procedurele waarborgen onder artikel 8 EVRM goed zichtbaar bij de eis van een toegankelijke procedure om persoonlijke of vertrouwelijke informatie te verkrijgen.²¹ Tot slot verlangt artikel 13 EVRM over het algemeen geen procedurele zorgvuldigheidseisen.²² Voor de effectuering van een materieel Verdragsrecht biedt dit artikel dus niet altijd voldoende procedurele bescherming.²³

In de tweede plaats ging het om de vraag of het absolute of relatieve karakter van de rechten van invloed is op de procedurele verplichtingen als onderdeel van de materiële EVRM-bepalingen. Hierbij ging het enerzijds om het absolute recht op leven (artikel 2 EVRM) en het folterverbod (artikel 3 EVRM) en anderzijds om het relatieve recht op privé- en familielevens (artikel 8 EVRM) en het eigendomsrecht (artikel 1 EP EVRM). Daarnaast is gekeken naar de invloed van het materiële recht op de procedurele verplichtingen. Allereerst is ondanks het verschil tussen absolute en relatieve rechten de procedurele ruimte voor de nationale autoriteiten onder beide categorieën rechten nagenoeg gelijk. De ruime *margin of appreciation* die de Staat onder het relatieve recht op privé- en familie leven en het recht op eigendom toekomt, ziet op de inhoud en niet op de procedurele beoordelingsruimte van de autoriteiten. Dit heeft tot gevolg dat onder zowel absolute als relatieve rechten het EHRM eisen kan stellen aan deze procedurele bewegingsruimte van de nationale actoren. De verschillen ten aanzien van de procedurele eisen onder absolute en niet-absolute rechten wordt nog kleiner wanneer we de ernst van de inmenging als vertrekpunt nemen. Het materiële recht is namelijk niet het meest van invloed op de procedurele verplichtingen. De ernst van de inmenging en de daarmee gepaard gaande (ernstige of onomkeerbare) schade zijn meer van invloed op

21 Zie hoofdstuk 6, paragraaf 6.3.4.

22 Uitzonderingen daargelaten in asielzaken ten aanzien van de eisen die onder dit artikel gelden met betrekking tot de toegankelijkheid van de asielprocedure. Zie hoofdstuk 8, paragraaf 8.2 en hoofdstuk 5, paragraaf 5.4.

23 Informatie ontleend aan paragraaf 8.2.

de procedurele verplichtingen. Bovendien kwalificeert een inmenging eerder als ernstig in het geval dat een inmenging in een fundamenteel (deel)belang plaatsvindt, en dus is ook het soort belang (fundamenteel/vitaal) van invloed op de procedurele verplichtingen. Het voorgaande heeft tot gevolg dat onder een relatief recht dezelfde hoge procedurele eisen kunnen worden gesteld als onder een absoluut recht. Onder artikel 8 EVRM kunnen bij een ernstige inmenging in een vitaal belang met ernstige gevolgen vergelijkbare strenge eisen gelden als in het geval van een inmenging in het recht op leven (artikel 2 EVRM). Binnen een relatief recht kan het Hof dus differentiëren in de procedurele bescherming die het verlangt. Dit hangt af van de ernst van de inmenging en de schade en het (fundamentele) belang waarin de aantasting plaatsvindt/plaats gaat vinden.²⁴

In de derde plaats tot slot werd bezien in hoeverre er andere, meer algemene factoren uit de EHRM-jurisprudentie zijn af te leiden die van invloed zijn op de procedurele eisen onder de materiële EVRM-rechten. Het doel van deze vraag was om meer orde aan te brengen in de enorme hoeveelheid casuïstische EHRM-rechtspraak. Het meest duidelijk zijn deze factoren af te leiden uit de artikel 3- en artikel 8 -jurisprudentie. Toch laat dit onverlet dat deze meer algemene factoren ook onder andere artikelen van waarde kunnen zijn om meer lijn aan te brengen in de EHRM-uitspraken.

Uit de artikel 8 EVRM-jurisprudentie zijn de volgende vier factoren af te leiden. Ten eerste speelt de aanwezigheid van een fundamenteel belang of recht (of absoluut recht onder artikel 3 EVRM) een rol bij wat het EHRM op procedureel vlak van de Staat verlangt. Ten tweede is de ernst van de inmenging (en de daaropvolgende (onomkeerbare) schade) van belang voor de activering van de procedurele eisen onder zowel het recht op privé- en familielevens als het folterverbod. Ten derde en vierde kan het behoren tot een categorie kwetsbare personen en het zijn van een minderjarig kind ertoe leiden dat het Hof meer van de Staat verlangt op het terrein van de procedurele zorgvuldigheid.

Ondanks de ontbrekende belangenafweging onder het absolute recht op leven en het folterverbod kan een aantal van de hiervoor genoemde factoren wel van invloed zijn op de toepassing van de procedurele verplichtingen. Vanzelfsprekend is dit het absolute en fundamentele karakter, maar ook de behandeling van de kwetsbare gedetineerde onder verantwoordelijkheid van de Staat die potentieel strijdig is met artikel 2 of 3 EVRM activeert de (strengere) procedurele verplichting voor de Staat.²⁵

24 Paragraaf 8.3.

25 Paragraaf 8.4.

13.4 DE INDIRECTE PROCEDURELE IMPLICATIES VAN MATERIËLE EVRM-ARTIKELN EN DE MOGELIJKE TOEGEVOEGDE WAARDE TEN OPZICHTE VAN DE ARTIKELN 6 EN 13 EVRM

13.4.1 De indirecte procedurele implicaties van de artikelen 2 en 3 EVRM

Feitenvaststelling

Het meest duidelijk zijn de indirecte procedurele implicaties aanwezig onder de artikelen 2 en 3 EVRM ten aanzien van de feitenvaststelling.²⁶ In het geval dat het recht op leven of het folterverbod in het geding is, zijn de feiten niet zelden in geschil. Daarom moet het EHRM in sommige gevallen zelf de feiten vaststellen. Hiertoe kan het EHRM bijvoorbeeld uit eigen beweging extra rapporten raadplegen. In het geval van het zelfstandig vaststellen van de feiten, wijkt het Hof af van de hoofdregel dat het in beginsel een ‘grensrechter’ is, en geen vierde instantie. Toch is met de introductie van de procedurele onderzoeksplicht onder artikel 2 en 3 EVRM de noodzaak voor het Hof afgenomen om de feiten eigenhandig vast te stellen. Dit heeft tot gevolg gehad dat de toets van het Hof een meer procedureel karakter heeft gekregen. De ontwikkeling van deze onderzoeksplicht onder deze artikelen heeft er bovendien toe geleid dat het aantal *fact-finding missions* die het EHRM onderneemt zijn afgenomen. Dit bespaart het Hof tijd en geld.

Ondanks de komst van de procedurele onderzoeksplicht blijft de opstelling van het Hof ten aanzien van het vaststellen van de feiten nog altijd het meest actief onder artikel 2 en 3 EVRM. In dit type zaken zijn de feiten niet altijd vast komen te staan in de nationale procedure. Deze artikelen brengen dus – in vergelijking met artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM – ten aanzien van de feitenvaststelling de meeste indirecte procedurele implicaties met zich.²⁷

Omgang met bewijs(regels)

De indirecte implicaties die zijn af te leiden uit de wijze waarop het Hof omgaat met bewijs en bewijsregels zijn het meest aanwezig onder artikel 3 EVRM in uitzettingszaken. Voor de standaard artikel 2 en 3 EVRM-zaken gaat dezelfde redenering op die hiervoor in het kader van de feitenvaststelling is genoemd.²⁸ De procedurele onderzoeksplicht als onderdeel van deze rechten heeft ertoe geleid dat het Hof minder vaak zelf de feiten vaststelt. Ten aanzien van de omgang met bewijs levert dit minder indirecte procedurele implicaties op.

De indirecte consequenties die de bewijspraktijk van het EHRM onder artikel 3 EVRM in uitzettingszaken met zich brengt is, als gezegd, niet gering. Deels houden deze implicaties ook verband met de feitenvaststelling, omdat

26 Hoofdstuk 10 en hoofdstuk 12.

27 Paragraaf 10.6.

28 Hoofdstuk 11, paragraaf 11.4.1.

dit tevens een belangrijk onderdeel van de geloofwaardigheidstoets van het relaas is. Om te beginnen raadpleegt het Hof bij deze toets meer objectieve en actuele bronnen, en kan het eventueel de bewijslast in het voordeel van klager bijstellen. Dit doet het Hof wanneer klager behoort tot een systematisch vernederend behandelde groep in het land waarnaar wordt uitgezet, of wanneer de algemene situatie in ditzelfde land zeer slecht is. Ook toetst het Hof de uitzetting *ex nunc*, wanneer deze nog niet heeft plaatsgevonden, om zo artikel 3 EVRM te kunnen effectueren. Het belang van deze toets wordt onderstrept en bevestigd door de eventuele onomkeerbare schade.²⁹

13.4.2 De indirecte procedurele implicaties van artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM

Feitenvaststelling

De indirecte procedurele implicaties die voortkomen uit feitenvaststellingswijze van het Hof onder artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM zijn nagenoeg afwezig.³⁰ In de procedure voor het Hof richt de kern van het geschil zich op de vraag of in de uitkomst van de nationale procedure sprake is van een *fair balance*. Anders dan onder de standaard artikel 2 en 3 EVRM-zaken zijn de feiten hier niet langer in geschil. Het vaststellen van de feiten is dan niet nodig. De situatie is ‘versteend’ op het moment dat de klacht ter beoordeling in Straatsburg voorligt. Bovendien komt de Staat onder het recht op privé- en familielevens en het eigendomsrecht een ruime *margin of appreciation* toe en om die reden zal het Hof dus ook niet snel de inhoudelijke belangenafweging over doen. In sommige eigendomszaken kan het Hof uit eigen beweging meer rapporten raadplegen als de hoogte van de schadevergoeding wordt betwist. Toch zijn hier tot nu toe nog niet veel voorbeelden van te vinden in de Straatsburgse jurisprudentie.

Omgang met bewijs(regels)

Uit de omgang met bewijs onder het eigendomsrecht zijn geen indirecte procedurele implicaties af te leiden, omdat in de procedure voor het Hof, als gezegd, de nadruk ligt op de vraag of in de nationale procedure naar een *fair balance* is gezocht.³¹ Anders is dit echter in sommige gevallen voor het recht op privé- en familielevens. Hoewel de kern van het geschil ook onder dit recht ziet op de EVRM-conforme nationale belangenafweging. Onder artikel 8 EVRM kan het Hof namelijk besluiten om in met artikel 3 EVRM vergelijkbare gevallen (een voorgenomen uitzetting), en ook daarbuiten wanneer het uithuisplaatsingszaken betreft, de feiten en omstandigheden *ex nunc* te toetsen. Het Hof

²⁹ Paragraaf 11.5 en de subparagrafen.

³⁰ Paragraaf 10.6.

³¹ Zie ook hiervoor onder de feitenvaststelling.

wijkt dan af van de standaard *ex tunc plus*-toets die het in de meeste zaken toepast. Het Hof beperkt zich nu niet tot een beoordeling van de nationale gang van zaken tot aan de uitspraak van de hoogste nationale rechter (de *ex tunc plus*-toets), maar toetst de feiten en omstandigheden *ex nunc* in de gevallen waarin een minderjarige delinquent met uitzetting wordt bedreigd of in het geval van gezinsherenigingszaken of ontvoeringszaken.³²

In toekomstige situaties onder artikel 8 EVRM kan het Hof dus besluiten om de feiten en omstandigheden *ex nunc* te toetsen. Daarnaast brengt de *ex tunc plus*-toets van het Hof, die inherent is aan de toetsingswijze van het Hof en waarbij de nationale procedure in zijn geheel wordt beoordeeld, met zich dat de nationale rechter de besluiten van het bestuur bij voorkeur *ex nunc* toetst.

13.4.3 De mogelijke toegevoegde waarde van de indirecte procedurele implicaties ten opzichte van de artikelen 6 en 13 EVRM

De indirecte procedurele bewijsimplicaties die volgen uit de EHRM-toets onder artikel 3 EVRM in uitzettingszaken hebben de grootste toegevoegde waarde ten opzichte van artikel 6 EVRM.³³ De indirecte verplichting om meer actuele en objectieve bronnen mee te nemen bij de beoordeling van de geloofwaardigheid van het relaas van klager vinden we niet terug onder het recht op een eerlijk proces. Evenmin als de verplichting om *ex nunc* te toetsen of de bewijslast bij te stellen. De indirecte procedurele bewijsimplicaties zijn dus nieuw ten opzichte van artikel 6 EVRM, en daarmee van toegevoegde waarde.

Anders dan de indirecte procedurele implicatie onder de artikelen 2 en 3 EVRM brengt artikel 6 EVRM niet de verplichting met zich om zelfstandig de feiten vast te stellen. Tegelijkertijd heeft de procedurele onderzoeksplicht de gevallen waarin het Hof zelfstandig de feiten vaststelt onder het recht op leven en het folterverbod verminderd. Dit maakt de toegevoegde waarde van deze indirecte procedurele implicatie kleiner.

De toegevoegde waarde van de indirecte procedurele implicaties voortvloeiend uit de standaard artikel 2 en 3 EVRM-zaken en 3 EVRM-uitzettingszaken ligt genuanceerder ten opzichte van artikel 13 EVRM. Onder deze artikelen zijn de nationale autoriteiten al verplicht om een grondig onderzoek te starten, respectievelijk de geloofwaardigheid van het relaas te toetsen onder artikel 3 EVRM. Dit zijn de meer expliciete procedurele verplichtingen waarbij in deel I van dit onderzoek uitvoerig is stilgestaan. Wanneer onder artikel 3 EVRM zelfstandig procedurele waarborgen worden gecreëerd, zijn deze (voor zover niet aanwezig onder artikel 13 EVRM) van toegevoegde waarde. Dit heeft echter tot gevolg dat de toegevoegde waarde van de indirecte procedurele implicaties

³² Paragraaf 11.4.2.1.

³³ Zie paragraaf 10.7, 11.6 en 12.4.

afneemt, omdat de verplichtingen tenslotte al (duidelijker) uit artikel 3 EVRM zelfstandig, of onder de combinatie met artikel 13 EVRM voortvloeien.³⁴ De overlap die bestaat tussen de explicietere procedurele waarborgen en de indirecte procedurele implicaties onder artikel 3 EVRM (en eventueel in combinatie met artikel 13 EVRM) bevestigt wel het belang van deze waarborgen en implicaties. Niet alleen stelt het Hof extra procedurele eisen aan de nationale procedure via een materieel EVRM-recht, maar ook de beoordeling van het Hof zelf is in deze uitzettingskwesties grondiger.

Tot slot is de *ex nunc*-toets die het Hof in sommige gevallen onder artikel 8 EVRM toepast van toegevoegde waarde ten opzichte van artikel 6 EVRM en artikel 13 EVRM. Geen van deze artikelen verplicht immers tot een *ex nunc*-toets in de gevallen waarin het Hof de feiten en omstandigheden onder het recht op privé- en familielevens *ex nunc* toetst.

13.4.4 Karakteristieken van mensenrechtenbeoordeling als meer algemene indirecte procedurele implicaties

Los van de hiervoor genoemde indirecte procedurele implicaties die aan het specifieke recht zijn gelieerd, kan ook in meer algemene termen de toetsingswijze van het Hof van wat extra duiding worden voorzien.³⁵ Bovendien brengt ook dit indirecte implicaties met zich. De materiële EVRM-rechten die centraal staan in deze studie vormen hiervoor de basis en de uitkomst heeft een bredere toepassing.

Kenmerkend voor de EHRM-beoordeling is ten eerste de op het individu georiënteerde benadering of de beoordeling op maat. Ten tweede typeert de bijzondere bescherming die de categorie kwetsbare personen toekomt de beoordeling door het Hof.

Illustratief voor de op het individu georiënteerde benadering is zowel de coulantere opstelling van het Hof ten aanzien van klager in een artikel 3 EVRM-uitzettingszaak als de invulling van het minimale niveau van ernst waaraan de door klager ondervonden hinder moet voldoen om binnen het toepassingsbereik van artikel 8 EVRM te vallen.³⁶ In het geval van artikel 3 EVRM is het Hof bereid om de bewijslast naar beneden bij te stellen, omdat dit beter aansluit bij de lastige (bewijs)positie waarin klager zich bevindt.³⁷

Bij het bepalen of artikel 8 EVRM van toepassing is, speelt onder meer wat op nationaal niveau aan maatregelen is genomen om de hinder voor klager te beperken. Dit kan onder omstandigheden betekenen dat aan klager alternatieve woonruimte had moeten worden geboden of dat een vergunningverlening

³⁴ Hoofdstuk 5, paragraaf 5.5.

³⁵ Hoofdstuk 12, paragraaf 12.3.3.

³⁶ Zie hoofdstuk 11, in het bijzonder paragraaf 11.4.2.1 en 11.5.2 en 11.5.5.

³⁷ Zie ook hiervoor onder paragraaf 13.4.1.

geen doorgang had mogen vinden. Of het Hof de ‘minimum level of severity’ van de hinder aanwezig acht, is dus sterk afhankelijk van de hinder die door klager is ervaren en wat de nationale autoriteiten hebben gedaan om dit te voorkomen of te beperken. Dit maatwerk van het EHRM levert in zoverre een indirecte procedurele implicatie op, nu in de nationale procedure zowel materieel als procedureel aandacht dient te bestaan voor de concrete gevolgen (zoals hinder) van besluiten voor het individu. Zo kan op nationaal niveau al worden voorkomen dat artikel 8 EVRM in de procedure voor het Hof van toepassing wordt verklaard.

Daarnaast is ook het gewicht dat het belang van het kind toekomt in de beoordeling van het Hof illustratief voor het maatwerk dat het Hof levert. Binnen deze beoordeling wordt bijzondere aandacht gegeven aan welke maatregel in het beste belang van het kind is. Hieruit volgt de indirecte verplichting dat ook binnen de nationale procedure bijzondere bescherming aan het (kwetsbare) individu moet worden geboden.³⁸

Tot slot is ook het oordeel van het Hof dat een algemene regeltoepassing niet aansluit bij de bijzondere omstandigheden van het individu kenmerkend voor het maatwerk dat het Hof (doorgaans)³⁹ levert.⁴⁰ Toch lijkt het Hof in sommige gevallen juist wel de voorkeur te geven aan een meer algemene regeltoepassing. Voordeel hiervan is dat dit de rechtszekerheid ten goede komt en er minder twijfel voor de nationale autoriteiten bestaat over de toepassing van de regel.⁴¹

Het tweede kenmerk als onderdeel van de karakteristieken van mensenrechtenbeoordeling ziet op de bijzondere bescherming van kwetsbare groepen. Opnieuw is het maatwerk van het Hof onder artikel 3 EVRM in uitzettingszaken ten aanzien van de omgang met het bewijs hier een voorbeeld van. Het feit dat het gaat om een kwetsbare asielzoeker heeft bijgedragen aan deze aangepaste/bijzondere bescherming. Ook de toekenning van procesbevoegdheid aan een NGO in een Roemeense zaak door de Grote Kamer van het Hof illustreert deze bijzondere bescherming. In casu hebben de ernstige omstandigheden en de kwetsbaarheid van de inmiddels overleden minderjarige klager eraan bijgedragen dat het Hof deze bevoegdheid aan de NGO heeft verleend.⁴²

38 EHRM 3 oktober 2014, AB 2014, 433, m.nt. A.J.Th. Woltjer, EHRC 2014, 262, m.nt. M. den Heijer, JV 2014, 343, m.nt. P. Boeles (Grote Kamer) (*Jeunesse t. Nederland*).

39 Uitzonderingen zijn er tenslotte ook waar het gaat om de strikte toepassing van termijnen door het EHRM, zie hoofdstuk 10, paragraaf 10.3.3.

40 Opnieuw: EHRM 3 oktober 2014, AB 2014, 433, m.nt. A.J.Th. Woltjer, EHRC 2014, 262, m.nt. M. den Heijer, JV 2014, 343, m.nt. P. Boeles (Grote Kamer) (*Jeunesse t. Nederland*).

41 Zie hoofdstuk 11, paragraaf 11.4.2.1 en hoofdstuk 12, paragraaf 12.3.3.1 en de eerdere verwijzing naar Nussberger 2017.

42 EHRM 17 juli 2014, EHRC 2014, 212, m.nt. H. De Vylder (*Centre of Legal Resources on Behalf of Valentin Câmpeanu t. Roemenië*). Zie ook: EHRM 18 juni 2013, EHRC 2013, 210, m.nt. A.E.M. Leijten (*Necheva e.a. t. Bulgarije*) (overlijden van deze kwetsbare kinderen als gevolg van een tekort aan eten en medicijnen komt veel gewicht toe in de belangenafweging van het Hof), en hoofdstuk 10, paragraaf 10.4.2.2.

13.5 DE VOOR- EN NADELEN VAN DE 'PROCEDURALISERING' VAN MATERIËLE EVRM-RECHTEN EN DE (PROCEDURELE) TOETSINGSWIJZE VAN HET EHRM

Het perspectief van het Hof, de Staat en de klager vormen het vertrekpunt bij de waardering van de tendens waarbij procedurele waarborgen worden ingelezen in een materieel EVRM-recht en uit de toetsingswijze van het Hof zelf indirecte procedurele implicaties voortvloeien. Vanuit het perspectief van deze actoren afzonderlijk worden de in deel I en deel II van deze studie beschreven tendensen gewaardeerd. Deze waardering heeft een meer normatief karakter en verschilt daarmee van de meer beschrijvende antwoorden op de eerste, tweede en derde onderzoeksvraag.

Vooraf moet worden opgemerkt dat kan worden gezegd dat het EHRM drie taken heeft.⁴³ Allereerst vervult het als supranationaal Hof een subsidiaire taak. Wanneer de nationale autoriteiten tekortschieten in hun verplichtingen onder het EVRM kan worden geklaagd in Straatsburg. De bescherming van de mensenrechten is en blijft dus primair een taak voor de Staten. In de tweede plaats is het Hof een mensenrechtenhof dat een oordeel geeft over de vermeende EVRM-schending in het individuele geval. In de derde plaats, tot slot, kan het Hof worden gezien als een (semi-)constitutioneel hof waarbij het meer richtinggevende uitspraken doet ten aanzien van de interpretatie en toepassing van de bepalingen uit het EVRM.⁴⁴ Deze uiteenlopende taken kunnen in sommige gevallen voor frictie zorgen.⁴⁵ De drie verschillende taken zijn bovendien van invloed op de waardering van de in deze studie beschreven procedurele tendens en de toetsingswijze van het EHRM. Een terughoudende procedurele toets van het EHRM sluit immers aan bij de subsidiaire taak van het Hof, maar vanuit het Hof als mensenrechtenhof bezien en beschermer van mensenrechten in het individuele geval is dit minder positief te waarderen.

Ten eerste geldt voor wat betreft het inlezen van procedurele waarborgen in materiële EVRM-bepalingen vanuit het perspectief van de individuele klager bezien dat de procedurele bescherming onder het EVRM toeneemt. De procedurele verplichtingen blijven immers niet langer beperkt tot de procedurele eisen van de artikelen 6 en 13 EVRM. De extra procedurele eisen waartoe materiële EVRM-rechten verplichten bieden de klager aanvullende procedurele bescherming. Wanneer klager in een nationale procedure wordt geconfronteerd met een inmenging in zijn EVRM-recht, dient daarbij onder omstandigheden voorafgaand onderzoek plaats te vinden naar de gevolgen van het voorgenomen besluit (bijvoorbeeld in milieuzaken onder artikel 8 EVRM). In het geval dat een familielid van klager is omgekomen bij een dodelijk ongeval, rust op de nationale autoriteiten de verplichting om vervolgens een onderzoek te starten

43 Leijten 2015, p. 30; Gerards 2014, p. 15-19.

44 Zie voor deze drie taakopvattingen van het Hof: Leijten 2015, p. 30 e.v.

45 Leijten 2015, p. 30 e.v.

om de feiten boven tafel te krijgen. Ook dient een voor klager negatief besluit of rechterlijk oordeel te worden gemotiveerd, waarbij binnen de nationale belangenafweging voldoende rekening moet zijn gehouden met het belang van de klager. Wanneer de nationale autoriteiten deze procedurele eisen in acht nemen, zijn deze nationale besluiten en oordelen op procedureel vlak EVRM-proof. De focus van het EHRM op de naleving van de procedurele verplichtingen kan er echter toe leiden dat de materiële tekortkomingen over het hoofd worden gezien of geen aandacht krijgen. Dit kan voor de klager betekenen dat de *uitkomst* heel onbevredigend is en misschien ook wel in strijd met het EVRM, maar dat dit geen gevolgen heeft voor de Staat omdat de *procedure* conform de procedurele EVRM-standaarden is. De procedurele verplichtingen kunnen dus onder sommige omstandigheden een materiële schending voorkomen. Het Hof toetst ook steeds vaker de kwaliteit van de nationale procedure (vooral) op de aanwezigheid van een proportionele belangenafweging. Dit raakt aan deel II van deze studie en bevestigt daarmee het ontbreken van een waterdicht onderscheid tussen (de bevindingen van) deel I en deel II.⁴⁶ De belangenafweging komt vooral aan de orde onder de artikelen waarbij de Staat een ruime *margin of appreciation* toekomt. In de zaken waarin de beoordelingsruimte voor de Staten dus ruim is, verlangt het Hof vooral dat op nationaal niveau een belangenafweging is gemaakt met een proportionele uitkomst. Het EHRM beoordeelt dan dus minder vaak (ook) de inhoud van de klacht. Overigens geldt ook onder de absolute rechten als het recht op leven en het folterverbod dat de procedurele onderzoeksplicht ertoe heeft geleid dat het Hof minder vaak zelfstandig de feiten vaststelt (middels bijvoorbeeld een *fact-finding mission*) en de klacht ook dan kan beperken tot een toets aan de procedurele component.

Op welke manier is de individuele rechtsbescherming nu het beste gewaarborgd? Is dat via de genoemde verruiming van het aantal procedurele verplichtingen waaraan de nationale autoriteiten moeten voldoen of juist toch door een inhoudelijke beoordeling van de klacht door het EHRM? Wanneer de beoordeling van het Hof louter procedureel is, blijft de inhoud van de klacht van klager onderbelicht. Een combinatie van zowel een materieel als procedureel oordeel heeft in het licht van de individuele rechtsbescherming de voorkeur.⁴⁷ In de EHRM-jurisprudentie zijn zowel voorbeelden te vinden van alleen een procedurele beoordeling als een mix-vorm waarbij zowel een inhoudelijk als procedureel oordeel wordt gegeven, en ook voorbeelden waarin het Hof alleen een inhoudelijk oordeel geeft.⁴⁸ Het is dus niet zo dat het Hof in de regel alleen de nationale procedure beoordeelt, en dat in alle gevallen de inhoudelijke aspecten van de EVRM-klacht in Straatsburg onderbelicht blijven.

⁴⁶ Vgl. ook Gerards 2017.

⁴⁷ Vgl. ook Gerards & Brems 2017, onder paragraaf 3.

⁴⁸ Zie in dit verband de bijdrage van Gerards, onder de paragraaf 'Procedural review of national judicial decision-making': Gerards 2017.

Dit neemt niet weg dat het onwenselijk is wanneer het Hof zich verder zou ontwikkelen tot een Hof dat alleen een procedurele beoordeling van de vermeende EVRM-schending geeft.⁴⁹

Vanuit het EHRM als supranationaal Hof bezien, onthoudt het Hof zich enerzijds van een inhoudelijk oordeel wanneer het de klacht alleen beoordeelt op de naleving van de procedurele verplichtingen in de nationale procedure. Met andere woorden, het mengt zich op deze manier niet in de materiële besluiten genomen op nationaal niveau. Anderzijds hebben de procedurele positieve verplichtingen als onderdeel van de materiële EVRM-rechten wel structurele wijzigingen van het procesrecht van de Staten tot gevolg. Anders dan de materiële positieve verplichtingen die sterk verband houden met de inhoud van de specifieke zaak, hebben de procedurele verplichtingen tenslotte een breder toepassingsbereik.⁵⁰ Voor alle inmengingen in het recht op privé- en familielevens in milieuzaken die raken aan de leefomgeving geldt immers de procedurele verplichting om voorafgaand onderzoek te doen naar de eventuele gevolgen voor de leefomgeving van het individu. Wanneer de artikelen 2 en 3 potentieel zijn geschonden, rust op de nationale autoriteiten achteraf de onderzoeksplicht. Deze procedurele verplichtingen kunnen (op punten) een aanpassing van het procesrecht van de Staat verlangen, en zijn daarmee verstrekkend. Verder sluiten de procedurele eisen aan sich aan bij de positie van het Hof als (semi-)constitutioneel hof. Deze eisen verschaffen de Staten immers duidelijkheid ten aanzien van de verplichtingen waaraan moet worden voldaan om procedurele EVRM-schendingen te voorkomen. Tegelijkertijd maakt de sterk casuïstische jurisprudentie van het EHRM, in het bijzonder bij de invulling van deze eisen, het lastig om meer algemene conclusies hieraan te verbinden.⁵¹ Verder doet een puur procedurele toets van het Hof op het eerste gezicht onvoldoende recht aan de inhoudelijke bescherming onder het EVRM.⁵² Dit houdt verband met wat in het voorgaande is opgemerkt ten aanzien van de voordelen van de procedurele waarborgen voor de klager. Van een mensenrechtshof mag toch worden verwacht dat het zich ook inhoudelijk uitlaat over de EVRM-klacht.⁵³ Tegelijkertijd zijn de procedurele eisen juist van groot belang voor de idee van procedurele rechtvaardigheid. Wanneer op nationaal niveau de procedurele eisen in acht worden genomen, draagt dit doorgaans bij aan de acceptatie van (onwelgevallige) besluiten of oordelen en hiermee aan de idee van procedurele rechtvaardigheid.⁵⁴ Daarnaast kan een verbetering van de nationale procedures juist ook tot een verbetering van

49 Zie hierover ook de diverse bijdragen in Gerards & Brems 2017. Vgl. ook: Arnardóttir 2017.

50 Zie hoofdstuk 12, paragraaf 12.5.

51 Zie de hoofdstukken 4 tot en met 8 van deel I.

52 Tegelijkertijd: wanneer het bewijsmateriaal gebrekkig is in artikel 2 en 3 EVRM-zaken biedt de procedurele toets in ieder geval nog iets.

53 Met uitzondering van de gevallen waarin de lijn van het Hof ten aanzien van het inhoudelijke deel van de klacht vaste Straatsburgse jurisprudentie is.

54 Brems 2017, in het bijzonder onder paragraaf 2.4.

de inhoudelijke besluitvorming leiden.⁵⁵ De nadruk op de procedure(le) (eisen) hoeft dus niet in alle gevallen per definitie nadelig te zijn.

Voor de Staat tot slot geldt allereerst dat de procedurele eisen onder de materiële EVRM-artikelen voor de nationale autoriteiten geen inhoudelijke verplichtingen met zich brengen. Straatsburg dicteert in deze gevallen niet hoe de autoriteiten de besluiten inhoudelijk conform het EVRM moeten nemen en de oordelen moeten vellen. Dit kan de Staat als een voordeel ervaren. Zoals hiervoor reeds opgemerkt, is echter juist de invloed van de procedurele eisen verstrekkend. Dit type eisen is tenslotte op allerhande gevallen van toepassing, want deze eisen houden minder sterk verband met de inhoud van de kwestie. Bovendien gelden de procedurele verplichtingen zowel onder de absolute rechten als onder de relatieve rechten. Het verschil in materiële positieve verplichtingen tussen enerzijds de absolute rechten en anderzijds de relatieve rechten is duidelijk zichtbaar. In het geval van de procedurele positieve verplichtingen onder de absolute en relatieve rechten is dit verschil echter kleiner. Het verschil wordt nog kleiner wanneer we de ernst van de inmenging als vertrekpunt nemen. In dat geval scherpt het EHRM namelijk de eisen onder het relatieve recht aan. Hierdoor schuiven deze eisen op in de richting van de procedurele verplichtingen onder de absolute rechten als het recht op leven en het folterverbod. Het voorgaande kan door de Staat wellicht minder positief worden ervaren. Niet alleen neemt namelijk het aantal procedurele EVRM-verplichtingen toe, waarbij de terreinen (vreemdelingenrecht, belastingrecht) en de fase (besluitvormingsfase) worden uitgebreid, maar ook onder de relatieve rechten doen de plichten in het geval van ernstige aantastingen niet langer onder voor die van de absolute rechten.⁵⁶

Ten tweede de (procedurele) toets van het Hof zelf. Hoe deze te waarderen? Wat te vinden van de indirecte procedurele implicaties die voortkomen uit de toetsingswijze van het EHRM zelf?

Om te beginnen heeft het inlezen van procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten ertoe geleid dat het zwaartepunt in de eigen beoordeling van het EHRM ook steeds meer is komen te liggen op het beoordelen van de nationale procedurele gang van zaken. Zoals ook hiervoor opgemerkt, kijkt het Hof soms helemaal niet (of minder) naar de inhoud van de klacht, en beziet het puur of de nationale belangenafweging proportioneel is. Deze procedurele beoordeling is in lijn met het subsidiariteitsbeginsel en sluit aan bij de idee van de *margin of appreciation*. Wanneer de Staat inhoudelijk veel beoordelingsruimte toekomt, onthoudt het Hof zich tenslotte eerder van een inhoudelijk oordeel, maar kan het de klacht nog wel op de kwaliteit van de procedure beoordelen. Toegespitst op deze studie gaat het dan om de artikelen 8 EVRM

⁵⁵ Zie uitgebreid Brems 2017.

⁵⁶ Hoofdstuk 8, paragraaf 8.3.

en artikel 1 EP EVRM. Toch kan dit vanuit de individuele klager bezien, zoals ook hiervoor opgemerkt, onbevredigend zijn.

De beoordeling van het Hof in uitzettingszaken onder artikel 3 EVRM ziet echter vaker zowel op de procedure als op de *merites* van de klacht. In het geval van een voorgenomen uitzetting, is het Straatsburgse Hof immers genoodzaakt de feiten en omstandigheden *ex nunc* en de geloofwaardigheid van het asielrelaas inhoudelijk te beoordelen. Alleen op die manier kan een effectieve bescherming aan het recht onder artikel 3 EVRM worden geboden. De houding van het Hof is hier actiever, en het Hof manifesteert zich in dit type zaken meer als een feitenrechter. De artikel 3 EVRM-zaken en de *ex nunc*-toets die het Hof onder omstandigheden (ook) onder artikel 8 EVRM toepast, leverden daarom de meeste indirecte procedurele implicaties op. Het Hof doet hier meer dan dat er in de nationale procedure door de autoriteiten is gedaan aan onderzoek, waaronder het raadplegen van extra objectieve actuele bronnen. In deze gevallen is de bescherming die Straatsburg biedt dus meeromvattend dan de inhoudelijke bescherming die aan klager in de nationale procedure is geboden. Het Hof biedt hier een extra inhoudelijk vangnet aan de klager. Dit is vanuit de individuele klager bezien als een voordeel aan te merken. Tegelijkertijd wordt de optimale EVRM-bescherming bij voorkeur in de nationale procedure geboden. Dit vergroot immers de individuele rechtsbescherming en is bovendien efficiënt, want bespaart het EHRM, de Staat en de klager (veel) tijd en geld. Dit bevestigt dat het uitermate belangrijk is dat de nationale autoriteiten beschikken over gedegen kennis van zowel de directe procedurele waarborgen onder de materiële EVRM-rechten als de indirecte procedurele implicaties volgend uit de toetsingswijze van het EHRM. In dit verband moet ook gewezen worden op de aanzienlijke invloed van het EU-recht op het nationale recht van de Lidstaten, in het bijzonder op het terrein van het vreemdelingenrecht.⁵⁷ In artikel 47 van het HvEU zijn bovendien de artikelen 6 en 13 EVRM gecodificeerd en daarmee van betekenis geworden voor het nationale vreemdelingenrecht.⁵⁸

Gelet op de taakopvatting van het Hof als een mensenrechtenhof is de inhoudelijke beoordeling in 3 EVRM-uitzettingszaken positief te waarderen. Aan de klager wordt tenslotte (extra) inhoudelijke bescherming geboden. Wanneer we het echter bezien vanuit het perspectief van het Hof als supra-

57 Illustratief in dit verband zijn de Afdelingsuitspraken van 13 april 2016 waarin de toetsing van de geloofwaardigheid van het asielrelaas op onderdelen wordt geïntensiveerd n.a.v. Procedurerichtlijn (Richtlijn 2013/32/EU; zie over deze Procedurerichtlijn Reneman 2015). Over de uitleg van de indringendere toets: ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:890, ABkort 2016, 146 en ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:891. Over de toepassing zijn de volgende drie uitspraken gedaan: ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:956 (in het voordeel van de vreemdeling); ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:957 (ook in het voordeel van de vreemdeling); ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:958 (in het voordeel van de staatssecretaris besloten).

58 Hoofdstuk 5, paragraaf 5.5.

ationale instantie luidt het oordeel op het eerste gezicht tegengesteld. Immers, het Hof gaat hier zijn taak van 'grensrechter' te buiten. Toch kunnen de omstandigheden dit wel rechtvaardigen. Wanneer het Hof tenslotte niet de geloofwaardigheid van de 3 EVRM-claim van klager *ex nunc* toetst, is de bescherming van het folterverbod illusoir. Hetzelfde geldt, zo overwoog het Hof, voor de artikel 8 EVRM-kwesties die soms net als artikel 3 EVRM-situaties op een toekomstige situatie zien.

Ten slotte brengt de toetsingswijze onder artikel 3 EVRM in uitzettingszaken en onder omstandigheden de *ex nunc*-toets onder artikel 8 EVRM indirecte procedurele implicaties met zich voor de Staat. De Staat doet er goed aan om ook op de hoogte te zijn van deze eisen, omdat op deze manier kan worden geanticipeerd op de Straatsburgse toetsingswijze. De verplichtingen voor de Staat blijven door deze indirecte procedurele implicaties niet beperkt tot de procedurele eisen van de artikelen 6 en 13 EVRM en evenmin tot de procedurele eisen als onderdeel van de verschillende materiële EVRM-bepalingen.⁵⁹ Deze toenemende EVRM-verplichtingen zullen misschien niet te allen tijde op brede steun van de Staten kunnen rekenen. Verder volgt uit de procedurele beoordeling van het Hof onder met name de artikelen 8 EVRM en 1 EP EVRM dat dit de indirecte plicht met zich brengt voor de nationale autoriteiten om de kwaliteit van de nationale procedure conform de EVRM-standaarden in te richten. In deze zaken spelen feitenvaststelling en bewijs minder of geen rol. Uit de nadruk die het EHRM in zijn eigen beoordeling van de nationale gang van zaken legt op de kwaliteit van de procedure kan zowel een bevestiging worden gevonden van het belang van naleving van de procedurele verplichtingen onder deze artikelen (deel I) als een indirecte procedurele implicatie (deel II) om de nationale procedure op orde te hebben. Het is echter onwenselijk wanneer de nationale rechter zijn toets ook tot een procedurele beoordeling beperkt, omdat dan in sommige gevallen noch op nationaal niveau noch op Straatsburg niveau een inhoudelijk beoordeling onder het EVRM plaatsvindt.

Resumerend

Tot slot kunnen we de balans opmaken. Wanneer we de voor- en nadelen tegen elkaar afwegen, komt de balans ergens in het midden uit en daarmee is het eindoordeel genuanceerd. Zo is om te beginnen het inlezen van procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten *an sich* positief te waarderen, en bovendien passend bij het EHRM als supranationaal hof. Immers, de procedurele bescherming voor het individu neemt toe en het Hof vervult zijn subsidiaire rol. Toch is een louter procedurele bescherming, bestaande uit de procedurele waarborgen onder de materiële EVRM-artikelen en de procedurele beoordeling van het Hof zonder daarbij op de inhoud van de klacht in te gaan, onwenselijk.

59 Deel I van deze studie.

Het Hof biedt dan geen duidelijkheid ten aanzien van de inhoudelijke beschermingsstandaard onder het EVRM. Een van de taakopvattingen van het Hof is dat het functioneert als een (semi)-constitutioneel hof, en daarbij hoort het doen van inhoudelijk richtinggevende uitspraken. Bovendien mag van een mensenrechtenhof worden verwacht dat het inhoudelijk oordeelt over de individuele klacht van klager.⁶⁰ Deze twee taakopvattingen kunnen met elkaar botsen.⁶¹ Daarnaast kan het ontbreken van een inhoudelijk oordeel over de klacht de klager het gevoel geven dat hij achterblijft met een inhoudelijk onjuist, maar procedureel juist en dus onaantastbaar besluit of rechterlijk oordeel.

De actievare opstelling van het Hof in 3 EVRM-uitzettingszaken en in sommige 8 EVRM-zaken ten aanzien van de feitenvaststelling en de omgang met het bewijs, is vanuit het Hof als mensenrechtenhof en gezien vanuit klager over het algemeen positief te waarderen. Dit is dus als een voordeel aan te merken. Beide partijen hebben er immers baat bij dat optimale inhoudelijke en procedurele bescherming wordt geboden aan de rechten uit het EVRM. Het is denkbaar dat de Staat in sommige gevallen een andere mening is toegedaan. Het nationale inhoudelijk oordeel kan onder omstandigheden immers worden verworpen.

Ik kom tot een afronding. Een eenduidige waardering van de in deze studie beschreven tendensen ontbreekt. Het is en blijft zoeken naar een (juiste) balans, waarbij rekening moet worden gehouden met enerzijds het Hof als supranationaal, mensenrechten- en (semi-) constitutioneel hof en anderzijds de belangen van de Staat. Bovendien dient daarbij ook nog optimale effectieve rechtsbescherming aan de individuele klager te worden geboden. Het is en blijft een uitdagende opdracht om deze uiteenlopende en soms tegenstrijdige belangen zoveel mogelijk met elkaar in lijn te brengen.

13.6 BESLUIT

Met dit onderzoek is duidelijk geworden dat de procedurele bescherming onder het EVRM niet beperkt blijft tot de artikelen 6 en 13 EVRM. De materiële EVRM-bepalingen omvatten veel meer verplichtingen dan dat *prima facie* zichtbaar is bij het lezen van de Verdragstekst. Onder deze rechten is een breed procedureel eisenpakket tot stand gekomen met daarin uiteenlopende verplichtingen voor de nationale autoriteiten. De algemene procesrechtelijke eisen en de procedurele zorgvuldigheidseisen onder het materiële recht op leven, het folterverbod, het recht op privé- en familielevens en het eigendomsrecht spelen in veel gevallen in de (bestuurlijke) voorfase al een belangrijke rol. Ook brengen veel van deze procedurele eisen verplichtingen met zich voor de nationale

60 Deze taakopvattingen zijn te lezen bij Leijten 2015, p. 30, zie eerder genoemd in de voetnoot in hoofdstuk 10, paragraaf 10.1.

61 Zie opnieuw Leijten 2015, p. 30 e.v.

rechters. Een aantal van de in deel I en deel II van deze studie beschreven procedurele eisen bleek van toegevoegde waarde te zijn ten opzichte van de procedurele eisen van de artikelen 6 en 13 EVRM. Verder bleek de bestudering van de toetsingswijze van het Hof eveneens functioneel om een volledig beeld te krijgen van de procedurele implicaties en verplichtingen onder materiële EVRM-rechten in de artikelen 2, 3 en 8 en 1 EP.

De bevindingen van deze studie geven aanleiding tot nader onderzoek. In dit vervolgonderzoek kan het mensenrechtenprocesrecht met het bestuursprocesrecht worden vergeleken. Zo kan de vraag worden onderzocht in hoeverre de gestandaardiseerde uniformerende Awb voldoende is toegesneden op de op het individu georiënteerde mensenrechtenbeoordeling.⁶² Onder omstandigheden verlangt het Hof tenslotte dat een gedifferentieerde aanpak plaatsvindt om zo recht te doen aan de bescherming van de rechten van het individu onder het EVRM. Ook kan de vraag worden onderzocht in hoeverre de aanwezigheid van fundamentele rechten noopt tot aanpassing van het procesrecht van de Awb.⁶³ De bevindingen van deze studie kunnen als vertrekpunt dienen voor dit vervolgonderzoek.

62 Zo stelden eerder Barkhuysen & Van Emmerik 2012, p. 194 en recenter herhaald in: Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2014, p. 56.

63 In de nationale jurisprudentie is een aantal uitspraken te vinden over de toepassing van het leerstuk van het afgeleide belang onder invloed van de aanwezigheid van een fundamenteel recht. Bijvoorbeeld: ABRvS 21 november 2007, AB 2008, 9, m.nt. B.W.N. de Waard (*T-Mobile-zaak*); ABRvS 5 september 2007, AB 2008/4, m.nt. B.W.N. de Waard; ABRvS 19 september 2012, AB 2013, 265, m.nt. T. de Jong & Y.E. Schuurmans; ABRvS 21 augustus 2013, AB 2013, 315, m.nt. H.D. Tolsma, *Gst.* 2013, 121, m.nt. L.J.M. Timmermans, *JB* 2013, 199, *JIN* 2013, 210, beide m.nt. R.J.N. Schlössels; Rb. Overijssel 28 oktober 2015, AB 2016, 12, m.nt. H.D. Tolsma (*Monstertruck*).

Summary

Procedural safeguards read into substantive ECHR rights

1 INTRODUCTION AND RESEARCH TOPIC

The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) contains explicit procedural requirements such as the right to a fair trial (Article 6) and the right to an effective remedy (Article 13). However, the procedural requirements which the Member States are obliged to observe in their national procedures do not appear to be limited to these explicit procedural requirements. More substantive rights such as the right to life (Article 2) and the right to respect for private and family life (Article 8) also state positive procedural obligations for the Member States.

The first goal of this study is to provide an overview of the procedural safeguards which the European Court of Human Rights (ECtHR or Court) has recognised under the more substantive ECHR provisions. The second goal is to monitor the review of the Court in order to examine whether more indirect procedural requirements can be derived thereof. In addition, the possible added value of these safeguards and the implications with regard to the procedural requirements of Articles 6 and 13 ECHR will be considered for both the more explicit procedural safeguards as well as the indirect procedural implications.

In *Chapter 1* the three research questions are formulated as follows:

1. *Which procedural safeguards does the ECtHR recognise under Articles 2, 3 and 8 ECHR and Article 1 FP ECHR?*
2. *Which indirect procedural implications arise from the Court's method of review under Articles 2, 3 and 8 ECHR and Article 1 P1 ECHR?*
3. *What is the possible added value of these procedural safeguards and implications with regard to the procedural requirements contained in Articles 6 and 13 ECHR?*

2 ARTICLES 6 AND 13 ECHR

In *Chapter 2* the procedural requirements of Articles 6 and 13 ECHR are considered. Article 6 concerns the right to a fair trial and access to court. In principle the procedural safeguards under Article 6 ECHR apply at the judicial stage. In certain cases, some of these requirements already apply at the preliminary administrative stage. Article 13 ECHR concerns the right to an effective national remedy on the grounds of which a decision can be challenged. This

can imply that the possibility of payment for damages should also be available in the national law.

PART I

3 PROCEDURAL SAFEGUARDS OF ARTICLES 2, 3 AND 8 ECHR AND ARTICLE 1 P1

Chapters 4 and 5 deal with the key procedural obligations in standard Article 2 and 3 ECHR cases. This obligation deals with holding an effective official investigation into an occurrence that was potentially a violation of the right to life or prohibition of torture. The obligation applies *in retrospect*, and is not preventative, as is usually the case in substantive positive obligations under these rights.

In order to qualify an investigation under these articles as effective, the investigation should be carried out independently and the circumstances surrounding the (fatal) incident should be clarified. This entails that the parties responsible must be identified and must be able to be held responsible under criminal law (or otherwise) in the national proceedings. For this purpose, an autopsy must be performed under specific circumstances, and evidence examined further. In addition, the investigation should be started on time and may not continue for an unreasonable length of time. Finally, the surviving relatives, family members or other persons involved (in the case of Articles 2 and 3 ECHR) or the applicant himself (in the case of Article 3 ECHR) should be sufficiently involved in the investigation. The interpretation of these requirements will depend on the circumstances of the specific case. It is therefore difficult to draw up a simple list of actions which the national authorities are obliged to perform during an investigation.

The executive and judicial authorities are responsible for implementing the procedural obligation to investigate. However, in practice the executive authorities are responsible in the first instance for carrying out an investigation in the event of an alleged violation of Article 2 and/or 3 ECHR. These authorities usually have the most expertise to hand, and with a view to securing evidence it makes little sense to wait until the case has come to court. At the same time, certain shortcomings at the preliminary stage of the investigation can be compensated at the judicial stage, such as the duration of the investigation.

In *Chapter 5* attention is also paid to the procedural safeguards of Article 3 ECHR (and in combination with Article 13 ECHR) in expulsion cases. Under Article 3 ECHR (prohibition of torture) separately and in conjunction with Article 13 ECHR, the Court in Strasbourg has formulated the obligation as carrying out a meaningful assessment of the claim of the asylum seeker that if he is deported to his country of origin (or another country) he will be

exposed to a real risk of an incident that would be in breach of Article 3 ECHR. This obligation arises from both articles and is applicable to both the executive and the judicial authorities of the State that is to take the expulsion decision.

The meaningful assessment should comprise, in accordance with the standards of the ECtHR in (non-exhaustive) consultation of sufficient objective and current sources and (medical) experts, hearing the asylum seeker and collecting (contrary) evidence. The content of this investigation is greatly determined by the specific circumstances of the case. There are, however, three factors which can offer some clarity in these types of cases and at the same time can act as a warning signal to national actors. In the first place, the imminent irreversible harm that can arise from the expulsion of the asylum seeker. If this is the case, it is up to the authorities to be extra vigilant in their actions and therefore to investigate the arguments of the asylum seeker even more thoroughly. Second, an infringement of a fundamental and absolute right activates the duty to assess the credibility of the account of the asylum seeker. An infringement of such a right is moreover automatically a serious matter, and also the severity of the (irreversible) harm is often a reason for the Court to adopt a stricter approach. And finally, third, the interference in the right of a person (asylum seeker) who belongs to a vulnerable group (e.g. asylum seekers, children, the elderly, Roma) can motivate the authorities to offer special substantive and procedural protection to this person. These three factors are almost always present in cases involving the expulsion of an asylum seeker.

The obligation of an accessible asylum procedure also arises from the combination of Articles 3 and 13 ECHR. In this procedure, information must be provided in good time to the asylum seeker and he must be heard before a decision is taken on the asylum application. Hearing an applicant is a typical obligation arising from Article 6 ECHR. By applying this obligation via the articles referred to, the Court circumvents the restriction of applying Article 6 ECHR in the area of immigration law. Furthermore, this obligation also already applies prior to the judicial stage, and even before a decision is taken. This last point is an extension of Article 13 ECHR, since this article provides for an effective remedy against a decision in cases where the decision has (usually) already been taken.

Chapter 6 focusses on the procedural safeguards of Article 8 ECHR. Under the right to respect for private and family life, the ECtHR recognises various procedural safeguards that are applicable to different areas of law. For example, procedural obligations are developed in environmental cases, cases involving placement of children in care and relocation cases (of Roma). In addition, this study looked at the procedural obligations developed by the ECtHR in privacy cases (access to personal or confidential information) and (though in less detail) cases involving the application of authorisations under criminal law. The 'proceduralisation' of Article 8 ECHR is clearly evident in these types of cases. The decision-making process should be done with due care, where the parties

involved are informed in a timely manner and are heard where necessary. In certain circumstances prior investigation is also a procedural obligation under Article 8 ECHR, and the execution of the judgment should actually be carried out.

Generally speaking, procedural trends under Article 8 ECHR have provided a number of findings. Firstly, the wide *margin of appreciation* which the States are afforded under the law on the right to respect for private and family life, is eminently appropriate for the recognition of procedural safeguards. The substantive margin of appreciation of the national actors is wide; the procedural margin is (more) limited. Moreover, the Court has made this substantive margin of appreciation in certain cases dependent on the presence of procedural safeguards in the national proceedings and the importance that is attached to the interests of the parties involved in the national procedure. The greater the national procedural safeguards, the wider the *margin of appreciation*.

Secondly, the precise application of the procedural safeguards under Article 8 ECHR remains very case-related, similar to under Articles 2 and 3 ECHR and Article 1 FP ECHR. An important difference however with the obligation to investigate in non-expulsion cases under Articles 2 and 3 ECHR, is that the procedural requirements under Article 8 ECHR can also apply *prior to* the interference.

The following four factors are derived from casuistic Article 8 ECHR case law of the Court and can serve as a point of reference and sound the alarm for national authorities.

The first factor is the fundamental nature of the right involved. The more fundamental the interest of the applicant, the greater the weight the Court attaches to a prudent national procedure.

The second factor concerns the severity of the interference and the related (detrimental) consequences. The more serious the interference, the more serious the consequences usually are. The possible irreversible harm also plays a role here. If the harm is irreversible, it implies that the interference is serious. The severity of the interference and the irreversible harm lead to a tightening of the procedural obligations. In addition, within a relative right the Court can differentiate what procedural protection must be offered to the separate (fundamental) specific interests. The distinction between the strictness of the procedural obligations under an absolute right and a relative right is therefore smaller on certain points than would appear at first glance.

The third and fourth factors concern the special protection of vulnerable groups and the best interests of the child. A substantive criterion such as being part of a vulnerable group or the interests of a minor child can affect the procedure.

When it comes to the question of at which authority the procedural safeguards under Article 8 ECHR are aimed, it is important to consider the nature of the

case, the type of obligation and the possible irreversible harm. In the case of irreversible harm, fast action at an early stage is required. As a result, it is often the decisive body which considers the case first. The irreversibility of the harm is also linked to the nature of the case. Once again, the circumstances can require that prior action is necessary, as mentioned before in the case of issuing a licence to a factory. After all, the notion of the effective safeguarding of human rights is not served if it is only considered at the judicial stage whether granting a licence is detrimental to the living environment of the party involved. Thus also in this case, the executive authority is in practice responsible in the first instance for the implementation of the obligation. Finally, the type of obligation plays a role. Consulting with Roma about the displacement intention of executive authorities is done by the same authorities and this should be done earlier at the decision-making stage.

Chapter 7 considers the procedural safeguards which the ECtHR recognises under the right to property. The most important procedural obligation and the one which occurs most often which the Court has created with regard to property rights, concerns the existence in national legislation of an effective legal remedy to contest violations of property rights. This obligation displays many similarities to Article 13 ECHR. In addition, in the case of property rights procedural safeguards also apply that are related to hearing the party involved (by the executive authority) and the timely notification of the measure that infringes upon the property rights.

Casuistic case law pertaining to the right to property can in part be indicated using a number of factors referred to in Article 8 ECHR and Article 13 ECHR. Also under Article 1 FP ECHR, the more fundamental the interference is, the greater the necessity for the national authorities to observe the procedural obligations. Less clear is the case law concerning property rights on the role of possible irreversible harm and belonging to a group of vulnerable persons who should be given special (substantive or procedural) protection. Disputes concerning property do not always involve possible irreversible harm, such as in expulsion cases under Article 3 ECHR.

4 POSSIBLE ADDED VALUE PROCEDURAL SAFEGUARDS OF SUBSTANTIVE ECHR RIGHTS WITH RESPECT TO THE PROCEDURAL REQUIREMENTS OF ARTICLES 6 AND 13 ECHR

Chapters 4, 5, 6, 7 and 8 provide an answer to the question concerning the possible added value of these procedural safeguards with respect to Articles 6 and 13 ECHR.

Firstly, the procedural requirements as part of a substantive ECHR right have the most added value if these requirements are new in relation to the procedural requirements of Article 6 ECHR. In addition, added value exists

in the procedural requirements that are of significance at the preliminary stage. This implies an extension of the stage at which Article 6 ECHR was originally applicable. In addition, the added value became clearly evident in cases in which not only the stage under which Article 6 ECHR is applicable was extended, but also in the scope of application. Via the prohibition on torture and the right to respect for private and family life and also (in combination with) Article 13 ECHR, some requirements of Article 6 ECHR became applicable in cases under immigration law, and in tax disputes via property rights in some cases.

Providing a clear answer to the question concerning the possible added value of the procedural safeguards with respect to Article 13 ECHR proved difficult, and the answer is not clear-cut. When Article 13 ECHR under the influence of a substantive right acquires a different significance, these procedural safeguards are of added value with respect to the right to an effective remedy of redress. It is not so much the substantive ECHR article itself that provides the additional procedural safeguards, but it does have an effect on the procedural requirements under Article 13 ECHR. It is slightly easier to answer the question to what extent Article 13 ECHR has a potentially added value compared to Article 6 ECHR. In the cases in which via Article 13 ECHR a requirement under Article 6 ECHR is applied independently in an immigration law case, these new procedural safeguards of Article 13 ECHR can be of added value compared to the procedural requirements of Article 6 ECHR. In this case the number of procedural requirements is not increased via a substantive ECHR right, but via the procedural right to an effective remedy (Article 13 ECHR). Extra obligations now apply in an area in which they were not originally applicable.

5 SUMMARY ANALYSIS

In *Chapter 8* an attempt is made to explain the trend in which a procedural safeguard is attached to substantive ECHR rights by considering three questions.

In answer to the first question: the specific nature of the substantive ECHR right requires in certain cases a different type of procedural protection. The procedural requirements of Articles 6 and 13 ECHR do not always provide this protection. To close this gap in procedural protection under the Convention and to implement the substantive rights, the Court has recognised procedural safeguards under ECHR rights in accordance with their nature.

Secondly, it was considered whether the absolute or relative nature of the rights has an effect on procedural requirements under the substantive ECHR provisions. The procedural scope for the national authorities is more or less the same under both categories. The extensive *margin of appreciation* accorded to the State under the relative right to respect for private and family life and the right to property, pertains to the substance and not the procedural degree

of discretion of the authorities. Under both absolute as well as relative rights, the Court can set requirements on the procedural margin of appreciation of the national actors. Moreover, the differences with regard to the procedural requirements under absolute and non-absolute rights become even smaller if we take the severity of the interference as a starting point. The substantive right does not have the most effect on the procedural requirements. The severity of the interference and the corresponding (serious or irreversible) harm have a greater effect on the procedural requirements. Under Article 8 ECHR, in the event of a serious interference in a vital interest with serious consequences, comparable strict requirements can apply such as those in the case of an interference in the right to life (Article 2 ECHR). Within a relative right, the Court can thus differentiate in the procedural protection required. This depends on the severity of the interference and the harm and the (fundamental) interest that is or will be interfered with.

Thirdly, to conclude, it was considered to what extent there are other, more general, factors that can be derived from ECtHR case law which affect the procedural requirements under the substantive ECHR rights. These factors can be most clearly derived in the case law concerning Article 3 and Article 8. However, these more general factors can also be of value under other Articles in creating more structure in the ECtHR judgements.

PART II

6 INDIRECT PROCEDURAL IMPLICATIONS OF SUBSTANTIVE ECHR RIGHTS

Chapters 9 (introduction), 10 and 11 in Part II of this research deal with the question whether indirect procedural implications can be derived from the method of review of the ECtHR itself. The establishment of the facts and the evidentiary rules applied by the Court constituted the main focus in this examination.

6.1 Indirect procedural implications of Articles 2 and 3 ECHR

Establishment of the facts

Most clear are the indirect procedural implications under Articles 2 and 3 ECHR with regard to the establishment of the facts. In cases where the right to life or the prohibition of torture is at stake, the facts themselves are often disputed. In certain cases the ECtHR must therefore establish the facts itself. For this purpose, the ECtHR can for example at its own initiative consult supplementary reports. By independently ascertaining the facts, the Court deviates from the main rule that in principle the Court acts as a 'linesman', and is not a court of fourth instance. However, with the introduction of the procedural obligation

to investigate under Articles 2 and 3 ECHR, there is less necessity for the Court to establish the facts on its own. The development of this obligation to investigate under these Articles has also led to a decrease in the number of *fact-finding missions* undertaken by the ECtHR.

Evidentiary rules

The indirect implications that can be derived from the way in which the Court deals with evidence and evidentiary rules are most prominent under Article 3 ECHR in expulsion cases. The same reasoning applies for the standard Article 2 and 3 ECHR cases which were mentioned above within the scope of the establishment of facts.

Under Article 3 ECHR, for the credibility assessment of the account of the reasons for requesting asylum in expulsion cases the Court consults more objective and up-to-date sources, and it may adapt the evidentiary burden in favour of the applicant. The Court does so if the applicant belongs to a group that has systematically been treated in a degrading manner in the country to which the applicant is being expelled or when the general situation in that country is very poor. The Court also reviews the expulsion *ex nunc*, if this has not yet been done, in order to be able to implement Article 3 ECHR. The importance of this review is underlined and confirmed by possible irreversible harm.

6.2 Indirect procedural implications of Article 8 ECHR and Article 1 P1

Establishment of the facts

Indirect procedural implications that arise from the establishment of the facts by the Court under Article 8 ECHR and Article 1 P1 ECHR are virtually non-existent. In the proceedings before the Court, the focus of the dispute concerns whether there exist a *fair balance* in the national proceedings. The situation is 'frozen' at the moment the complaint is put to the Court in Strasbourg for review. Moreover, an extensive *margin of appreciation* is accorded to the State under the right to a private and family life and the right to property and for this reason the Court will not repeat the national balancing of interests.

Evidentiary rules

No indirect procedural implications can be inferred from the handling of evidence under property law, because in the proceedings before the Court the emphasis lies on whether a *fair balance* was sought in the national proceedings. This is different, however, in certain cases concerning the right to private and family life. Under Article 8 ECHR the Court can decide to review the facts and circumstances *ex nunc* in cases related to Article 3 ECHR (proposed expulsion) including cases involving placement of children in care. In this case, the Court does not limit itself to a review of the national proceedings up to

the judgment of the highest national court (i.e. the procedure 'as a whole'; the *ex tunc plus* assessment), but reviews the facts and circumstances *ex nunc* in the cases where a minor delinquent is threatened with deportation or in family reunification cases or abduction cases. Finally, the *ex tunc plus* review of the Court, included in the assessment method of the Court, entails that the national court reviews the decisions of the administration preferably *ex nunc*.

6.3 Potential added value of indirect procedural implications in respect to articles 6 and 13 ECHR

The indirect procedural evidentiary implications that arise from the ECtHR review under Article 3 ECHR in expulsion cases, have the greatest added value in connection with Article 6 ECHR. The indirect obligation to include more current and objective sources in the assessment of the credibility of the applicant's account cannot be found in the right to a fair trial. The same applies for the obligation to review *ex nunc* or to adjust the evidentiary burden. More limited is the added value of the indirect procedural implication under the standard Article 2 and 3 ECHR cases to independently establish the facts, because the more explicit procedural investigation obligation has led to a decrease in the cases in which the Court independently establishes the facts under these articles.

The added value of the indirect procedural implications arising from the standard Article 2 and 3 ECHR cases and Article 3 ECHR expulsion cases is not so clear-cut in respect to Article 13 ECHR. Under these articles, the national authorities are already obliged to start a thorough investigation and to assess the credibility of the account under Article 3 ECHR respectively. These are the more explicit procedural requirements which part 1 of this research considered extensively. When independent procedural safeguards are created under Article 3 ECHR, these have added value (in so far as they are not present under Article 13 ECHR). The consequence of this, however, is that the added value of the indirect procedural implications decreases, because the obligations already arise (more clearly) from Article 3 ECHR independently, or under the combination with Article 13 ECHR. However, the overlap that exists between the more explicit procedural safeguards under Article 3 ECHR (and possibly in combination with Article 13 ECHR) confirms the significance of these safeguards and implications. Not only does the Court place extra procedural requirements on the national proceedings via a substantial ECHR right, but the assessment of the Court itself is also more thorough in these expulsion cases.

Finally, the *ex nunc* review which the Court applies in certain cases under Article 8 ECHR is of added value in relation to Article 6 ECHR and Article 13 ECHR. Neither of these articles provide the obligation to hold an *ex nunc* review under the right to private and family life.

7 MORE GENERAL INDIRECT PROCEDURAL IMPLICATIONS AS HUMAN RIGHTS ADJUDICATION CHARACTERISTICS

Chapter 12 provides an explanation of the method of review of the Court in more general terms. Distinctive of the ECtHR review is firstly the individually orientated approach or the customised approach. Illustrative of this is both the more accommodating attitude of the Court towards the applicant in an Article 3 ECHR expulsion case as well as the interpretation of the minimum level of the severity of the nuisance experienced by the applicant in order to fall within the scope of application of Article 8 ECHR. In the case of Article 3 ECHR, the Court is prepared to reduce the burden of proof, because this would better reflect the difficult position of the applicant with regard to providing evidence. Whether the Court under Article 8 ECHR deems that a 'minimum level of severity' of nuisance is present, depends greatly on the hindrance that is experienced by the applicant and what the national authorities have done to prevent or limit this. In other words: if the authorities offer alternative living arrangements to the applicant, it can stand in the way of the application of Article 8 ECHR. It is therefore advisable that during the national proceedings due attention is paid to both substance and procedures and the concrete consequences (such as hindrance) of decisions for the individual concerned.

Moreover, the importance that is attached to children in the review by the Court is illustrative of the customised approach the Court takes. An indirect obligation in national proceedings to also give special protection to (vulnerable) individuals arises from this. The judgment of the Court that a general application of regulations is not consistent with the special circumstances of individuals is typical of the customised work the Court (generally) delivers. However, in certain cases the Court does seem to prefer a more general application of regulations taking consideration of the notion of legal certainty.

Secondly, the special protection of vulnerable groups is typical in human rights adjudication. Again, the customised work of the Court under Article 3 ECHR in expulsion cases when it comes to considering evidence is an example of this.

8 THE PROS AND CONS OF THE 'PROCEDURALISATION' OF SUBSTANTIVE ECHR RIGHTS AND THE (PROCEDURAL) ADJUDICATION OF THE ECtHR

To conclude *Chapter 13* evaluates the trend whereby procedural safeguards are recognised under a substantive ECHR right and indirect procedural implications arise as a result of the method of review of the Court itself. The perspective of the Court, the State and the applicant formed the starting point for the evaluation of the trends outlined in part I and part II of this study. This evaluation is more normative in character and therefore differs from the more descriptive answers to the first, second and third research question.

It should be noted in advance that the ECtHR can be seen to have three tasks. First, as a supranational Court it offers an alternative remedy. When the national authorities fall short in their obligations under the ECHR, remedy can be sought in Strasbourg. The protection of human rights is and remains primarily a task for the States. Second, the Court is a human rights court which passes judgment on alleged ECHR violations in individual cases. Third, and finally, the Court can be seen as a (semi) constitutional court where it gives more directive judgements with regard to the interpretation and application of the provisions arising from the ECHR. These various roles can in some cases lead to tension. The three different roles moreover affect the evaluation of the procedural trends and the method of review of the ECtHR as discussed in this study.

In short, to conclude, the recognition of procedural safeguards in substantive ECHR rights can in itself be seen as something positive and moreover compatible with the ECtHR as a supranational court. After all, procedural protection of the individual is on the rise and the Court is fulfilling its alternative role. Having said this, a purely procedural protection, consisting of the procedural safeguard under the substantive ECHR articles and the procedural assessment of the Court without dealing with the substance of the complaint, is not something to be desired. The Court then offers no clarity with regard to the substantive standard of protection under the ECHR. One of the perceptions of the tasks of the Court is that it functions as a (semi) constitutional court, and it should therefore make judgements that serve to guide. Moreover, it can be expected from a human rights court that it assesses the actual substance of an individual complaint from an applicant. These two perceptions can be incompatible. In addition, the lack of a judgment concerning the substance of the complaint of an applicant can give the applicant the feeling that he is left with an incorrect judgment or a judicial assessment, but one that is procedurally correct and therefore irreversible.

The more active approach taken by the Court in Article 3 ECHR expulsion cases and in certain Article 8 ECHR cases with regard to the establishment of facts and the handling of evidence, can be seen as something generally positive for the Court as a human rights court and from the perspective of the applicant. This can thus be considered an advantage. Both parties, after all, benefit from the best possible substantive and procedural protection being provided under ECHR rights. It is conceivable that the State in some cases takes a different view. The national substantive assessment can in certain circumstances be rejected.

An unambiguous evaluation of the trends outlined in this study cannot be given. The aim is to find the right balance which recognises on the one hand the Court as a supranational, human rights and (semi) constitutional court, and on the other hand the interests of the State. And on top of this, the best possible effective legal protection must be provided to the individual applicant.

A challenge therefore remains to bring these different, and at times opposing, interests into line with each other as far as possible.

9 CONCLUSION

This study has made clear that procedural protection offered under the ECHR is not limited to just Articles 6 and 13 ECHR. The substantive ECHR provisions contain far more obligations than would appear *prima facie* when reading the text of the Convention. Under these rights, an extensive number of procedural requirements has arisen that include various obligations for national authorities. The general procedural requirements and the procedural requirements of due care under the substantive right to life, the prohibition of torture, the right to private and family life and the right to property already play an important role in the administrative preliminary phase. Many of these procedural requirements also contain obligations for the national courts. A number of the procedural requirements outlined in part I and part II of this study appear to have added value when it comes to the procedural requirements of Articles 6 and 13 ECHR. It also proved to be worthwhile studying the method of review of the Court to acquire a complete picture of the procedural implications and obligations under substantive ECHR rights contained in Articles 2, 3 and 8 ECHR and 1 P1 ECHR.

The outcomes of this study call for further investigation. Subsequent research could compare human rights procedural law with administrative procedural law. It could be investigated to what extent the standard uniform General Administrative Law Act (Awb) is sufficiently tailored to the human rights assessment which is centred on the individual. After all, in certain circumstances the Court requires that a differentiated approach is taken to do justice to the protection of the rights of the individual under the ECHR. Moreover, the question could be asked to what extent the presence of fundamental rights calls for an adjustment in the procedural law of the Awb. The outcomes of this study can serve as a starting point for this follow-up study.

Literatuurlijst

- Addink e.a. (red.) 2010
G.H. Addink, *Human Rights & Good Governance*, Utrecht: SIM 2010.
- Akandji-Kombe 2007
J.F. Akandji-Kombe, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights*, Human rights handbooks, no. 7, Strasbourg: Council of Europe 2007.
- Akkermans 2013
B. Akkermans, 'Artikel 1 EP EVRM. Bescherming van eigendom', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM, Deel I – Materiële bepalingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 1275-1324.
- Albers e.a. 2014
C.L.G.F.H. Albers, M.L. van Emmerik, C.M. Saris & F.J.P.M. Haas, *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?* (VAR-reeks 152), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.
- Alkema 1996
E.A. Alkema, 'Bestuursrecht en EVRM – Awb en artikel 6. Enkele verkennende opmerkingen', *NTB* 1996, p. 19- 24.
- Alkema 2000
E.A. Alkema, *The concept of property – In particular in the European Convention on Human Rights*, in: J.P. Loof, H. Ploeger & A. van der Steur (red.), *The right to property. The influence of Article 1 Protocol no. 1 ECHR on several fields of domestic law*, Maastricht: Shaker publishing 2000, E.M. Meijers Institute of Legal Studies Leiden University, p. 17-28.
- Ambrus 2013
M. Ambrus, 'The European Court of Human Rights and Standards of Proof in Religion Cases', *Religion and Human Rights* 2013, p. 107-137.
- Arai-Takahashi 2002
Y. Arai-Takahashi, *The margin of appreciation and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen: Intersentia 2002.
- Arnardóttir 2017
O.M. Arnardóttir, 'The "procedural turn" under the European Convention on Human Rights and presumptions of Convention compliance', *I-CON* 2017, vol. 15, no. 1, p. 9-35.
- Baldinger 2013
D. Baldinger, *Rigorous Scrutiny versus Marginal Review. Standards on judicial scrutiny and evidence in international and European Asylum law*, Wolf Legal Publishers 2013.

Van Banning 2001

Th. G. van Banning, *The human right to property* (diss. UU), Antwerpen: Intersentia 2001.

Barkhuysen 1998

T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten*, (diss. Leiden) Lelystad: Vermande 1998.

Barkhuysen & Van Emmerik 2002

T. Barkhuysen & Van Emmerik, 'De betekenis van art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM voor het Nederlandse recht inzake overheidsaansprakelijkheid', *O&A* 2002, p. 102-116.

Barkhuysen & Van Emmerik 2003

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'EHRM – uitspraak Öneriyildiz tegen Turkije: Europese grenzen aan het gedogen van gevaarlijke situaties en aan beperkingen van overheidsaansprakelijkheid bij ongelukken en rampen', *O&A* 2003, p. 109-121.

Barkhuysen e.a. 2004

T. Barkhuysen, A.B. Blomberg, M.K. Bulterman & J.M. Verschuuren, *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht* (preadvies VAR, nr. 132), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Barkhuysen 2004

T. Barkhuysen, *Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht*, in: T. Barkhuysen, A.B. Blomberg, M.K. Bulterman & J.M. Verschuuren, *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht* (preadvies VAR, nr. 132), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 7-113.

Barkhuysen & Van Emmerik 2005a

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Overheidsaansprakelijkheid voor falend toezicht en ontoereikende handhaving. Nadere lessen uit de uitspraak van de Grote Kamer van het EHRM inzake Öneriyildiz tegen Turkije' *O&A* 2005, p. 76-88.

Barkhuysen & Van Emmerik 2005b

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlands burgerlijk recht: Het Straatsburgse perspectief*, in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol* (Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2005, p. 5-101.

Barkhuysen 2006

T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde*, (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2006.

Barkhuysen & Van Emmerik 2006

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Rechtsbescherming tegen de overheid', *TMA* 2006, p. 130-142.

Barkhuysen, Damen e.a. 2007

T. Barkhuysen, L.J. A. Damen e.a., *Feitenvaststelling in beroep*, Boom Juridische uitgevers 2007.

Barkhuysen, Van Emmerik & Rieter 2008

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, E.R. Rieter, *Procederen over mensenrechten onder het EVRM, het IVBPR en andere VN- verdragen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008.

Barkhuysen e.a. 2009

T. Barkhuysen, A.L. Dimitrova, M.L. van Emmerik, J.H. Gerards, H.M. Griffioen, M.M. Groothuis, T. de Jong, J.P. Loof, H.M.Th.D. ten Napel, B. Steunenbergh & W.J.M. Voermans, *De Nederlandse Grondwet geëvalueerd; anker – of verdwijnpunt?* Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009.

Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2009

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.H. Gerards, *Behoeft de Nederlandse Grondwet aanvulling met een recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces? Rapport in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties*, Universiteit Leiden, Afdeling Staats – en Bestuursrecht, 30 januari 2009.

Barkhuysen, Van Emmerik & Loof 2009

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof (red.), *Geschakeld recht. Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70^{ste} verjaardag van prof. mr. E.A. Alkema* Deventer: Kluwer 2009.

Barkhuysen, Den Ouden & Polak (red.) 2010

T. Barkhuysen, W. den Ouden, J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Barkhuysen & Onrust 2010

T. Barkhuysen & F. Onrust, 'De betekenis van het voorzorgsbeginsel voor de Nederlandse (milieu)rechtspraak', in: M.N. Boeve e.a., *Kansen in het Omgevingsrecht; opstellen aangeboden aan prof. mr. N.S.J. Koeman*, Groningen: Europa Law Publishing 2010, p. 45-76.

Barkhuysen & Van Emmerik 2010a

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Het EVRM als inspiratiebron en correctiemechanisme voor de Awb', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden, J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 557-589.

Barkhuysen & van Emmerik 2010b

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Ongebonden binding. Verwijzing naar soft law – standaarden in uitspraken van het EHRM', *NTM/NJCM-Bull.* 2010 (60 jaar EVRM), p. 827-835.

Barkhuysen & Bos 2011

T. Barkhuysen & A.W. Bos, 'De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht', *JB plus* 2011, p. 3-34.

Barkhuysen & Van Emmerik 2011

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht*, (Mastermonografieën staats – en bestuursrecht), Deventer: Kluwer 2011.

Barkhuysen 2012

T. Barkhuysen, *Excessief (in)formalistisch bestuursrecht?*, *NJB* 2012, 04.

Barkhuysen & Van Emmerik 2012

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Mensenrechten als waarborg voor toeganke-lijk, zorgvuldig, voortvarend en evenredig bestuursrecht', *JB plus* 2012, p. 180-194.

Barkhuysen & Van Emmerik 2013

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Het recht op eigendom', in: J.H. Gerards e.a., *Grondrechten. De nationale, Europese en Internationale dimensie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013, p. 313-326.

Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2013

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.H. Gerards, 'Rechten van bijzondere groepen en collectieve rechten', in: J.H. Gerards e.a., *Grondrechten. De nationale, Europese en Internationale dimensie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013, p. 413- 433.

Barkhuysen 2014

T. Barkhuysen, 'Betere bestuursrechtelijke rechtsvorming met een amicus curiae?' *NJB* 2014/519, afl. 10, p. 633.

Barkhuysen & Bos 2014

T. Barkhuysen & A.W. Bos, 'De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht: een actualisatie anno 2014', *JBplus* 2014, p. 90-116.

Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2014

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.H. Gerards, 'De invloed van de Europese fundamentele rechten op het bestuursrecht.', in: B.J. Schueler, R. Widdershoven (red.), *Europeanisering van het algemeen bestuursrecht, 75 jaar VAR*, Den Haag: Boom Jurische uitgevers 2014, p. 33-56.

Barkhuysen e.a. 2014a

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, B.J. van Ettehoven, V. Mul, R. Stijnen & M.F.J.M. de Werd, *Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbeperkend overheids-ingrijpen. Studie naar aanleiding van de agenda voor de rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2014.

Barkhuysen e.a. 2014b

T. Barkhuysen, C. de Kruif, W. den Ouden & Y.E. Schuurmans, *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*, Deventer: Kluwer 2014.

Barkhuysen & Van Emmerik 2017

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Europese grondrechten en het Nederlandse bestuursrecht. De betekenis van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest*, Deventer: Kluwer 2017.

Barkhuysen & Den Ouden 2016

T. Barkhuysen & W. den Ouden, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht', *NJB* 2016/741.

Bates 2010

E. Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights. From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford University Press 2010.

Battjes 2009

H. Battjes, 'In Search of a Fair Balance: The Absolute Character of the Prohibition of *Refoulement* under Article 3 ECHR Reassessed', *Leiden Journal of International Law*, volume 22, issue 03, 2009, p. 583-621.

Battjes 2011

H. Battjes, 'Straatsburg toezicht op Unie-Asielrecht M.S.S. t. België en Griekenland', *A&MR* 2011, nr. 2, p. 66-74.

Battjes 2012

H. Battjes, 'Pas de deux – De wisselwerking tussen Luxemburgse en Straatsburgse bij de harmonisatie van het asielrecht', *NTER* 2012, p. 83-93.

Battjes e.a. 2014

H. Battjes e.a., 'Kroniek van het migratierecht', *NJB* 2014, p. 2486-2494.

- Battjes e.a. 2015
H. Battjes e.a., 'Kroniek van het migratierecht', *NJB* 2015, p. 2475-2485.
- Battjes 2016
H. Battjes, 'Veilige landen van herkomst. Verzwaring van de bewijslast?', *A&MR* 2016, nr. 6/7, p. 275-284.
- Battjes e.a. 2016
H. Battjes e.a. 'Kroniek van het migratierecht', *NJB* 2016/1818.
- Van Bennekom & Van der Winden 2011
W.J. van Bennekom & J.H. van der Winden, *Asielrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.
- Bex-Reimert & Super 2016
V.M. Bex-Reimert & L.A. Super, 'Geloofwaardig? De rol van de bestuursrechter in asielzaken', *JBplus* 2016/3.
- Blomberg 2004
A.B. Blomberg, *Handhaven binnen EVRM grenzen*, in: T. Barkhuysen, A.B. Blomberg, M.K. Bulterman & J.M. Verschuuren, *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht* (preadvies VAR, nr. 132), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 115-191.
- Bodnar 2014
A. Bodnar, 'Res Interpretata: Legal Effect of the European Court of Human Rights' Judgments for other States Than Those Which Were Party to the Proceedings', in: Y. Haeck & E. Brems (red.), *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century*, Dordrecht: Springer 2014.
- Boeles e.a. 2014
P. Boeles, M. den Heijer, G. Lodder & K. Wouters, *European Migration Law*, Cambridge – Antwerpen – Portland: Intersentia 2014.
- Den Boer, Koopman & Wattel 1999
J. den Boer, R.J. Koopman & P.J. Wattel, *Fiscaal Commentaar. Algemeen belastingrecht*, Kluwer 1999.
- Bonello 2009
G. Bonello, 'Evidentiary Rules of the ECHR in Proceedings relating to Articles 2, 3 and 14 – A Critique', *Int. – Am. & Eur. Hum. Rts. J.* 2009, nr. 3, p. 66-80.
- Bonner 2012
D. Bonner, *If you cannot change the rules of the game, adapt to them: United Kingdom responses to the restrictions set by Article 3 ECHR on 'national security' deportations*, in: R. Dickinson, E. Katselli, C. Murray & O.W. Pedersen, *Examining critical perspectives on human rights*, Cambridge University Press 2012, p. 61-86.
- Bossuyt 2012
M. Bossuyt, 'The Court of Strasbourg Acting as an Asylum Court', *European Constitutional Law Review*, 8, 2012, p. 203-245.
- Bossuyt 2014
M. Bossuyt, 'Rechterlijk activisme in Straatsburg', *Rechtskundig Weekblad Antwerpen*, 19, 2014, p. 723-733.
- Bossuyt 2015
M. Bossuyt, 'Judicial activism in Strasbourg', in: K. Wellens (red.), *International law in silver perspective: challenges ahead*, Leiden: Brill Nijhoff 2015, p. 31-56.

Brems 2013

E. Brems, 'Procedural protection: an examination of procedural safeguards read into substantive Convention rights', in: E. Brems & J.H. Gerards, *Shaping Rights in the ECHR. The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge University Press 2013, p. 137-161.

Brems 2017

E. Brems, 'The 'Logics' of Procedural-type Review by the European Court of Human Rights', in: E. Brems & J.H. Gerards, *Procedural review in European fundamental rights cases*, Cambridge: Cambridge University Press 2017.

Brems & Gerards 2013

E. Brems & J.H. Gerards, *Shaping Rights in the ECHR. The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2013.

Brems & Gerards 2017

E. Brems & J.H. Gerards, *Procedural review in European fundamental rights cases*, Cambridge: Cambridge University Press 2017.

Brems & Gerards 2017a

E. Brems & J.H. Gerards, 'Procedural review in European fundamental rights cases – introduction', in: E. Brems & J.H. Gerards, *Procedural review in European fundamental rights cases*, Cambridge: Cambridge University Press 2017.

Brems & Lavrysen 2013

E. Brems & L. Lavrysen, 'Procedural Justice in Human Rights Adjudication: The European Court of Human Rights', *Human Rights Quarterly (HRQ)* 2013, p. 176-200.

Brems & Lavrysen 2015

E. Brems & L. Lavrysen, 'Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut': Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights', *Human Rights Law Review* 2015, p. 139-168.

Brouwer & Hesselman 2015

J. Brouwer & M. Hesselman, 'Gaswinning en het recht op veiligheid', *NJB* 2015/1248.

Bruin 2011

R. Bruin, 'UNHCR's mandaatverklaringen: de rol van UNHCR in de Nederlandse asielprocedure', *A&MR* 2011, nr. 5-6, p. 242-247.

Bryan & Langford 2010

I. Bryan & P. Langford, 'Impediments to the Expulsion of Non-Nationals: Substance and Coherence in Procedural Protection under the European Convention on Human Rights', *NJIL* 2010, p. 457-479.

Buyse 2009

A. Buyse, 'The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: Possibilities and Challenges' *Nomika Vima (Greek Law Journal)*, November 2009.

Callewaert 2010

J. Callewaert, 'Het EVRM en de Europese Unie: van Bosphorus naar Lissabon', *NTER* 2010, p. 101-107.

Chevalier – Watts 2010

J. Chevalier – Watts, 'Effective Investigations under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Securing the Right to Life or an Onerous Burden on a State?', *The European Journal of International Law* 2010, p. 701-721.

Christoffersen 2009

J. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2009.

Çoban 2004

A.R. Çoban, *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*, Hampshire: Ashgate 2004.

Cox 2010

M. Cox, 'Diplomatieke garanties versus de absolute gelding van artikel 3 EVRM. een stroomschema als praktische handreiking', *NTM/NJCM-Bull.* 2010, p. 388-404.

Daalder 2011

E.J. Daalder, *Handboek openbaarheid van bestuur*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011

Damen e.a. 2009

L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht. Rechtsbescherming tegen de overheid. Bestuursprocesrecht. Deel 2*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Dembour 2015

M.B. Dembour, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford University Press 2015.

Dewulf 2011

S. Dewulf, *The signature of evil: (re)defining torture in international law*, (diss. Universiteit Antwerpen), Antwerpen 2011.

Dickinson e.a. 2012

R. Dickinson, E. Katselli, C. Murray & O.W. Pedersen, *Examining critical perspectives on human rights*, Cambridge University Press 2012.

Van Dijk e.a. 2006

P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn & L. Zwaak (red.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen – Oxford: Intersentia 2006.

Van Dijk 2009

P. van Dijk, *Een effective remedy in de zin van artikel 13 EVRM bij overschrijding van de redelijke termijn in de zin van artikel 6 EVRM – bestuursrechtelijke procedures*, in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof (red.), *Geschakeld recht. Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70^{ste} verjaardag van prof. mr. E.A. Alkema*, Deventer: Kluwer 2009, p. 115-133.

Drzemczewski 2000

A. Drzemczewski, 'Fact – finding as Part of Effective Implementation: the Strasbourg Experience', in: A.F. Bayefsky (ed.), *The UN Human Rights Treaty System in the 21st Century*, Den Haag: Kluwer Law International 2000, p. 115- 136.

Dutertre 2003

G. Dutertre, *Key case-law extracts. European Court of Human Rights*, Council of Europe Publishing 2003.

Van den Eijnden 2013

P. van den Eijnden, 'Artikel 6 EVRM. Onafhankelijk en onpartijdig gerecht', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM, Deel I – Materiële bepalingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 330- 378.

Emaus 2013

J.M. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht. Over de inpassing van fundamentele rechtsschending in het Nederlandse burgerlijk recht*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Van Emmerik 1997

M.L. van Emmerik, *Schadevergoeding bij schending van mensenrechten. De rechtspraktijk onder het EVRM vergeleken met die in Nederland*, (diss. Leiden) Leiden: Stichting NJCM-boekerij 1997.

Van Emmerik & Saris 2014

M.L. van Emmerik & C.M. Saris, *Evenredige bestuurlijke boetes*, in: C.L.G.F.H. Albers, M.L. van Emmerik, C.M. Saris & F.J.P.M. Haas, *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?* (VAR-reeks 152), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 112-204.

Van Emmerik & Saris 2015

M.L. van Emmerik & C.M. Saris, 'Evenredige boeteoplegging in het bestuursrecht', *JB-plus* 2015, p. 220-242.

Van den Eynde 2013

L. Van den Eynde, 'An empirical look at the amicus curiae practice of human rights NGOs before the European Court of Human Rights', *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 31/3, 2013, p. 271-313.

Fleuren & Gerards 2013

J.W.A. Fleuren & J.H. Gerards, *Implementatie van het EVRM en de uitspraken van het EHRM in de nationale rechtspraak. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Radboud Universiteit Nijmegen (Ministerie van Veiligheid en Justitie (WODC – onderzoek)) 2013.

Flogaitis, Zwart & Fraser 2013

S. Flogaitis, T. Zwart & J. Fraser, *The European Court of Human Rights And Its Discontents. Turning Criticism into Strength*, Edward Elgar Publishing 2013.

Forder 2015

C.Forder, 'Commentaar op artikel 8 EVRM, par. C.1', in: J.H. Gerards e.a., *Sdu Commentaar EVRM, Deel I – Materiële bepalingen*, Sdu (digitaal geraadpleegd).

Franck & Fairley 1980

Thomas M. Franck & H. Scott Fairley, 'Procedural due process in human rights fact-finding by international agencies', 74 *Am.J.Int'l.L.* (1980), p. 308-345.

Fribergh & Kjaerum 2013

E. Fribergh & M. Kjaerum, *Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration*, Luxembourg: Publications Office of the European Union 2013.

Frowein 1992

J.A. Frowein, 'Fact-finding by the European Commission of human Rights', p. 193-200, in: R.B. Lillich (red.), *Fact-finding before International Tribunals*, New York: Transnational Publishers 1992.

Garlicki 2007

L. Garlicki, 'Broniowski and afger: on the dual nature of "pilot judgments" in: L. Caflisch e.a. (red.), *Liber Amicorum Luzius Wildhaber: Human Rights – Strasbourg Views – Droits de l'homme – Regards de Strasbourg*, N.P. Engel, 2007, p. 177-192.

Geertsema, Helmink & Spijkerboer 2010

K.E. Geertsema, H.E. Helmink & T.P. Spijkerboer, 'Kroniek van het migratierecht' *NJB* 2010.

Geertsema, Helmink & Spijkerboer 2012

K.E. Geertsema, H.E. Helmink & T.P. Spijkerboer, 'Kroniek van het migratierecht' *NJB* 2012.

Gerards 2006

J.H. Gerards, *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten*, (oratie Leiden) Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006.

Gerards 2008

J.H. Gerards, 'Judicial deliberations in the ECtHR' in: N. Huls, M. Adams & J. Bomhoff (red.), *The legitimacy of Highest Courts' Rulings*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2008, p. 407-436.

Gerards 2011a

J.H. Gerards, *EVRM algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

Gerards 2011b

J.H. Gerards, *Het prisma van de grondrechten* (oratie Nijmegen), Nijmegen: Van Eck & Oosterink 2011.

Gerards & Terlouw 2012

J.H. Gerards & A. Terlouw, *Adviezen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, Amici Curiae*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012.

Gerards 2013

J.H. Gerards, 'Het recht op leven en het doodstrafverbod', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Grondrechten. De nationale, Europese en Internationale dimensie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013, p. 231-253.

Gerards & Sieburgh 2013

J.H. Gerards & C. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013

Gerards e.a. 2013

J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM, Deel I – Materiële bepalingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

Gerards 2014

J.H. Gerards, 'The European Court of Human Rights and the national courts: giving shape to the notion of shared responsibility' in: J.H. Gerards & J. Fleuren (eds.), *Implementation of the European Court of Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case-law. A comparative analysis*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia 2014, p. 13-93.

Gerards & Fleuren 2014

J.H. Gerards & J. Fleuren (eds.), *Implementation of the European Court of Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case-law, A comparative analysis*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia 2014.

Gerards 2016

J.H. Gerards, 'The Netherlands: Political Dynamics, Institutional Robustness', in P. Popelier & S. Lambrechts (eds.), *Criticism of the European Court of Human Rights. Shifting the Convention System: Counter-dynamics at the National and EU Level*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia 2016, p. 327-360.

Gerards 2017

J.H. Gerards, 'Procedural review by the ECtHR – a typology', in: E. Brems & J.H. Gerards, *Procedural review in European fundamental rights cases*, Cambridge: Cambridge University Press 2017.

Gibb & Good 2013

R. Gibb & A. Good, 'Do the Facts Speak for Themselves? Country of Origin Information in French and British Refugee Status Determination Procedures', *International Journal of Refugee Law*, 2013, Vol. 25, no. 2, p. 291-322.

Gijselaar & De Jong 2016

E.C. Gijselaar & E.R. de Jong, 'Overheidsfalen en het EVRM bij ernstige bedreigingen voor de fysieke veiligheid', *NTBR* 2016/6.

Glas 2016a

L.R. Glas, 'Verjaardagswens; Meer statelijke vrienden', *NTM/NJCM-Bull.* 2016, p. 459-460.

Glas 2016b

L.R. Glas, 'Aanbevelingen aan de verdragsstaten voor een toekomstbestendig EVRM-systeem. En wat Nederland heeft gedaan en nog zou kunnen doen', *NTM/NJCM-Bull.* 2016/20, p. 282-303.

Glas 2015

L.R. Glas, *The Theory, Potential and Practice of Procedural Dialogue in the European Convention on Human Rights System*, (diss. RUN), Intersentia 2015.

Grabenwarter 2014

C. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights, Commentary*, C.H. Beck, Hart, Nomos, Helbing Lichtenhahn Verlag 2014.

Gragl 2013

P. Gragl, '(Judicial) love is not a one-way street: the EU preliminary reference procedure as a model for ECtHR advisory opinions under draft Protocol no. 16', *European Law Review* 2013, 38 (2), p. 229-247.

Greer & Wildhaber 2012

S. Greer & L. Wildhaber, 'Revisiting the Debate about 'constitutionalising' the European Court of Human Rights', *Human Rights Law Review* 2012, p. 655-687.

Grgić e.a. 2007

A. Grgić, Z. Mataga, M. Longar & A. Vilfan, *The right to property under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights and its protocols*, Human rights handbooks, no. 10, Strasbourg: Council of Europe 2007.

Haack & Herrera 2011

Y. Haack & C.B. Herrera, *Procederen voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, Antwerpen: Intersentia 2011.

- Haeck & Brems 2014
Y. Haeck & E. Brems (red.), *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century*, Dordrecht: Springer 2014.
- Hagens 2011
M. Hagens, *Toezicht op menswaardige behandeling van gedetineerden in Europa. Een onderzoek naar de verhouding van het EHRM en het CPT bij de effectuering van het folterverbod*, (diss. Leiden) Meijers 2011.
- Haider 2013
D. Haider, *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers 2013.
- Harbo 2017
T. Harbo, 'International Legal Theory. Introducing Procedural Proportionality Review in European Law', *Leiden Journal of International Law* 2017, 30, p. 25-47.
- Harris e.a. 2009
D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates, & C.M. Buckley, *Harris, O'Boyle & Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2009, 2nd edition.
- Harris e.a. 2014
D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates, & C.M. Buckley, *Harris, O'Boyle & Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2014.
- Van Harten & Grootelaar 2014
H.J. van Harten & H.A.M. Grootelaar, 'Doorwerking van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie in de Nederlandse rechtspraak: een kwantitatieve stand van zaken', *NTM/NJCM-Bull.* 2014, p. 181-199.
- Den Heijer 2013
M. den Heijer, 'Procedural Aspects of Shared Responsibility in the European Court of Human Rights', *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 4, No. 2, 2013, p. 361-383.
- Helfer 2008
L.R. Helfer, 'Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime', *The European Journal of International Law*, 2008, p. 125-159.
- Helmink 2012
H.E. Helmink, 'De omvang van de ex nunc toets in de Nederlandse asielprocedure', *A&MR* 2012, p. 291-303.
- Hendriks & Van Dijk 2008
A.C. Hendriks, M.T. van Dijk, 'Overlijden tijdens detentie: speciale aandacht geboden', *Sanctie* 2008, p. 70-93.
- Hendriks 2017
A.C. Hendriks, 'Kroniek rechtspraak rechten van de mens', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 2017, p. 143-161.
- Heringa & Zwart 1991
A.W. Heringa en T. Zwart, *De Nederlandse Grondwet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.
- Heringa, Schokkenbroek & Van der Velde 1998
A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek en J. van der Velde, *EVRM, Rechtspraak & Commentaar*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1998.

Heringa 2001

A.W. Heringa, *Artikel 1 Eerste Protocol EVRM: het eigendomsrecht*, in: *Eigendom in het milieurecht*, Utrecht 2001, p. 17-27.

De Hert e.a. 2015

P.J.A. de Hert, A. Hoefmans, L. Stevens, 'Commentaar op 8 EVRM. par. C.6' in: J.H. Gerards e.a., *Sdu Commentaar EVRM, Deel I – Materiële bepalingen*, Sdu (digitaal geraadpleegd).

Hirsch Ballin 1983

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het Nederlandse administratieve recht' (preadvies), *Handelingen Nederlandse Juristen Vereniging* 1983 – I.

Hirsch Ballin 2015

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak. Over de betekenis van veranderingen in economie, politiek en samenleving voor de bestuursrechtelijke ontwikkeling', in: E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortlep & A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015 (VAR-reeks 154), p. 7-58.

Den Houdijker 2012

F.M.J. den Houdijker, *Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem. De toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in strikte zin door het EHRM en het HvJ EU*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012.

Huijbers 2015

L. Huijbers, 'Het woonwagenbeleid in Nederland vanuit mensenrechtelijk perspectief', *NTM/NJCM-Bull.* 2015/4, p. 387- 417.

Jacobs e.a. 2012

M.J. Jacobs, H.E. Bröring, C.W. Backes & M.R.T. Pauwels, *Tijd voor verandering. Over overgangsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012 (VAR-reeks 148).

Jansen 2004

A.M.L. Jansen, *Constitutionalisering van het bestuursprocesrecht*, (Preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking), Deventer: Kluwer 2004.

Jensma 2013

F. Jensma, 'Egbert Myjer, rechter, diplomaat en lobbyist tussen Straatsburg en Den Haag', *NJB* 2013, 197.

De Kam 2013

A. de Kam, 'De betekenis van artikel 1 Eerste Protocol voor he algemeen bestuursrecht', in: Janneke Gerards & Carla Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 155-176.

Kazazi 1996

M. Kazazi, *Burden of proof and related issues. A Study on Evidence Before International Tribunals*, Den Haag/Londen/Boston: Kluwer Law International 1996.

Keller & Heri 2014

H. Keller & C. Heri, 'Enforced Dissapearance and the European Court of Human Rights. A 'Wall of Silence', Fact-Finding Difficulties and States as 'Subversive Objectors', *Journal of International Criminal Justice* 12, 2014, p. 735-750.

- Klaassen 2015
M.A.K. Klaassen, 'The right to family unification. Between migration and human rights', (diss. Leiden) 2015.
- Knijff e.a. 2012
C.Knijff, A. Verburg & R. Widdershoven, 'Dynamiek en turbulentie in het bestuursrecht', *JBplus* 2012, p. 51-60.
- Korff 2006
D. Korff, *The right to life. A guide to the implementation of Article 2 of the European Convention on Human Rights*, Human Rights handbooks, no. 8, Straatsburg: Raad van Europa 2006.
- Koenraad & Zwaan 2010
R. Koenraad & K. Zwaan, 'Advisering', *A&MR* 2010, nr. 4 p. 199-205.
- Koffeman 2015
N.R. Koffeman, *Morally Sensitive Issues and Cross-Border Movement in the EU. The cases of reproductive matters and legal recognition of same-sex relationships* (diss. Leiden), Intersentia 2015.
- Kuijer 2004
M. Kuijer, *The blindfold of Lady Justice. Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR* (diss. Leiden), Nijmegen: WLP 2004.
- Kuijer 2010
M. Kuijer, 'Toetreding van de Europese Unie tot het EVRM. Hét verjaardagscadeau voor een 60-jarig EVRM of een vreemde gast op het partijtje?', *NTM/NJCM-Bull.* 2010 (speciale editie t.g.v. 60 – jarig EVRM), p. 932-947.
- Kuijer 2013
M. Kuijer, 'The Right to a Fair Trial and the Council of Europe's Efforts to Ensure Effective Remedies on a Domestic Level for Excessively Lengthy Proceedings', *Human Rights Law Review* 2013, p. 777-794.
- De Lange, Leeuw & Mevis 2009
R. de Lange, B.J.G. Leeuw & P.A.M. Mevis, *Grondwet en het recht op een eerlijk proces. Algemene verkenning en uitwerking voor het strafrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009.
- Langereis 1986
Ch. J. Langereis, *Fiscale rechtsbescherming. Een onderzoek naar ontvankelijkheid en omvang van het beroep in belastingzaken*, (diss. Tilburg) (Fiscale monografie) Deventer: Kluwer 1986.
- Langereis 2002
Ch. J. Langereis, *Taxation and the right to property*, in: J.P. Loof, H. Ploeger & A. van der Steur (red.), *The right to property. The influence of Article 1 Protocol no. 1 ECHR on several fields of domestic law*, Maastricht: Shaker publishing 2000, E.M. Meijers Institute of Legal Studies Leiden University, p. 155-163.
- Vande Lanotte & Haeck (red.) 2004a
J. Vandelanotte & Y. Haeck (red.), *Handboek EVRM, Deel 2 – Artikelsgewijze commentaar, Volume I*, Antwerpen – Oxford: Intersentia 2004.
- Vande Lanotte & Haeck (red.) 2004b
J. Vandelanotte & Y. Haeck (red.), *Handboek EVRM, Deel 2 – Artikelsgewijze commentaar, Volume II*, Antwerpen – Oxford: Intersentia 2004.

Lavrysen 2016

L. Lavrysen, *Human Rights in a Positive State. Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia 2016.

Lawson 2010

R.A. Lawson, 'Stuifzand of kruisbestuiving? Over de invloed van het Unierecht op de rechtspraak van het EHRM', *NTM/NJCM-Bull.* 2010 (speciale editie t.g.v. 60 – jarig EVRM), p. 783-797.

Leach e.a. 2009

Philip Leach, Costas Paraskeva & Gordana Uzelac, *International human rights & fact-finding. An analysis of the fact-finding missions conducted by the European Commission and the Court of Human Rights*, London: Human Rights & Social Justice 2009.

Leach e.a. 2010

P. Leach, C. Paraskeva & G. Uzelac, 'Human Rights fact-finding. The European Court of Human Rights at a crossroads', *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2010, p. 41-77.

Leach 2011

P. Leach, *Taking a case to the European Court of Human Rights*, Oxford University Press 2011.

Leeuw 2013

B.J.G. Leeuw, *Grondwet en eerlijk proces. Een onderzoek naar de eventuele meerwaarde van het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Nederlandse Grondwet*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013.

Leijten 2013

A.E.M. Leijten, 'From Stec to Valkov: Possessions and Margins in the Social Security Case Law of the European Court of Human Rights', *Human Rights Law Review* 2013, p. 309-349.

Leijten 2015

A.E.M. Leijten, 'Core Rights and the Protection of Socio-Economic Interests by the European Court of Human Rights', CPI Koninklijke Wöhrmann 2015.

Lemmens 2013

P. Lemmens, 'The right to a fair trial and its multiple manifestations', in: E. Brems & J.H. Gerards, *Shaping Rights in the ECHR. The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge University Press 2013, p. 294-314.

Lindenberg 2013

K. Lindenberg, 'Zedendelicten en positieve verplichtingen' in: J.H. Gerards & C. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 501-529.

Loof 2005

J.P. Loof, *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden? Opschorting en beperking van mensenrechtenbescherming tijdens noodtoestanden en andere situaties die de staatsveiligheid bedreigen*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.

Loucaides 1995

L.G. Loucaides, *Essays on the Developing Law of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers 1995.

Mačkić 2017

J. Mačkić, *Proving Discriminatory Violence at the European Court of Human Rights*, (diss. Leiden), Ipskamp Printing 2017.

Mačkić 2013

J. Mačkić, 'Artikel 38 EVRM. Behandeling van de zaak, in: J.H. Gerards e.a., *Sdu Commentaar EVRM, Deel I – Materiële bepalingen*, Sdu 2013 (digitaal geraadpleegd).

Mahoney 1998

P. Mahoney, 'The doctrine of the margin of appreciation under the European Convention on Human Rights: Its legitimacy in theory and application in practice', *HRLJ* 1998, p. 1-6.

Marseille e.a. 2015

B. Marseille, B. de Waard & P. Laskewitz, 'De Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht in de praktijk', *NJB* 2015/1482.

McIntosh 2016

S. McIntosh, 'Taken lives matter: open justice and recognition in inquests into deaths at the hand of the state', *International Journal of Law in Context* 2016, 12, 2, p. 141-161.

Mirgaux 2013a

S. Mirgaux, 'Artikel 2 EVRM. Recht op leven', in: J.H. Gerards e.a., *Sdu Commentaar EVRM, Deel I – Materiële bepalingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 25-76.

Mirgaux 2013b

S. Mirgaux, 'Artikel 13 EVRM. Recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel', in: J.H. Gerards e.a., *Sdu Commentaar EVRM, Deel I – Materiële bepalingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 1098-125.

Mole 2000

N. Mole, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files, no. 9, Council of Europe 2000.

Mole 2007

N. Mole, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files, no. 9, Council of Europe 2007.

Mole & Meredith 2010

N. Mole & C. Meredith, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files, no. 9, Council of Europe 2010.

Mowbray 2002

A. Mowbray, 'Duties of investigation under the European Convention on Human Rights' *International and Comparative Law Quarterly* 2002, p. 437-448.

Mowbray 2007

A. Mowbray, *Cases and materials on the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2007.

Mowbray 2010

A. Mowbray, 'The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights' in: D.L. Shelton, *Regional Protection of Human Rights*, Oxford University Press 2010, p. 370-377.

Mowbray 2012

A. Mowbray, *Cases and materials on the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2012.

Mowbray 2015

A. Mowbray, 'Subsidiarity and the European Convention on Human Rights', *Human Rights Law Review* 2015, p. 1-29.

Myjer 2016

E. Myjer, 'Hoe nu verder met het Europese Hof? Opmerkingen over het CDDH report on the longer-term future of the system of the European Convention on Human Rights', *NTM-NJCM-Bull.* 2016/03, p. 45-51.

Nussberger 2017

A. Nussberger, 'Procedural review by the ECHR – View from the Court', in: E. Brems & J.H. Gerards, *Procedural review in European fundamental rights cases*, Cambridge: Cambridge University Press 2017.

Oomen 2016

B.M. Oomen, 'A serious case of Strasbourg-bashing? An evaluation of the debates about legitimacy on the European Court of Human Rights in the Netherlands', *The International Journal of Human Rights* 2016, vol. 20, nr. 3, p. 407-425.

Den Ouden 2010

W. den Ouden, *De intrekking van begunstigde beschikkingen door bestuursorganen*, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden, J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 689-715.

Panagoulas 2011

K.I. Panagoulas, *La procéduralisation des droits substantiels garantis par la convention Européenne des droits de l'homme*, (mémoire de master 2 recherche de droit public approfondi), Bruxelles: Bruylant 2011.

Paraskeva 2007

C. Paraskeva, 'Reforming the European Court of Human Rights. An Ongoing Challenge', *Nordic Journal of International Law* 2007, p. 185-216.

Paraskeva 2008

C. Paraskeva, 'Returning the Protection of Human Rights To Where They Belong, At Home' *International Journal of Human Rights* 12, 2008, p. 415-448.

Pauwels 2016a

M.R.T. Pauwels, 'Kroniek belastingen en mensenrechtenverdragen: 2014-2015', *NTM-NJCM-Bull.*, jrg. 41, 2016, nr. 1, p. 19-43.

Pauwels 2016b

M.R.T. Pauwels, 'Belastingen en mensenrechtenverdragen: kroniek 2014-2015', *MBB* 2016, nr. 3, p. 113-128.

Peroni & Timmer 2013

L. Peroni en A. Timmer, 'Vulnerable Groups: the Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law', *I-CON* 2013, vol. 11, no. 4, p. 1065-1085.

Peçi 2013a

I. Peçi, 'Recht op een procedure op tegenspraak ('right to an adversarial trial'), in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM, Deel I – Materiële bepalingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 260-287.

Peçi 2013b

I. Peçi, 'Motivering van rechterlijke uitspraken', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM, Deel I – Materiële bepalingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 288-293.

De Poorter & De Graaf 2011

J.C.A. de Poorter & K.J. de Graaf, *Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*, Raad van State, Den Haag 2011.

De Poorter 2013

J.C.A. de Poorter, 'Het overbruggen van de kloof tussen recht en samenleving. Over rechtsvorming door de bestuursrechter en hoe de samenleving daarbij te betrekken (oratie Tilburg University)', Tilburg: Tilburg University Press 2013.

De Poorter 2015a

J.C.A. de Poorter, 'Het belang van de amicus curiae voor de rechtsvormende taak van de hoogste bestuursrechters. Naar een regeling van de amicus curiae in de Algemene wet bestuursrecht', *NTB* 2015/7.

De Poorter 2015b

J.C.A. de Poorter, 'Bestuursprocesrecht', *NTB* 2015/40.

De Poorter e.a. 2016

J.C.A. de Poorter, J.A. de Boer, C.J.A.M. Merckx & W.M.C.J. Rutten, 'Bestuursprocesrecht', *NTB* 2016/14.

Popelier e.a. 2016

P. Popelier & S. Lambrechts (red.), *Criticism of the European Court of Human Rights. Shifting the Convention System: Counter-dynamics at the National and EU Level*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia 2016

Popelier & Van de Heyning 2017

Popelier & Van de Heyning, 'Subsidiarity Post-Brighton: Procedural Rationality as Answer?', *Leiden Journal of International Law* 2017, 30, p. 5-23.

Rapport VAR- Commissie Rechtsbescherming 2004.

J.E.M. Polak, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting* (VAR – Commissie Rechtsbescherming) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Van Ravels 2010

B.P.M. van Ravels, 'Twijfel zaaien en nadeelcompensatie oogsten. Over bewijswaardering en nadeelcompensatie', *Ars Aequi* 2010, p. 543-551.

Reid 2011

K. Reid, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, Londen: Sweet & Maxwell 2011.

Remiche 2012

A. Remiche, 'Yordanova and others v Bulgaria: the Influence of the Social Right to Adequate Housing on the Interpretation of the Civil Right to Respect for One's Home', *Human Rights Law Review* 2012-4, p. 787-800.

Reneman 2010

A.M. Reneman, 'Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: mogelijke betekenis voor het vreemdelingenrecht', *A&MR* 2010, nr.5 & 6, p. 233-244.

Reneman 2011

A.M. Reneman, 'Het Kinderrechtenverdrag krijgt tanden. Over hoe het VN Verdrag inzake de Rechten van het Kind via het EU-recht en het EVRM binnendringt in het Nederlandse vreemdelingenrecht', *A&MR* 2011, nr. 8, p. 349-362.

Reneman 2012

A.M. Reneman, *EU asylum procedures and the right to an effective remedy*, Uitgeverij BOXPress 2012.

Reneman 2014

A.M. Reneman, 'Expulsion of EU citizens on the Basis of Secret Information: Article 47 of the EU Charter on Fundamental Rights Requires Disclosure of the Essence of the Case', *Review of European Administrative Law* 2014, vol. 7, nr. 1, p. 69-79.

Reneman 2015

A.M. Reneman, 'Implementatie van de herziene Asielprocedurerichtlijn: een nieuwe beslissystematiek en meer waarborgen voor asielzoekers', *NtEr* 2015, nr. 8, p. 250-256.

Rieter 2010

E.M. Rieter, *Preventing Irreparable Harm: Provisional Measures in International Human Rights Adjudication*, Antwerpen: Intersentia 2010.

Rieter 2013

E.M. Rieter e.a., 'Nederland en ratificatie van Protocol 15 bij het EVRM', *NJB* 2013, p. 2814-2815.

Rogge 1993

K. Rogge, 'Fact finding' in: R. St. J. Macdonald e.a. (ed.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Kluwer Academic Publishers (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers) 1993, p. 677-701.

Sadeghi 2009

K.C. Sadeghi, 'The European Court of Human Rights: The Problematic Nature of the Court's Reliance on Secondary Sources for Fact – Finding', *Conneticut Journal of International Law* 2009, vol. 25:127, p. 127-151.

Sanderink 2015a

D.G.J. Sanderink, 'Het EVRM en het materiële omgevingsrecht', (diss. Radboud Universiteit Nijmegen) Deventer: Kluwer 2015.

Sanderink 2015b

D.G.J. Sanderink, 'Commentaar op artikel 8 EVRM, par. C.5', in: J.H. Gerards e.a., *Sdu Commentaar EVRM, Deel I – Materiële bepalingen*, Sdu (digitaal geraadpleegd).

Schabas 2015

W.A. Schabas, *The European Convention on Human Rights. A commentary*, Oxford University Press 2015.

Schild 2012

A.J.P. Schild, *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht*, (diss. Leiden), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, Kluwer 2012.

Schilder, Loof & Sparrius 2013

J. Schilder, J.P. Loof, K. Sparrius, 'Vechten tegen spoken in de mist. Over veiligheidsonderzoeken voor vertrouwensfuncties en rechtsbescherming', *NJB* 2013/240.

Schokkenbroek 1998

J. Schokkenbroek, 'The basis, nature and application of the margin –of– appreciation doctrine in the case-law of the European Court of Human Rights, *HRLJ* 1998, p. 30 e.v.

Schokkenbroek 2005

J.G.C. Schokkenbroek, *EVRM Rechtspraak & Commentaar. Recht op leven*, Sdu Uitgevers 2005, p. 1- 28 (par. 3.2).

Schreuder – Vlasblom 2013

M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure, Recht en Praktijk. Staats – en bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Schreuder – Vlasblom 2011

M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure, Recht en Praktijk. Staats – en bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Schutte 2004

Mr. C.B. Schutte, *The European Fundamental Right of Property*, Studiekring 'Prof. mr. J. Offerhaus, nieuwe reeks nr. 9, Deventer: Kluwer 2004.

Schuurmans 2005

Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen*, Kluwer 2005.

Schuurmans 2015

Y.E. Schuurmans, *Van bestuursrechtelijke detailhandel naar maakindustrie* (oratie Leiden) Leiden: Universiteit Leiden 2015.

Scott 2014

M. Scott, 'Natural Disasters, Climate Change and *Non-Refoulement*: What Scope for Resisting Expulsion under Articles 3 and 8 of the European Convention on Human Rights?', *International Journal of Refugee Law* 2014, vol. 26, nr. 3, p. 404-432.

Shelton 2016

D. Shelton, 'Significantly Disadvantaged? Shrinking access to the European Court of Human Right', *Human Rights Law Review* 2016, 16, p. 303-322.

Simon 2003

H.J. Simon, 'Het EVRM en de bestuurlijke besluitvorming, *JBplus* 2003, p. 170-181 (deel I).

Simon 2004

H.J. Simon, 'Het EVRM en de bestuurlijke besluitvorming, *JBplus* 2004, p. 2-14 (deel II).

Slingenberg 2012

L. Slingenberg, *Between Sovereignty and Equality. The Reception of Asylum Seekers under International Law* (diss. VU Amsterdam), Amsterdam Migration Law Series 11: 2012.

Smith 2009

Matthew Smith, 'The adjudicatory fact-finding tools of the European Court of Human Rights', *EHRLR* 2009, p. 206-228.

Smits 2008

P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, (Serie Burgerlijk Proces & Praktijk), Deventer: Kluwer 2008.

Smyth 2015

C. Smyth, 'The Best Interests of the Child in the Expulsion and First-entry Jurisprudence of the European Court of Human Rights: How Principled is the Court's Use of the Principle?', *EJML* 2015, p. 70-103.

Somers 2016

S. Somers, *Aansprakelijkheidsrecht en mensenrechten. Kruisbestuiving in een meerlagige rechtsorde*, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2016.

Spijkerboer & Vermeulen 2005

T.P. Spijkerboer & B.P. Vermeulen, *Vluchtelingenrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005.

Spijkerboer 2007

T.P. Spijkerboer, 'Straatsburg en het Nederlandse vluchtelingenrecht – Bij de uitspraak Salah Sheekh tegen Nederland', *Nederlands Juristenblad* 2007, p. 380-387.

Spijkerboer 2009

T.P. Spijkerboer, 'Subsidiarity and 'Arguability': the European Court of Human Rights' Case Law on Judicial Review in Asylum Cases', *International Journal of Refugee Law*, 15 January 2009, p. 48-74.

Spijkerboer 2012

T.P. Spijkerboer, 'Het debat over het Europese Hof voor de Rechten van de Mens', *NJB* 2012/242.

Spijkerboer 2014

T.P. Spijkerboer, *De Nederlandse rechter in het vreemdelingenrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014.

Sluysmans 2011

J.A.M.A. Sluysmans, *De vitaliteit van het schadeloosstellingsrecht in onteigeningszaken* (diss. Leiden), *IBR* 2011.

Sluysmans 2012

J. A.M.A. Sluysmans, 'Kroniek onteigeningsrecht', *O&A* 2012/60.

Terlouw 2013

A. Terlouw, 'De invloed van het fundamentele recht op asiel op het Nederlandse recht', in: J.H. Gerards & C. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 101-131.

Thienel 2007

T. Thienel, 'The burden and standard of proof in the European Court of Human Rights', *German Yearbook of International Law* 2007, vol. 50, p. 543-588.

Thym 2008

D. Thym, 'Respect for private and family life under article 8 ECHR in immigration cases: a human right to regularize illegal stay?', *International and Comparative Law Quarterly*, p. 87-112.

Tigroudja 2007

H. Tigroudja, 'La preuve devant la Cour européenne des droits de l'homme, in: H. Ruiz Fabri & J.M. Sorel, *La preuve devant les juridictions internationales*, Parijs: Pedone 2007, p. 115-152.

Timmer 2013

A. Timmer, 'A Quiet Revolution: Vulnerability in the European Court of Human Rights', in: M. Fineman & A. Gear (eds.), *Vulnerability: Value and Critique*, Ashgate 2013, p. 147-170.

Tjepkema 2010

M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel*, Recht en Praktijk Staats – en bestuursrecht, Deventer: Kluwer 2010.

Tulkens 2011

F. Tulkens, 'The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights', *Journal of International Criminal Justice* 2011, p. 577 -595.

Uzman 2013

J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten. Over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk absteren en de dialoog tussen rechter en wetgever*, Kluwer 2013.

Veegens 2012

K. Veegens, *A Disrupted Balance? Prevention of terrorism and compliance with fundamental legal rights and principles of law – The Dutch anti-terrorism legislation*, Cambridge – Antwerpen – Portland: Intersentia 2012.

Veegens 2014

K. Veegens, 'Bewijslast inzake extraordinary rendition foltering. Een Europees en Nederlands perspectief', *Strafblad* 2014, p. 380-387.

Van der Velde 2009

J. van der Velde, *EVRM Rechtspraak & Commentaar. Positieve verplichtingen*, Sdu Uitgevers 2009, p. 1-36 (par. 2.2).

Van der Velde 2015

R. van de Velde, 'Voorzorg in het Bestuursrecht. Over zeehonden, zoönosen en wat als Groningen op Antarctica zou liggen', *NJB* 2015/351.

Vermeulen 2012

M.L. Vermeulen, *Enforced Disappearance. Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, Cambridge – Antwerpen – Portland: Intersentia 2012.

Viering 1994

M.L.W.M. Viering, *Het toepassingsgebied van artikel 6 EVRM* (diss. Radboud Universiteit Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Vlemminx 2002

F. Vlemminx, *Een nieuw profiel van de grondrechten. Een analyse van de prestatieplichten ingevolge klassieke en sociale grondrechten*, Schoordijk Instituut, Centrum voor wetgevingsvraagstukken, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

- De Waard 1987
B.W.N. de Waard, *Beginselen van behoorlijke rechtspleging. met name in het administratief procesrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1987.
- De Waard 2015
B.W.N. de Waard, m.m.v. J.B.J.M. ten Berge, *Leerstukken van bestuursprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.
- Wattel 1996
P.J. Wattel, 'Enkele mensenrechtelijke problemen in belastingzaken', in: 45 jaar EVRM, speciale uitgave NJCM-Bull. 1996, p. 187-202.
- Wattel 2016
P.J. Wattel, *Het EVRM is te belangrijk in Nederland*, NJB 2016/945, afl. 19.
- Wedemeijer 2010
J. Wedemeijer, 'De nieuwe asielprocedure', A&MR 2010, nr. 8, p. 398-407.
- Wenders 2010
D.W.M. Wenders, *Doorwerking van de beginselen van behoorlijke rechtspleging in de bestuurlijke voorprocedures*, Deventer: Kluwer 2010.
- Wenders 2011
D.W.M. Wenders, 'Doorwerking van de beginselen van behoorlijke rechtspleging in de bestuurlijke voorprocedures en de harde knip van de bestuursrechter', JB plus 2011, p. 159-184.
- Van de Westelaken 2010
R. van de Westelaken, 'Het EVRM als wapen tegen straffeloosheid. Over het recht van slachtoffers van ernstige mensenrechtenschendingen op een effectieve strafrechtelijke aanpak van de dader', NTM/NJCM-Bull. 2010, p. 135-152.
- White & Ovey 2010
R.C.A. White, C. Ovey, Jacobs, White & Ovey. *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2010.
- White & Ovey 2014
R.C.A. White, C. Ovey, Jacobs, White & Ovey. *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2014.
- Widdershoven 2006
R.J.G.M. Widdershoven, 'De invloed van het EG-recht en het EVRM op de Nederlandse bestuursrechtspraak', JB-plus 2006, p. 26-48.
- Woltjer 2015
A.J.Th. Woltjer, 'Commentaar op 8 EVRM. par. C.2' in: J.H. Gerards e.a., *Sdu Commentaar EVRM, Deel I – Materiële bepalingen*, Sdu (digitaal geraadpleegd).
- Woltjer & Van Pachtenbeke 2013
A.J.Th. Woltjer & A. van Pachtenbeke, 'Artikel 3 EVRM. Verbod van foltering', in: J.H. Gerards e.a., *Sdu Commentaar EVRM, Deel I – Materiële bepalingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 77-124.
- Wouters 2009
C.W. Wouters, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement. A legal analysis of the prohibitions on refoulement contained in the Refugee Convention, the European Convention of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention against Torture*, (diss. Leiden) E.M. Meijers Instituut, Antwerpen: Intersentia 2009.

Xenos 2012

D. Xenos, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Oxford: Routledge Research in Human Rights Law 2012.

Xenos 2007

D. Xenos, 'Asserting the Right to Life (Article 2, ECHR) in the Context of Industry', *German L.J.* 2007, vol.08, nr.3, p. 231-254.

Zoethout 2005

C.M. Zoethout, "'The Nutcracker Principle' of proportionaliteit als rechtsstatelijke norm voor wetgever, bestuur en rechter?", in: A.J. Nieuwenhuis e.a. (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 23-37.

Jurisprudentie

RAAD VAN EUROPA

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

- EHRM 23 juli 1968, zaaknr. 1677/62 (*Belgische Taalzaak*)
- EHRM 16 juli 1971, zaaknr. 2614/65 (*Ringeisen t. Oostenrijk*)
- EHRM 21 februari 1975, NJ 1975, 462, m.nt. E.A. Alkema (Grote Kamer) (*Golder t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 8 juni 1976, zaaknrs. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72/; 5370/72 (*Engel e.a. t. Nederland*)
- EHRM 7 december 1976, zaaknr. 5439/72 (Grote Kamer) (*Handyside t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 18 januari 1978, zaaknr. 5310/71 (*Ierland t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 28 juni 1978, zaaknr. 6232/73 (*König t. Duitsland*)
- EHRM 6 september 1978, zaaknr. 5029/71 (Grote Kamer) (*Klass e.a. t. Duitsland*)
- EHRM 13 juni 1979, zaaknr. 6833/74 (Grote Kamer) (*Marckx t. België*)
- EHRM 24 oktober 1979, NJ 1980, 114 (*Winterwerp t. Nederland*)
- EHRM 23 juni 1981, zaaknrs. 6878/75; 7238/75 (Grote Kamer) (*Le Compte, Van Leuven en De Meyere t. België*)
- EHRM 23 september 1982, NJ 1988, 290, m.nt. E.A. Alkema (Grote Kamer) (*Sporrong en Lönnroth t. Zweden*)
- EHRM 10 december 1982, zaaknrs. 7604/76; 7719/76; 7781/77; 7913/77 (*Foti e.a. t. Italië*)
- EHRM 8 december 1983, zaaknr. 8273/78 (*Axen t. Duitsland*)
- EHRM 21 februari 1984, zaaknr. 8544/79 (*Öztürk t. Duitsland*)
- EHRM 28 juni 1984, zaaknrs. 7819/77; 7878/77 (*Campbell en Fell t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 6 mei 1985, NJ 1989, 385, m.nt. Van Dijk (*Bönisch t. Oostenrijk*)
- EHRM 23 oktober 1985, zaaknr. 8848/80 (Grote Kamer) (*Bentham t. Nederland*)
- EHRM 21 februari 1986, NJCM-Bull. 1986, 546, m.nt. A.W. Heringa (Grote Kamer) (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 29 mei 1986, zaaknr. 9384/81 (Grote Kamer) (*Deumeland t. Duitsland*)
- EHRM 26 juni 1986, NJ 1987, 581, m.nt. E.A. Alkema (*Van Marle t. Nederland*)
- EHRM 24 oktober 1986, zaaknr. 9118/80 (*AGOSI t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 23 april 1987, zaaknr. 9273/81 (*Ettl en Others t. Oostenrijk*)
- EHRM 23 april 1987, zaaknr. 9616/91 (*Erkner en Hofauer t. Oostenrijk*)
- EHRM 23 april 1987, zaaknr. 9816/82 (*Poiss t. Oostenrijk*)
- EHRM 8 juli 1987, zaaknr. 9749/82 (Grote Kamer) (*W. t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 27 juli 1987, zaaknr. 8562/79 (Grote Kamer) (*Feldbrugge t. Nederland*)

- EHRM 27 oktober 1987, zaaknr. 10426/83 (*Pudas t. Zweden*)
- EHRM 7 juli 1989, NJ 1990, 158, m.nt. E.A. Alkema, NJCM – bull. 1989, 846, m.nt. B.P. Vermeulen (Grote Kamer) (*Soering t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 7 juli 1989, NJ 1991, 659, m.nt. E. Dommering (*Gaskin t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 7 juli 1989, zaaknr. 10873/84 (*Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden*)
- EHRM 19 december 1989, zaaknr. 10964/84 (Grote Kamer) (*Brozicek t. Italië*)
- EHRM 19 december 1989, zaaknrs. 10522/83; 11011/84; 11070/84 (*Mellacher t. Oostenrijk*)
- EHRM 28 juni 1990, zaaknr. 12258/86 (*Skärby t. Zweden*)
- EHRM 4 oktober 1990, zaaknr. 12633/87 (*Smith Kline t. Nederland*)
- EHRM 23 oktober 1990, zaaknr. 11296/84 (*Moreira de Azevedo t. Portugal*)
- EHRM 20 maart 1991, zaaknr. 15576/89 (Grote Kamer) (*Cruz Varas e.a. t. Zweden*)
- EHRM 29 oktober 1991, zaaknr. 11826/85 (Grote Kamer) (*Helmers t. Zweden*)
- EHRM 30 oktober 1991, NJ 1995, 743, m.nt. E.A. Alkema, (*Vilvarajah e.a. t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 16 december 1992, NJCM – bull. 1993, m.nt. J. van der Velde (*Geouffre de la Pradelle t. Frankrijk*)
- EHRM 16 december 1992, zaaknr. 13710/88 (*Niemietz t. Duitsland*)
- EHRM 25 februari 1993, zaaknr. 10828/84 (*Funke t. Frankrijk*)
- EHRM 24 juni 1993, zaaknr. 14556/89 (*Papamichalopoulos e.a. t. Griekenland*)
- EHRM 22 november 1993, zaaknr. 15473/89 (*Klaas t. Duitsland*)
- EHRM 22 februari 1994, zaaknr. 12954/87 (*Raimondo t. Italië*)
- EHRM 24 februari 1994, zaaknr. 12547/86 (*Bendenoun t. Frankrijk*)
- EHRM 19 april 1994, NJ 1995, m.nt. E.A. Alkema (*Van de Hurk t. Nederland*)
- EHRM 22 september 1994, zaaknr. 13616/88 (*Hentrich t. Frankrijk*)
- EHRM 24 november 1994, zaaknr. 17621/91 (*Kemmache t. Frankrijk*)
- EHRM 23 februari 1995, NJCM-bull. 1995, 1084, m.nt. R.J. Koopman (*Gasus Dossier – und Fördertechnik t. Nederland*)
- EHRM 24 februari 1995, zaaknr. 16424/90 (*McMichael t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 5 mei 1995, zaaknr. 18465/91 (*Air Canada t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 27 september 1995, zaaknr. 18984/91 (*McCann t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 20 november 1995, NJ 1996, 593, m.nt. E.J. Dommering (*Pressos Compania Naviera SA t. België*)
- EHRM 22 november 1995 (*Bryan t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 4 december 1995, zaaknr. 18896/91 (*Ribitsch t. Oostenrijk*)
- EHRM 8 februari 1996, zaaknr. 18731/91 (*John Murray t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 20 februari 1996, RJ&D 1996 – I, (Grote Kamer) (*Vermeulen t. België*)
- EHRM 22 februari 1996, zaaknr. 18892/91 (*Putz t. Oostenrijk*)
- EHRM 16 september 1996, zaaknr. 15777/89 (*Matos e Silva Lda e.a. t. Portugal*)
- EHRM 19 september 1996, zaaknr. 13844/02 (*Maupas e.a. t. Frankrijk*)
- EHRM 29 september 1996, zaaknr. 20348/92 (*Buckley t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 22 oktober 1996, NJ 1997, 449, m.nt. De Boer; NJCM – bull. 1997, m.nt. Loenen (*Stubbings e.a. t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 15 november 1996, NJ 1997, 301, m.nt. P. Boon (Grote Kamer) (*Chahal t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 17 december 1996, NJCM – bull. 1997 m.nt. Viering (*Terra Woningen t. Nederland*)

- EHRM 17 december 1996, zaaknr. 19187/91 (Grote Kamer) (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 18 december 1996, NJCM – bull. 1998, 167 (*Aksoy t. Turkije*)
- EHRM 18 maart 1997, NJ 1998, 278 (*Mantovanelli t. Frankrijk*)
- EHRM 19 maart 1997, JB 1997, 98, m.nt. A.W. Heringa (*Hornsby t. Griekenland*)
- EHRM 26 augustus 1997, zaaknr. 67/1996/686/876 (Grote Kamer) (*Balmer-Schafroth e.a. t. Zwitserland*)
- EHRM 24 september 1997, Reports 1997 (*Garyfallou AEBE t. Griekenland*)
- EHRM 21 oktober 1997, zaaknr. 24194/94 (*Pierre-Bloch t. Frankrijk*)
- EHRM 16 december 1997, zaaknrs. 136/1996/755/954 (*Camenzind t. Zwitserland*)
- EHRM 19 februari 1998, JB 1998, 24, m.nt. A.W. Heringa (*Allan Jacobsson t. Zweden*)
- EHRM 19 februari 1998, JB 1998, 48, m.nt. A.W. Heringa (Grote Kamer) (*Guerra e.a. t. Italië*)
- EHRM 19 februari 1998, zaaknr. 20124/92 (*Higgins e.a. t. Frankrijk*)
- EHRM 19 februari 1998, zaaknr. 25894/94 (*Bahaddar t. Nederland*)
- EHRM 19 februari 1998, zaaknr. 158/1996/777/97 (*Kaya t. Turkije*)
- EHRM 22 mei 1998, zaaknr. 21961/93 (*Hozee t. Nederland*)
- EHRM 9 juni 1998, NJ 1999, 283 (*L.C.B. t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 28 juli 1998, zaaknr. 23818/94 (*Ergi t. Turkije*)
- EHRM 2 september 1998, zaaknr. 22495/93 (*Yasa t. Turkije*)
- EHRM 2 september 1998, zaaknr. 26138/95 (*Lauko t. Slowakije*)
- EHRM 10 september 1999, zaaknr. 23594/94 (*Mehmet Emin Akdeniz e.a. t. Turkije*)
- EHRM 23 september 1998, zaaknr. 100/1997/884/1096 (*A t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 9 oktober 1998, zaaknr. 32448/96 (*Hatimi t. Zweden*)
- EHRM 28 oktober 1998, NJ 2000, 134, m.nt. E.A. Alkema (Grote Kamer) (*Osman t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 28 oktober 1998, Reports 1998, 3264 (*Assenov t. Bulgarije*)
- EHRM 21 januari 1999, zaaknr. 30544/96 (Grote Kamer) (*Garcia Ruiz t. Spanje*)
- EHRM 2 februari 1999, zaaknr. 42225/98 (ontv.besl.) (*J.E.D. t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 25 maart 1999, JB 1999, 163 (*Iatridis t. Griekenland*)
- EHRM 25 maart 1999, zaaknr. 31423/96 (*Papachelas t. Griekenland*)
- EHRM 29 april 1999, zaaknr. 25088/94 (Grote Kamer) (*Chassagnou t. Frankrijk*)
- EHRM 8 juli 1999, zaaknr. 23657/94 (Grote Kamer) (*Çakici t. Turkije*)
- EHRM 28 juli 1999, JV 1999, 200 (Grote Kamer) (*Selmouni t. Frankrijk*)
- EHRM 28 juli 1999, zaaknr. 22774/93 (*Immobilier Saffi t. Italië*)
- EHRM 19 november 1999, zaaknr. 31127/96 (*E.P. t. Italië*)
- EHRM 8 december 1999, zaaknr. 28541/95 (Grote Kamer) (*Pellegrin t. Frankrijk*)
- EHRM 11 april 2000, EHRC 2000, 48, m.nt. H. van der Wilt (*Sevta Veznedaroglu t. Turkije*)
- EHRM 4 mei 2000, zaaknr. 28341/95 (Grote Kamer) (*Rotaru t. Roemenië*)
- EHRM 13 juni 2000, zaaknr. 23531/94 (*Timurtas t. Turkije*)
- EHRM 27 juni 2000, zaaknr. 30979/96 (Grote Kamer) (*Frydlender t. Frankrijk*)
- EHRM 11 juli 2000, JV 2000, 240, m.nt. BV (*Jabari t. Turkije*)
- EHRM 13 juli 2000, EHRC 2000, 73, m.nt. Janssen (Grote Kamer) (*Elsholz t. Duitsland*)
- EHRM 13 juli 2000, zaaknrs. 39221/98 en 41963/98 (*Scozzari en Giunta t. Italië*)
- EHRM 5 oktober 2000, EHRC 2000, 84, m.nt. A.W. Heringa (Grote Kamer) (*Maaouia t. Frankrijk*)

- EHRM 19 oktober 2000, zaaknr. 31227/96 (*Ambruosi t. Italië*)
- EHRM 26 oktober 2000, EHRC 2000, 89, m.nt. J. van der Velde (Grote Kamer) (*Kudla t. Polen*)
- EHRM 13 december 2000 (ontv.besl.) (*Malthous t. Tsjechische Republiek*)
- EHRM 11 januari 2001, EHRC 2001, 17, m.nt. A.W. Heringa (*Platakou t. Griekenland*)
- EHRM 18 januari 2001, zaaknr. 24876/94 (Grote Kamer) (*Coster t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 18 januari 2001, zaaknr. 24882/94 (Grote Kamer) (*Beard t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 18 januari 2001, zaaknr. 25154/94 (*Jane Smith t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 18 januari 2001, zaaknr. 25289/94 (Grote Kamer)
- EHRM 18 januari 2001, zaaknr. 27238/95 (Grote Kamer) (*Chapman t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 6 maart 2001, EHRC 2001, 30, m.nt. Gijzen, JV 2001, 104, m.nt. TS (*Hilal t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 3 april 2001, zaaknr. 27229/95 (*Keenan t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 10 april 2001, zaaknr. 26129/95 (*Tanli t. Turkije*)
- EHRM 19 april 2001, zaaknr. 22751/95 (*KA t. Finland*)
- EHRM 19 april 2001, zaaknr. 28524/95 (*Peers t. Griekenland*)
- EHRM 3 mei 2001, zaaknr. 31827/96 (*J.B. t. Zwitserland*)
- EHRM 4 mei 2001, zaaknr. 24746/94 (*Hugh Jordan t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 10 mei 2001, EHRC 2001, 41, m.nt. J. van der Velde (Grote Kamer) (*Cyprus t. Turkije*)
- EHRM 10 mei 2001, EHRC 2001, 46, m.nt. E. Brems (Grote Kamer) (*Z e.a. t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 10 mei 2001, zaaknr. 28945/95 (Grote Kamer) (*T.P. en K.M. t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 7 juni 2001, zaaknr. 39594/98 (Grote Kamer) (*Kress t. Frankrijk*)
- EHRM 19 juni 2001, EHRC 2001, 54, m.nt. A.W. Heringa, (*Kreuz t. Polen*)
- EHRM 12 juli 2001, NJ 2004, 327, m.nt. E.A. Alkema (*HansAdam II of Liechtenstein t. Duitsland*)
- EHRM 12 juli 2001, zaaknr. 25702/94 (Grote Kamer) (*K. en T. t. Finland*)
- EHRM 12 juli 2001, zaaknr. 33071/96 (Grote Kamer) (*Malhous t. Tsjechië*)
- EHRM 12 juli 2001, zaaknr. 44759/98 (Grote Kamer) (*Ferrazzini t. Italië*)
- EHRM 4 augustus 2001, zaaknr. 28883/95 (*McKerr t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 2 oktober 2001, zaaknr. 36022/97 (*Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 11 oktober 2001, zaaknr. 34045/96 (*Hoffmann t. Duitsland*)
- EHRM 15 november 2001, zaaknr. 54999/00; 53991/00 (*Honecker e.a. t. Duitsland*)
- EHRM 6 december 2001, EHRC 2002, 5 (*Yagtzilar t. Griekenland*)
- EHRM 20 december 2001, EHRC 2002, 15, m.nt. E. Brems (*Buchberger t. Oostenrijk*)
- EHRM 17 januari 2002, EHRC 2002, 22, m.nt. J. van der Velde (Grote Kamer) (*Calvelli en Ciglio t. Italië*)
- EHRM 5 februari 2002, JV 2002, 117, m.nt. BPV (*Concka t. België*)
- EHRM 13 maart 2002, EHRC 2002, 25, m.nt. Janssen (*Mikulic t. Kroatië*)
- EHRM 14 maart 2002, NJCM – bull. 2003, 449, m.nt. E. Myjer (*Paul en Audrey Edwards t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 16 april 2002, EHRC 2002, 6, m.nt. Janssen (*Stés Colas Est e.a. t. Frankrijk*)
- EHRM 7 mei 2002, EHRC 2002, 49, m.nt. J. van der Velde (*Burdov t. Rusland*)

- EHRM 21 mei 2002, *EHRC* 2002, 56 (*Jokela t. Finland*)
- EHRM 13 juni 2002, zaaknr. 38361/97 (*Anguelova t. Bulgarije*)
- EHRM 20 juni 2002, *EHRC* 2002, 66, m.nt. Forder, *JV* 2002, 239, m.nt. Guild (*Al Nashif t. Bulgarije*)
- EHRM 24 september 2002, zaaknr. 39393/98 (*M.G. t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 16 oktober 2002, *EHRC* 2002, 89, m.nt. A.W. Heringa (*Sovtransavto Holding t. Oekraïne*)
- EHRM 5 december 2002, zaaknr. 53871/00 (*Islamische Religionsgemeinschaft e.a. t. Duitsland*)
- EHRM 17 december 2002, *NJ* 2004, 632, m.nt. J. de Boer (*Venema t. Nederland*)
- EHRM 6 februari 2003, *EHRC* 2003, 31, *JV* 2003, 237, m.nt. B.P. Vermeulen, *NAV* 2003, 94, m.nt. Bruin, *NJCM – bull.* 2004, 1, m.nt. Rieter, *RV* 1974- 2003, 53, m.nt. T.P. Spijkerboer, *RV* 2003, 1, m.nt. H. Battjes, (*Mamatkulov en Abdurasulovic t. Turkije*)
- EHRM 4 maart 2003, zaaknr. 41784/98 (*A.B. t. Slowakije*)
- EHRM 10 april 2003, zaaknr. 38602/02 (*Yildirim t. Italië*)
- EHRM 23 april 2003, zaaknr. 23379/94 (*Kienast t. Oostenrijk*)
- EHRM 24 april 2003, zaaknr. 24351/94 (*Aktas t. Turkije*)
- EHRM 29 april 2003, *EHRC* 2003, 50, m.nt. De Jonge (*Poltoratskiy t. Oekraïne*)
- EHRM 29 april 2003, zaaknr. 41707/ 98 (*Khokhlich t. Oekraïne*)
- EHRM 22 mei 2003, *EHRC* 2003, 57, m.nt. Janssen (*Kyrtatos t. Griekenland*)
- EHRM 24 juni 2003, zaaknr. 35179/97 (*Allard t. Zweden*)
- EHRM 3 juli 2003, zaaknr. 38746/97 (*Buffalo Srl t. Italië*)
- EHRM 8 juli 2003, *NJ* 2004, 136, m. nt. S.F.F. Wortmann (Grote Kamer) (*Sahin t. Duitsland*)
- EHRM 19 augustus 2003, *EHRC* 2003, 70, m.nt. J.H. Gerards (Grote Kamer) (*Sommerfeld t. Duitsland*)
- EHRM 19 augustus 2003, *AB* 2003, 445, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *EHRC* 2003, 71, m.nt. Janssen (Grote Kamer) (*Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 16 maart 2004, zaaknr. 38865/02 (ontv.besl.) (*Nasimi t. Zweden*)
- EHRM 22 juni 2004, zaaknr. 31443/96 (Grote Kamer) (*Broniowski t. Polen*)
- EHRM 14 juli 2004, *EHRC* 2004, 67, m.nt. K. Henrard (*Connors t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 29 juli 2004, *EHRC* 2004, 94, m.nt. J. van der Velde (*Scordino t. Italië nr. 1*)
- EHRM 16 september 2004, zaaknr. 53157/99 (*Ledyeva e.a. t. Rusland*)
- EHRM 28 september 2004, zaaknr. 62179/00 (*Pieniążek t. Polen*)
- EHRM 26 oktober 2004, zaaknr. 16578/03 (ontv.besl.) (*B. t. Zweden*)
- EHRM 10 november 2004, *EHRC* 2005, 22, m.nt. J. van der Velde, *JB* 2005, 1, m.nt. A.M.L. Jansen, *JIN* 2005, m.nt. Jansen (*Pizatti t. Italië*)
- EHRM 10 november 2004, zaaknr. 46117/99 (*Taşkın e.a. t. Turkije*).
- EHRM 16 november 2004, *AB* 2004, 453, m.nt. T. Barkhuysen, *EHRC* 2005, 12, m.nt. Janssen, *NJ* 2005, 344, m.nt. E. Dommering (*Moreno Gómez t. Spanje*)
- EHRM 16 november 2004, zaaknr. 41673/98 (*Bruncrona t. Finland*)
- EHRM 30 november 2004, *AB* 2005, 43, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *NJ* 2005, 210, m.nt. E.A. Alkema (Grote Kamer) (*Öneryildiz t. Turkije*)
- EHRM 20 december 2004, zaaknr. 50385/99 (Grote Kamer) (*Makaratzis t. Griekenland*)
- EHRM 4 februari 2005, *AB* 2005, 274, m.nt. T. Barkhuysen, *EHRC* 2005, 32 m.nt. Rieter, *JV* 2005, 89, m.nt. B.P. Vermeulen & De Vries (Grote Kamer) (*Mamatkulov en Askarov t. Turkije*)

- EHRM 15 februari 2005, EHRC 2005, 37, m.nt. J.H. Gerards (*Steel en Morris t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 25 februari 2005, zaaknr. 25964/02 (*Poznakhirina t. Rusland*)
- EHRM 1 maart 2005, AB 2006, 274, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Bône t. Frankrijk*)
- EHRM 17 maart 2005, zaaknr. 50196/99 (*Bubbins t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 24 maart 2005, zaaknr. 21894/93 (*Akkum t. Turkije*)
- EHRM 12 april 2005, EHRC 2005, 66 (*Shamayev e.a. t. Georgië en Rusland*)
- EHRM 9 juni 2005, EHRC 2005, 80, m.nt. Janssen (*Fadeyeva t. Rusland*)
- EHRM 28 juni 2005, EHRC 2005, 94, m.nt. Fernhout (*Zednik t. Tsjechië*)
- EHRM 30 juni 2005, zaaknr. 11931/03 (*Teteriny t. Rusland*)
- EHRM 5 juli 2005, AB 2005, 369, m.nt. HBa & BPV (*Said t. Nederland*)
- EHRM 6 juli 2005, EHRC 2005, 97, m.nt. Henrard, par. 147 (Grote Kamer) (*Nachova e.a. t. Bulgarije*)
- EHRM 12 juli 2005, EHRC 2005, 99 (*Moldovan e.a. t. Roemenië (nr.2)*)
- EHRM 15 juli 2005, EHRC 2005, 65, m.nt. Janssen (ontv.besl.) (*Brinks t. Nederland*)
- EHRM 26 juli 2005, AB 2005, 370, m.nt. HBa & BPV, JV 2005, 306, m.nt. TS (N. t. Finland)
- EHRM 6 oktober 2005, EHRC 2005, 115, m.nt. Broeksteeg, NJCM-bull. 2005, m.nt. Sackers (Grote Kamer) (*Hirst t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 19 oktober 2005, EHRC 2005, 118, NJ 2009, 453 (Grote Kamer) (*Roche t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 24 november 2005, RvdW 2006, 64 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*)
- EHRM 29 november 2005, zaaknr. 37038/97 (*Nuri Kurt t. Turkije*)
- EHRM 1 december 2005, EHRC 2006, 50, m.nt. M.K.G. Tjepkema (SCEA Ferme de Fresnoy t. Frankrijk)
- EHRM 13 december 2005, zaaknr. 15250/02 (*Bekos en Koutropoulos*)
- EHRM 17 januari 2006, zaaknr. 32213/04 (*Bello t. Zweden*)
- EHRM 24 januari 2006, zaaknr. 72864/01 (*Galtieri t. Italië*)
- EHRM 31 januari 2006, EHRC 2006, 35, m.nt. A.J.Th. Woltjer (*Rodrigues da Silva en Hoogkamer t. Nederland*)
- EHRM 14 februari 2006, RvdW 2006, 358 (*Turek t. Slowakije*)
- EHRM 2 maart 2006, zaaknr. 49908/99 (*S.T. Ansay e.a. t. Turkije*)
- EHRM 9 maart 2006, zaaknr. 10162/02 (*Eko-Elda AVEE t. Griekenland*)
- EHRM 29 maart 2006, AB 2006, 94, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2006, 61, m.nt. J. van der Velde (Grote Kamer) (*Scordino t. Italië nr.1*)
- EHRM 12 april 2006, zaaknr. 58675/00 (Grote Kamer) (*Martinie t. Frankrijk*)
- EHRM 25 april 2006, zaaknr. 19807/92 (*Erdoğan e.a. t. Turkije*)
- EHRM 24 mei 2006, AB 2006, 257, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Liakopoulou t. Griekenland*)
- EHRM 30 mei 2006, RvdW 2006, 721 (*Ebru en Tayfun Engin Colak t. Turkije*)
- EHRM 8 juni 2006, EHRC 2006, 100, m.nt. A.M.L. Jansen (*Sürmeli t. Duitsland*)
- EHRM 15 juni 2006, zaaknr. 57785/00 (*Zlinsat, spol s.r.o. t. Bulgarije*)
- EHRM 22 juni 2006, EHRC 2006, 102, JV 2006, 342 (*D. e.a. t. Turkije*)
- EHRM 29 juni 2006, EHRC 2007, 13, m.nt. Loof, (ontv.besl.) (*Weber en Saravia t. Duitsland*)

- EHRM 11 juli 2006, EHRC 2006, 118, RvdW 2006, 818 (Grote Kamer) (*Jalloh t. Duitsland*)
- EHRM 11 juli 2006, zaaknr. 41088/05 (*Boicenco t. Moldavië*)
- EHRM 27 juli 2006, zaaknr. 69481/01 (*Bazorkina t. Rusland*)
- EHRM 26 september 2006, EHRC 2006, 138, m.nt. Adriaansens (*Fleri Soler & Camilleri t. Malta*)
- EHRM 12 oktober 2006, zaaknr. 13178/03 (*Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitung t. België*)
- EHRM 18 oktober 2006, EHRC 2006, 146, m.nt. A.J.Th. Woltjer, JV 2006, 417, m.nt. P. Boeles, NJ 2007, 415, m.nt. E.A. Alkema, RvdW 2007, 164 (Grote Kamer) (*Üner t. Nederland*)
- EHRM 2 november 2006, AB 2008, 23, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Giacomelli t. Italië*)
- EHRM 9 november 2006, zaaknr. 7615/02 (*Imakayeva t. Rusland*)
- EHRM 23 november 2006, AB 2007, 51, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Jussila t. Finland*)
- EHRM 11 januari 2007, AB 2007, 76, m.nt. BPV (*Salah Sheekh t. Nederland*)
- EHRM 11 januari 2007, NJ 2008, 534, m.nt. Gielen (*Anheuser-Busch Inc. t. Portugal*)
- EHRM 15 januari 2007, zaaknr. 60654/00 (Grote Kamer) (*Sisojeva e.a. t. Letland*)
- EHRM 3 april 2007, zaaknr. 39745/02 (*Cooperativa Agricola Slobozia – Hanesi t. Moldavië*)
- EHRM 19 april 2007, AB 2007, 324, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Vilho Eskelinen e.a. t. Finland*)
- EHRM 26 april 2007, EHRC 2007, 75, m.nt. A.J.Th. Woltjer, JV 2007, 252, m.nt. T.P. Spijkerboer, NAV 2007, 29, m.nt. A.M. Reneman; RV 2007, 67, m.nt. H. Battjes (*Gebremedhin t. Frankrijk*)
- EHRM 15 mei 2007, EHRC 2007, 83, m.nt. De Jonge (Grote Kamer) (*Ramsahai e.a. t. Nederland*)
- EHRM 24 mei 2007, zaaknr. 43626/02 (*Viktor Kononov t. Rusland*)
- EHRM 7 juni 2007, zaaknr. 38411/02 (*Garabayev t. Rusland*)
- EHRM 7 juni 2007, EHRC 2007, 87, m.nt. Kiiver (*Parti Nationaliste Basque – Organisation Régionale d'Iparralde t. Frankrijk*)
- EHRM 28 juni 2007, zaaknr. 62540/00 (*De vereniging voor Europese integratie en mensenrechten en Ekimdzhiev t. Bulgarije*)
- EHRM 5 juli 2007, AB 2009, 319, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Sara Lindt t. IJsland*)
- EHRM 20 september 2007, zaaknr. 45223/05, (*Sultani t. Frankrijk*)
- EHRM 4 december 2007, EHRC 2008, 13, m.nt. E. Brems, NJ 2008, 363, m.nt. E.A. Alkema, NJCM-bull. 2008, 3, m.nt. A.C. Hendriks & F.M.J. den Houdijker (Grote Kamer) (*Dickson t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 6 december 2007, EHRC 2008, 33, m.nt. A.J.Th. Woltjer, JV 2008, 32, m.nt. P. Boeles (*Liu en Liu t. Rusland*)
- EHRM 20 december 2007, EHRC 2008, 3, m.nt. F.M.J. den Houdijker (*Phinikaridou t. Cyprus*)
- EHRM 17 januari 2008, zaaknr. 59584/00 (*Dodov t. Bulgarije*)
- EHRM 24 januari 2008, zaaknr. 839/02 (*Maslova en Nalbandov t. Rusland*)
- EHRM 24 januari 2008, zaaknr. 48804/99 (*Osmanoğlu t. Turkije*)

- EHRM 31 januari 2008, *JV* 2008, 105, m.nt. T.P. Spijkerboer (*Mir Isfahani t. Nederland*)
- EHRM 26 februari 2008, *AB* 2008, 225, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *EHRC* 2008, 85, m.nt. Backes (ontv.besl.) (*Fägerskiöld t. Zweden*)
- EHRM 28 februari 2008, *AB* 2008, 177, m.nt. H. Battjes, *EHRC* 2008, 59, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2008, 131, m.nt. C.W. Wouters, *NJ* 2008, 444; *RvdW* 2008, 671 (Grote Kamer) (*Saadi t. Italië*)
- EHRM 4 maart 2008, zaaknr. 42722/02 (*Stoica t. Roemenië*)
- EHRM 20 maart 2008, *AB* 2008, 206, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *NJ* 2009, 229, m.nt. E.A. Alkema, *RvdW* 2008, 794 (*Budayeva t. Rusland*)
- EHRM 27 maart 2008, zaaknr. 44009/05 (*Shtukaturrov t. Rusland*)
- EHRM 8 april 2008, *AB* 2008, 224, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *EHRC* 2008, 75, m.nt. Backes (*Megadat.com SRL t. Moldavië*)
- EHRM 24 april 2008, *EHRC* 2008, 79, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2008, 264, m.nt. P. Boeles (C.G. e.a. t. Bulgarije)
- EHRM 13 mei 2008, zaaknr. 19009/04 (*McCann t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 29 mei 2008, zaaknr. 29133/03 (*Utsayeva e.a. t. Rusland*)
- EHRM 24 juni 2008, zaaknr. 44587/98 (*Isaak t. Turkije*)
- EHRM 1 juli 2008, zaaknr. 71146/01 (*Borysiewicz t. Polen*)
- EHRM 17 juli 2008, *JV* 2008, 329, m.nt. T.P. Spijkerboer (*NA. t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 6 augustus 2008, *EHRC* 2008, 97, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2008, 267, m.nt. P. Boeles, *RV* 2008, 20, m.nt. S.K. van Walsum (Grote Kamer) (*Maslov t. Oostenrijk*)
- EHRM 2 december 2008, zaaknr. 42994/05 (ontv.besl.) (*Furdík t. Slowakije*)
- EHRM 4 december 2008, zaaknr. 20113/07 (*Y. t. Rusland*)
- EHRM 20 januari 2009, *EHRC* 2009, 32, m.nt. Woltjer, *JV* 2009, 74, m.nt. TS (*F.H. t. Zweden*)
- EHRM 27 januari 2009, *AB* 2009, 285, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *EHRC* 2009, 40, m.nt. M. Peeters (*Tătar t. Roemenië*)
- EHRM 10 februari 2009, zaaknr. 47683/08 (ontv.besl.) (*S.M. t. Zweden*)
- EHRM 19 februari 2009, *JV* 2009, 142, m.nt. Van Kempen & Spijkerboer (*A. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 10 maart 2009, zaaknr. 39806/05 (Grote Kamer) (*Paladi t. Moldavië*)
- EHRM 24 maart 2009, zaaknr. 11818/02 (*Mojsiejew t. Polen*)
- EHRM 7 april 2009, zaaknr. 6586/03 (*Brândușe t. Roemenië*)
- EHRM 9 april 2009, zaaknr. 71463/01 (Grote Kamer) (*Šilih t. Slovenië*)
- EHRM 28 april 2009, *EHRC* 2009, 77, m.nt. Ploem (*K.H. e.a. t. Slowakije*)
- EHRM 12 mei 2009, *EHRC* 2009, 103, m.nt. M. Peeters (ontv.besl.) (*Greenpeace e.a. t. Duitsland*)
- EHRM 9 juli 2009, zaaknr. 24325/03 (*Generalov t. Rusland*)
- EHRM 28 juli 2009, zaaknr. 30754/04 (*Dvořáček en Dvořáčková t. Slowakije*)
- EHRM 28 juli 2009, zaaknr. 74307/01 (*Gök en Güler t. Turkije*)
- EHRM 22 september 2009, *JV* 2010, 24, *NAV* 2009, 37, m.nt. A.M. Reneman & Bruin, *RV* 2009, 3, m.nt. H. Battjes (*Abdolkhani en Karimnia t. Turkije*)
- EHRM 29 september 2009, *EHRC* 2009, 129, m.nt. Broeksteeg, *NJ* 2010, 306, m.nt. R.A. Lawson; *RvdW* 2010, 182 (ontv.besl.) (*Van Melle e.a. t. Nederland*)
- EHRM 27 oktober 2009, zaaknr. 42509/05 (*Crompton t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 26 november 2009, zaaknr. 25282/06 (*Dolenec t. Kroatië*)
- EHRM 19 januari 2010, zaaknr. 21896/08 (*Z.N.S. t. Turkije*)

- EHRM 11 februari 2010, zaaknr. 31465/08 (*Raza t. Bulgarije*)
- EHRM 12 februari 2009, zaaknr. 2512/04 (*Nolan en K. t. Rusland*)
- EHRM 23 februari 2010, zaaknr. 28975/04 (*Wasilewska en Kalucka t. Polen*)
- EHRM 2 maart 2010, zaaknr. 61498/08 (*Al-Saadoon en Mufdhi t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 4 maart 2010, zaaknr. 44009/05 (*Shtukaturon t. Rusland*)
- EHRM 9 maart 2010, EHRC 2010, 51, m.nt. A.M. Reneman, JV 2010, 147, m.nt. T.P. Spijkerboer (*R.C. t. Zweden*)
- EHRM 23 maart 2010, zaaknr. 4864/05 (*Oyal t. Turkije*)
- EHRM 29 maart 2010, NJ 2011, 214, m.nt. E.A. Alkema (*Depalle t. Frankrijk*)
- EHRM 1 april 2010, zaaknr. 24268/08 (*Klein t. Rusland*)
- EHRM 13 april 2010, JV 2010, 211 (*Tehrani e.a. t. Turkije*)
- EHRM 13 april 2010, zaaknr. 46605/07 (*Charahili t. Turkije*)
- EHRM 13 april 2010, zaaknr. 36370/08 (*Keshmiri t. Turkije*)
- EHRM 18 mei 2010, zaaknr. 26839/05 (*Kennedy t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 20 mei 2010, zaaknr. 30685/05 (*Baran en Hun t. Turkije*)
- EHRM 20 mei 2010, AB 2011, 1, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Oluic t. Kroatië*)
- EHRM 20 mei 2010, zaaknr. 21055/09 (*Khaydarov t. Rusland*)
- EHRM 1 juni 2010, zaaknr. 22978/05 (Grote Kamer) (*Gäfgen t. Duitsland*)
- EHRM 15 juni 2010, zaaknr. 12717/08 (*Ahmadpour t. Turkije*)
- EHRM 15 juni 2010, zaaknr. 36009/08 (*M.B. e.a. t. Turkije*)
- EHRM 6 juli 2010, NJ 2010, 644, m.nt. S.F.M. Wortmann (Grote Kamer) (*Neulinger en Shuruk t. Zwitserland*)
- EHRM 13 juli 2010, zaaknr. 15916/09 (*Dbouba t. Turkije*)
- EHRM 13 juli 2010, zaaknr. 33526/08 (*D.B. t. Turkije*)
- EHRM 13 juli 2010, zaaknr. 45661/99 (*Carabulea t. Roemenië*)
- EHRM 20 juli 2010, AB 2011, 132 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2010, 113, m.nt. A.J.Th. Woltjer (*A. t. Nederland*)
- EHRM 2 september 2010, EHRC 2010, 123, m.nt. P. De Hert & J. van Caeneghem (*Üzun t. Duitsland*)
- EHRM 21 september 2010, zaaknr. 37341/06 (*Kay e.a. t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 23 september 2010, zaaknr. 17185/05 (*Iskandarov t. Rusland*)
- EHRM 19 oktober 2010, EHRC 2011, 5, m.nt. T. Barkhuysen & T. de Jong (*Özpınar t. Turkije*)
- EHRM 21 oktober 2010, zaaknr. 25404/09 (*Gaforov t. Rusland*)
- EHRM 9 november 2010, AB 2012, 16, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Dées t. Hongarije*)
- EHRM 18 november 2010, zaaknr. 42360/08 (*Boutagni t. Frankrijk*)
- EHRM 2 december 2010, EHRC 2011, 34 (*Atanasov t. Bulgarije*)
- EHRM 7 december 2010, zaaknr. 27480/02 (*Tarnawczyk t. Polen*).
- EHRM 14 december 2010, zaaknr. 74832/01 (*Mižigárová t. Slowakije*)
- EHRM 16 december 2010, zaaknr. 25579/05 (Grote Kamer) (*A, B en C t. Ierland*)
- EHRM 21 januari 2011, EHRC 2011, 42, m.nt. A.J.Th. Woltjer, JV 2011, 68, m.nt. H. Battjes (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*)
- EHRM 10 februari 2011, zaaknr. 30499/03 (*Dubetska e.a. t. Oekraïne*).
- EHRM 10 februari 2011, zaaknr. 44973/04 (*Premiņiny t. Rusland*)
- EHRM 15 maart 2011, zaaknr. 39414/06 (*Serdar Güzel t. Turkije*).

- EHRM 29 maart 2011, *EHRC* 2011, 99, m.nt. M.K.G. Tjepkema & T. de Jong (*Potomska en Potomski t. Polen*)
- EHRM 24 maart 2011, zaaknr. 23458/02 (Grote Kamer) (*Guliani en Gaggio t. Italië*)
- EHRM 10 mei 2011, zaaknr. 4512/09 (*Popandopulo t. Rusland*)
- EHRM 17 mei 2011, zaaknr. 43408/08 (*Izevbekhai e.a. t. Ierland*)
- EHRM 14 juni 2011, *EHRC* 2011, 120, m.nt. J.H. Gerards (*Borisov t. Litouwen*)
- EHRM 21 juni 2011, zaaknr. 48833/10 (*Orlić t. Kroatië*)
- EHRM 28 juni 2011, *EHRC* 2011, 125, m.nt. M. den Heijer (*Sufi en Elmi t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 28 juni 2011, *EHRC* 2011, 133, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2011, 402, m.nt. S.K. van Walsum (*Nunez t. Noorwegen*)
- EHRM 30 juni 2011, zaaknr. 22689/07 (*De Souza de Ribeiro t. Frankrijk*)
- EHRM 1 juli 2011, zaaknr. 72250/01 (*Lopata t. Rusland*).
- EHRM 7 juli 2011, zaaknr. 39229/03 (*Fyodorov en Fyodorova t. Oekraïne*)
- EHRM 7 juli 2011, zaaknr. 55721/07 (Grote Kamer) (*Al-Skeini e.a. t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 21 juli 2011, *NJ* 2012, 510, m.nt. E. Dommering, *EHRC* 2012, 6, m.nt. Jansen (*Sigma Radio Television Ltd t. Cyprus*)
- EHRM 21 juli 2011, *EHRC* 2011, 138 (*Grimkovskaya t. Oekraïne*)
- EHRM 13 oktober 2011, zaaknr. 10611/09 (*Husseini t. Zweden*)
- EHRM 20 oktober 2011, zaaknr. 29979/04 (*Rysovskyy t. Oekraïne*)
- EHRM 20 oktober 2011, zaaknr. 55463/09 (*Samina t. Zweden*)
- EHRM 3 november 2011, *EHRC* 2012, 39, m.nt. M.A.K. Klaassen (*Arvelo Aponte t. Nederland*)
- EHRM 22 november 2011, zaaknr. 32010/09 (ontv.besl.) (*Sibomana t. Zweden*)
- EHRM 22 november 2011, *EHRC* 2012, 41, m.nt. S.T. Ramnewash-Oemrawsingh (*Zammit Maempel t. Malta*)
- EHRM 6 december 2011, *EHRC* 2012, 45, m.nt. J. Mačkić (*Taraburca t. Moldavië*)
- EHRM 8 december 2011, *EHRC* 2011, 162, m.nt. Aarrass & Helmink (*A.A. t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 13 december 2011, zaaknr. 15297/09 (*Kanagaratnam t. België*)
- EHRM 20 december 2011, zaaknr. 48839/09 (*J.H. t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 27 december 2011, *JV* 2012, 166 (*Alim t. Rusland*)
- EHRM 10 januari 2012, *AB* 2012, 31, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*G.R. t. Nederland*)
- EHRM 10 januari 2012, *EHRC* 2012, 79 (*Di Sarno e.a. t. Italië*)
- EHRM 17 januari 2012, zaaknr. 20212/05 (*Alchagin t. Rusland*)
- EHRM 17 januari 2012, zaaknr. 9146/07 en 32650/07 (*Harkins en Edwards t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 17 januari 2012, *EHRC* 2012, 64, m.nt. M. den Heijer (*Othman (Abu Qatada) t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 17 januari 2012, *EHRC* 2012, 82 (*Kopf en Liberda t. Oostenrijk*)
- EHRM 19 januari 2012, zaaknr. 39472/07; 39474/07 (*Popov t. Frankrijk*)
- EHRM 24 januari 2012, zaaknr. 12096/10 (*S.S. t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 14 februari 2012, *EHRC* 2012, 86, m.nt. M.K.G. Tjepkema (*Tkachevy t. Rusland*)
- EHRM 14 februari 2012, *EHRC* 2012, 89, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2012, 170, m.nt. S.K. van Walsum (*Antwi e.a. t. Noorwegen*)

- EHRM 14 februari 2012, *EHRC* 2012, 103 (*Hardy en Maile t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 16 februari 2012, zaaknr. 75345/01 (*Yatsenko t. Oekraïne*)
- EHRM 23 februari 2012, *EHRC* 2012, 91, m.nt. A. Terlouw & H. Pankratz, *JV* 2012, 171, m.nt. M.Y.A. Zieck (Grote Kamer) (*Hirsi Jamaa e.a. t. Italië*)
- EHRM 23 februari 2012, zaaknr. 29226/03 (Grote Kamer) (*Creangž t. Roemenië*)
- EHRM 28 februari 2012, *AB* 2012, 314, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *EHRC* 2012, 105, m.nt. D.G.J. Sanderink (*Kolyadenko e.a. t. Rusland*)
- EHRM 13 maart 2012, *EHRC* 2012, 111, m.nt. M. Bruning (*Y.C. t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 27 maart 2012, *EHRC* 2012, 160, m.nt. De Bree (*Berdajs t. Slovenië*)
- EHRM 2 april 2012, *EHRC* 2012, 70, m.nt. A.M. Reneman (*I.M. t. Frankrijk*)
- EHRM 3 april 2012, *EHRC* 2012, 132, m.nt. Katan (Grote Kamer) (*Kotov t. Rusland*)
- EHRM 5 april 2012, zaaknr. 11663/04 (*Chambaz t. Zwitserland*)
- EHRM 10 april 2012, zaaknr. 19986/06 (*Kemaloglu en Kemaloglu t. Turkije*)
- EHRM 17 april 2012, *EHRC* 2012, 165, m.nt. J. Van der Velde (*Ilyushkin e.a. t. Rusland*)
- EHRM 17 april 2012, zaaknr. 23893/06 (*J.L. t. Letland*)
- EHRM 24 april 2012, *EHRC* 2012, 149, m.nt. K. Henrard (*Yordanova e.a. t. Bulgarije*)
- EHRM 3 mei 2012, zaaknr. 23880/05 (*Salikhov t. Rusland*)
- EHRM 10 mei 2012, zaaknr. 45237/08 (*Madah e.a. t. Bulgarije*)
- EHRM 15 mei 2012, *AB* 2012, 304, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Colon t. Nederland*)
- EHRM 15 mei 2012, *JV* 2012, 273, *EHRC* 2012, 153, m.nt. M. den Heijer (*S.F. e.a. t. Zweden*)
- EHRM 28 juni 2012, *JV* 2012, 402, m.nt. H. Battjes (*A.A. e.a. t. Zweden*)
- EHRM 3 juli 2012, *EHRC* 2012, 206, m.nt. A.E.M. Leijten (*Martínez Martínez en Pino Manzano t. Spanje*)
- EHRM 3 juli 2012, zaaknr. 10987/10 (*Gürkan t. Turkije*)
- EHRM 10 juli 2012, *NJ* 2013, 551, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Kayak t. Turkije*)
- EHRM 16 oktober 2012, *AB* 2013, 93, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Schilder t. Nederland*)
- EHRM 16 oktober 2012, zaaknr. 47303/08 (*Otamendi t. Spanje*)
- EHRM 25 oktober 2012, *EHRC* 2013, 28, m.nt. A. Jasiak (*Vistiņš en Perepjolkins t. Letland*)
- EHRM 22 november 2012, zaaknr. 39315/06 (*Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. e.a. t. Nederland*)
- EHRM 6 december 2012, zaaknr. 29946/10 (*D.N.W. t. Denemarken*)
- EHRM 13 december 2012, *EHRC* 2013, 43, *JV* 2013, 86, m.nt. A.M. Reneman (Grote Kamer) (*De Souza Ribeiro t. Frankrijk*)
- EHRM 13 december 2012, *EHRC* 2013, 77, m.nt. M.K.G. Tjepkema (*Flamenbaum e.a. t. Frankrijk*)
- EHRM 13 december 2012, *EHRC* 2013, 92, m.nt. H. van der Wilt, *JV* 2013, 111, m.nt. J.M. Reijntjes, *NJ* 2013, 167, m.nt. M. den Heijer (Grote Kamer) (*El-Masri t. Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië*)
- EHRM 14 december 2012, *AB* 2013, 29, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *EHRC* 2012, 227, m.nt. A.E.M. Leijten (*Czaja t. Polen*)
- EHRM 18 december 2012, *JV* 2013, 35, m.nt. H. Battjes (*F.N. e.a. t. Zweden*)
- EHRM 18 januari 2013, *EHRC* 2013, 7, m.nt. A.M. Reneman (*Singh e.a. t. België*)

- EHRM 29 januari 2013, *EHRC* 2013, 40, m.nt. A.J.Th. Woltjer (*Butt t. Noorwegen*)
- EHRM 29 januari 2013, *EHRC* 2013, 87, m.nt. M. den Heijer (*S.H.H. t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 29 januari 2013, *EHRC* 2013, 96, m.nt. Wibier (*Zolotas t. Griekenland*)
- EHRM 5 februari 2013, zaaknr. 16380/11 (ontv.besl.) (*Ngendakumana t. Nederland*)
- EHRM 5 februari 2013, zaaknr. 66994/12 (ontv.besl.) (*Abdulrahman t. Nederland*)
- EHRM 7 februari 2013, zaaknr. 16574/08 (Grote Kamer) (*Fabris t. Frankrijk*).
- EHRM 12 februari 2013, *EHRC* 2013, 99 (*Dzugayeva t. Rusland*)
- EHRM 12 februari 2013, zaaknr. 58149/08 (*Amie e.a. t. Bulgarije*)
- EHRM 19 februari 2013, zaaknr. 1285/03 (*B.C. t. Roemenië*)
- EHRM 2 april 2013, *EHRC* 2013, 215 (*Mohammed Hussein e.a. t. Nederland en Italië*)
- EHRM 18 april 2013, zaaknr. 18372/10 (*MO.M. t. Frankrijk*)
- EHRM 25 april 2013, zaaknr. 71386/10 (*Savridin Dzhurayev t. Rusland*)
- EHRM 30 april 2013, *AB* 2014, 13, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (ontv.besl.) (*Lohuis e.a. t. Nederland*)
- EHRM 14 mei 2013, *AB* 2014, 14, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *EHRC* 2013, 170, m.nt. A.E.M. Leijten, *FED* 2013, 79, m.nt. M.R.T. Pauwels (*N.K.M. t. Hongarije*)
- EHRM 16 mei 2013, *EHRC* 2013, 153, m.nt. Addink (*Maksymenko en Gerasymenko t. Oekraïne*)
- EHRM 6 juni 2013, *EHRC* 2013, 175, m.nt. M. den Heijer, *JV* 2013, 325, m.nt. A.M. Reneman (*Mohammed t. Oostenrijk*)
- EHRM 18 juni 2013, *EHRC* 2013, 210, m.nt. A.E.M. Leijten (*Necheva e.a. t. Bulgarije*)
- EHRM 18 juni 2013, *EHRC* 2013, 211, m.nt. D.G.J. Sanderink (*Bor t. Hongarije*)
- EHRM 20 juni 2013, *EHRC* 2013, 179 (*Turluyeva t. Rusland*)
- EHRM 25 juni 2013, *EHRC* 2013, 234, m.nt. L. Lavrysen (*Mustafa Tunç en Fecire Tunç t. Turkije*)
- EHRM 27 juni 2013, zaaknr. 72413/10 (*M.K.N. t. Zweden*)
- EHRM 27 juni 2013, *JV* 2013, 301, m.nt. H. Battjes (*S.A. t. Zweden*)
- EHRM 18 juli 2013, zaaknr. 50757 (*Tazyeva e.a. t. Rusland*)
- EHRM 23 juli 2013, zaaknr. 41872/10 (*M.A. t. Cyprus*)
- EHRM 23 juli 2013, zaaknr. 42606/05 (*Izci t. Turkije*)
- EHRM 30 juli 2013, *EHRC* 2013, 223, m.nt. A.J.Th. Woltjer (*Berisha t. Zwitserland*)
- EHRM 5 september 2013, *EHRC* 2013, 244, m.nt. M. den Heijer (*K.A.B. t. Zweden*)
- EHRM 5 september 2013, *JV* 2013, 374 (*I. t. Zweden*).
- EHRM 19 september 2013, *JV* 2013, 375, m.nt. Schüller (*R.J. t. Frankrijk*)
- EHRM 26 september 2013, zaaknr. 4962/11 (*Zambotto Perrin t. Frankrijk*)
- EHRM 10 oktober 2013, *JV* 2014, 1 (*K.K. t. Frankrijk*)
- EHRM 17 oktober 2013, *EHRC* 2014, 31, m.nt. K. Henrard (*Winterstein e.a. t. Frankrijk*)
- EHRM 21 oktober 2013, *EHRC* 2014, 15, m.nt. H. de Vylder (Grote Kamer) (*Janowiec e.a. t. Rusland*)
- EHRM 12 november 2013, zaaknr. 23502/06 (*Benzer e.a. t. Turkije*)
- EHRM 14 november 2013, *EHRC* 2014, 37, m.nt. J. H. Crijns (*Blokhin t. Rusland*)
- EHRM 26 november 2013, *EHRC* 2014, 41 (*Bogdel t. Litouwen*)

- EHRM 5 december 2013, AB 2014, 105, m.nt. T. de Jong, EHRC 2014, 45, m.nt. A.C. Hendriks, JAR 2014, 72, m.nt. M.S.A. Vegter, NJ 2015, 129, m.nt. E.A. Alkema (*Vilnes e.a. t. Noorwegen*)
- EHRM 12 december 2013, EHRC 2014, 58 (*Zagrebačka banka d.d. t. Kroatië*)
- EHRM 17 december 2013, AB 2015, 20, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2014, 91, m.nt. J.A.M.A. Sluysmans (ontv.besl.) (*Crash 2000 COD e.a. t. Bulgarije*)
- EHRM 19 december 2013, EHRC 2014, 61 (*N.K. t. Frankrijk*)
- EHRM 7 januari 2014, JV 2014, 55 (*A.A. t. Zwitserland*)
- EHRM 14 januari 2014, zaaknr. 30859/10 (ontv. besl.) (*Sokolov e.a. t. Servië*)
- EHRM 16 januari 2014, EHRC 2014, 66 (*Shchiborshch en Kuzmina t. Rusland*)
- EHRM 21 januari 2014, NJB 2014, 679 (*Zhou t. Italië*)
- EHRM 23 januari 2014, EHRC 2014, 100 (*East/West Alliance Limited t. Oekraïne*)
- EHRM 28 januari 2014, EHRC 2014, 82 (*Camekan t. Turkije*)
- EHRM 28 januari 2014, EHRC 2014, 83 (*Bittó e.a. t. Slowakije*)
- EHRM 28 januari 2014, EHRC 2014, 144, m.nt. R.S.B. Kool (Grote Kamer) (*O'Keeffe t. Ierland*)
- EHRM 28 januari 2014, EHRC 2014, 184 (ontv.besl.) (*I.R. en G.T. t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 6 februari 2014, zaaknr. 2689/12 (*Semikhvostov t. Rusland*)
- EHRM 27 februari 2014, JV 2014, 168, m.nt. A.M. Reneman (*Josef t. België*)
- EHRM 4 maart 2014, EHRC 2014, 145, m.nt. J.M. Milo (*Microintellect ODD t. Bulgarije*)
- EHRM 4 maart 2014, 36073/04 (*Fazli Aslaner t. Turkije*)
- EHRM 11 maart 2014, EHRC 2014, 122, m.nt. K. Henrard (*Abdu t. Bulgarije*)
- EHRM 18 maart 2014, zaaknr. 39689 (*Atev t. Bulgarije*)
- EHRM 27 maart 2014, EHRC 2014, 148 (*Matytsina t. Rusland*)
- EHRM 3 april 2014, EHRC 2014, 85 (*Oruk t. Turkije*)
- EHRM 15 april 2014, zaaknr. 16458/12 (ontv.besl.) (*N. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 22 april 2014, JV 2014, 170 (*A.C. e.a. t. Spanje*)
- EHRM 24 april 2014, EHRC 2014, 156 (*Perevedentsevy t. Rusland*)
- EHRM 24 april 2014, zaaknr. 27310/09 (*Udovičić t. Kroatië*)
- EHRM 29 april 2014, EHRC 2014, 170 (*Z.J. t. Litouwen*)
- EHRM 22 mei 2014, EHRC 2014, 173, m.nt. A.C. Hendriks (*Gray t. Duitsland*)
- EHRM 12 juni 2014, EHRC 2014, 218, m.nt. A.E.M. Leijten (*Berger-Krall e.a. t. Slovenië*)
- EHRM 24 juni 2014, EHRC 2014, 203 (*A.K. t. Letland*)
- EHRM 3 juli 2014, EHRC 2014, 224 (*Georgie t. Rusland (I)*)
- EHRM 8 juli 2014, zaaknr. 58363/10 (*M.E. t. Denemarken*)
- EHRM 10 juli 2014, EHRC 2014, 225, m.nt. A.J.Th. Woltjer (*Mugenzi t. Frankrijk*)
- EHRM 10 juli 2014, zaaknr. 2260/10 (*Tanda-Muzinga t. Frankrijk*)
- EHRM 10 juli 2014, zaaknr. 19113/09 (*Senigo Longue e.a. t. Frankrijk*)
- EHRM 16 juli 2014, EHRC 2014, 226 (*Ališić, Sadžak en Šahdanovic t. Bosnië en Herzegovina, Kroatië, Servië, Slovenië en de voormalig Joegoslavische Republiek Macedonië*)
- EHRM 17 juli 2014, EHRC 2014, 212, m.nt. H. De Vylder (Grote Kamer) (*Centre of Legal Resources on Behalf of Valentin Câmpeanu t. Roemenië*)
- EHRM 22 juli 2014, JV 2014, 319, m.nt. A.M. Reneman (*A.D. e.a. t. Turkije*)

- EHRM 24 juli 2014, *EHRC* 2014, 239, m.nt. H. van der Wilt, *JV* 2014, 341 (*Al Nashiri t. Polen*)
- EHRM 24 juli 2014, *AB* 2015, 37, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *EHRC* 2014, 240, m.nt. J.M. Emaus (*Brincat t. Malta*)
- EHRM 24 juli 2014, *JV* 2014, 320, m.nt. J. Werner (*Kaplan e.a. t. Noorwegen*)
- EHRM 24 juli 2014, *JV* 2014, 321 (*A.A. e.a. t. Zweden*)
- EHRM 24 juli 2014, zaaknr. 46956/09 (*Lyapin t. Rusland*)
- EHRM 24 juli 2014, zaaknr. 75111/13 (*Husayn Abu Zabaydah t. Polen*)
- EHRM 9 september 2014, zaaknrs. 40139/14 en 41418/14 (ontv.besl.) (*Malyshev and Ivanin t. Oekraïne*)
- EHRM 17 september 2014, *EHRC* 2014, 244 (Grote Kamer) (*Mocanu e.a. t. Roemenië*)
- EHRM 18 september 2014, *EHRC* 2014, 245, (*Bljakaj e.a. t. Kroatië*)
- EHRM 2 oktober 2014, *AB* 2015, 54, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *EHRC* 2015, 7 (*Hansen t. Noorwegen*)
- EHRM 3 oktober 2014, *AB* 2014, 433, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *EHRC* 2014, 262, m.nt. M. den Heijer, *JV* 2014, 343, m.nt. P. Boeles (Grote Kamer) (*Jeunesse t. Nederland*)
- EHRM 7 oktober 2014, zaaknr. 3344/13 (*Ataun Rojo t. Spanje*)
- EHRM 7 oktober 2014, *EHRC* 2015, 10, m.nt. K. Henrard (*Begheluri e.a. t. Georgië*)
- EHRM 7 oktober 2014, zaaknr. 74016/12 (*Extebarria Caballero t. Spanje*)
- EHRM 21 oktober 2014, *EHRC* 2015, 30, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2014, 365, m.nt. H. Battjes (*Sharifi e.a. t. Italië en Griekenland*)
- EHRM 23 oktober 2014, *AB* 2016, 70, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Furcht t. Duitsland*)
- EHRM 23 oktober 2014, *NTFR* 2014/2995, *EHRC* 2015, 15, *H&I* 2015/29, m.nt. Thomas (*Melo Tadeu t. Portugal*)
- EHRM 27 oktober 2014, *EHRC* 2014, 242 (*Dzemyuk t. Oekraïne*)
- EHRM 28 oktober 2014, zaaknr. 18393/09 (*Panju t. België*)
- EHRM 4 november 2014, *EHRC* 2015, 33, m.nt. J.R. Groen, *JV* 2014, 384, m.nt. H. Battjes (Grote Kamer) (*Tarakhel t. Zwitserland*)
- EHRM 18 november 2014, *JV* 2015, 1, m.nt. F. Schüller & T. de Boer (*M.A. t. Zwitserland*)
- EHRM 20 november 2014, *EHRC* 2015, 35, m.nt. De Lange (Grote Kamer) (*Jaloud t. Nederland*)
- EHRM 25 november 2014, zaaknr. 51269/07 (*Pákozdi t. Hongarije*)
- EHRM 11 december 2014, *EHRC* 2015, 42, m.nt. A.C. Hendriks (*Hanzelkovi t. Tsjechië*)
- EHRM 16 december 2014, *NJB* 2015, 643 (*Chbibbi Loudoudi e.a. t. België*)
- EHRM 13 januari 2015, *EHRC* 2015, 74, m.nt. M.K.G. Tjepkema (*Vékony t. Hongarije*)
- EHRM 15 januari 2015, *EHRC* 2015, 76, m.nt. M.R.T. Pauwels (*Arnaud e.a. t. Frankrijk*)
- EHRM 15 januari 2015, zaaknr. 3400/07 (*M.A. t. Slovenië*)
- EHRM 27 januari 2015, 95, m.nt. B. van der Sloot (*Paradiso en Campanelli t. Italië*)
- EHRM 3 februari 2015, *EHRC* 2015, 82 (*Apostu t. Roemenië*)
- EHRM 5 februari 2015, *EHRC* 2015, 84, m.nt. L.R. Glas (Grote Kamer) (*Bochan t. Oekraïne (nr.2)*)
- EHRM 3 februari 2015, *EHRC* 2015, 112 (ontv.besl.) (*M.O.S.H. t. Nederland*)
- EHRM 17 februari 2015, *JV* 2015, 108 (ontv.besl.) (*Justin Ndabarishye Rugira t. Nederland*)

- EHRM 26 februari 2015, JV 2015, 58 (ontv.besl.) (A.M.E. t. Nederland)
- EHRM 3 maart 2015, EHRC 2015, 104 (S.Z. t. Bulgarije)
- EHRM 12 maart 2015, zaaknr. 31305/09 (Lyalyakin t. Rusland)
- EHRM 24 maart 2015, EHRC 2015, 121 (*Association for the Defence of Human Rights in Romania – Helsinki Committee (APADOR-CH) on behalf of Ionel Garcea t. Roemenië*)
- EHRM 2 april 2015, AB 2016, 45, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Vinci Construction & Génie Civil et Services t. Frankrijk*)
- EHRM 2 april 2015, EHRC 2015, 123 (*Ribic t. Kroatië*)
- EHRM 14 april 2015, EHRC 2015, 150, m.nt. J.H. Gerards (Grote Kamer) (*Mustafa Tunç en Fecire Tunç t. Turkije*)
- EHRM 23 april 2015, EHRC 2015, 141, m.nt. J. Soeharno & J.D.A. den Tonkelaar (Grote Kamer) (*Morice t. Frankrijk*)
- EHRM 28 mei 2015, zaaknr. 41107/10 (Y. t. Slovenië)
- EHRM 4 juni 2015, JV 2015, 184 (J.K. e.a. t. Zweden)
- EHRM 12 juni 2014, EHRC 2014, 219, m.nt. A.J. Overbeeke (Grote Kamer) (*Fernández Martínez t. Spanje*)
- EHRM 25 juni 2015, zaaknr. 24756/10 (*Couturon t. Frankrijk*)
- EHRM 26 juni 2015, zaaknr. 13216/05 (*Chiragov e.a. t. Armenië*)
- EHRM 27 augustus 2015, EHRC 2015, 232, m.nt. B.C. van Beers (Grote Kamer) (*Parrillo t. Italië*)
- EHRM 3 september 2015, EHRC 2015, 234, m.nt. M. Bruning (*M & M t. Kroatië*)
- EHRM 10 september 2015, EHRC 2015, 224, JV 2015, 306, m.nt. H. Battjes (R.H. t. Zweden)
- EHRM 25 september 2015, EHRC 2015, 205 (G.S. t. Georgië)
- EHRM 28 september 2015, EHRC 2015, 236, m.nt. S. Smet (Grote Kamer) (*Bouyid t. België*)
- EHRM 6 oktober 2015, EHRC 2015, 239 (N.P. t. Moldavië)
- EHRM 8 oktober 2015, RSV 2016, 27, m.nt. W.A. Faas, AB 2016, 167, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Korošec t. Kroatië*)
- EHRM 15 oktober 2015, EHRC 2016, 9, m.nt. M. den Heijer (L.M. e.a. t. Rusland)
- EHRM 3 november 2015, JV 2016, 1 (ontv.besl.) (J.A. t. Nederland)
- EHRM 4 december 2015, EHRC 2016, 87, m.nt. M. Hagens (Grote Kamer) (*Roman Zakharov t. Rusland*)
- EHRM 15 december 2015, EHRC 2016, 41, m.nt. A.C. Hendriks (*Lopes de Sousa Fernandes t. Portugal*)
- EHRM 12 januari 2016, zaaknr. 25077/06 (A.Q.W. en D.H. t. Nederland)
- EHRM 12 januari 2016, zaaknr. 13442/08 (A.G.R. t. Nederland)
- EHRM 12 januari 2016, zaaknr. 46856/07 (M.R.A. e.a. t. Nederland)
- EHRM 12 januari 2016, zaaknr. 8161/07 (S.D.M. e.a. t. Nederland)
- EHRM 12 januari 2016, zaaknr. 39575/06 (S.S. t. Nederland)
- EHRM 14 januari 2016, EHRC 2016, 76, m.nt. S. Florescu (*Mandet t. Frankrijk*)
- EHRM 19 januari 2016, EHRC 2016, 93, m.nt. M. den Heijer, JV 2016, 66 (*Sow t. België*).
- EHRM 22 januari 2016, EHRC 2016, 33 (*Özel e.a. t. Turkije*)
- EHRM 15 maart 2016, AB 2016, 132, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Gillissen t. Nederland*)

- EHRM 17 maart 2015, *EHRC* 2015, 143, m.nt. J.A.M.A. Sluysmans & R.J. de Graaff (ontv.besl.) (*Adorisio e.a. t. Nederland*)
- EHRM 23 maart 2016, *EHRC* 2016, 131, m.nt. M. den Heijer, *JV* 2016, 132, m.nt. T.P. Spijkerboer (Grote Kamer) (*F.G. t. Zweden*)
- EHRM 23 maart 2016, *EHRC* 2016, 146, m.nt. M.I. van Drunick, *NJ* 2016, 260, m.nt. N. Keijzer (Grote Kamer) (*Blokhin t. Rusland*)
- EHRM 24 maart 2016, zaaknr. 48475/09 (*Sakir t. Griekenland*)
- EHRM 29 maart 2016, *JB* 2006, 134, m.nt. A.M.L. Jansen (Grote Kamer) (*Pizatti t. Italië*)
- EHRM 30 maart 2016, zaaknr. 5878/08 (Grote Kamer) (*Armani da Silva t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 31 maart 2016, zaaknr. 34148/07 (*Šantare en Labazņikovs t. Letland*)
- EHRM 26 april 2016, *NBSTRAF* 2016, 114, m.nt. M.J.N. Vermeij (Grote Kamer) (*Murray t. Nederland*)
- EHRM 10 mei 2016, zaaknr. 49867/08 (*Babajanov t. Turkije*)
- EHRM 5 juli 2016, *EHRC* 2016, 228, m.nt. J. Uzman (*A.M. t. Nederland*)
- EHRM 23 augustus 2016, zaaknr. 59166/12 (Grote Kamer) (*J.K. e.a. t. Zweden*)
- EHRM 30 augustus 2016, *EHRC* 2017, 18 (*Mustafić-Mujić e.a. t. Nederland*)
- EHRM 8 november 2016, *JV* 2017, 2, m.nt. E. Hilbrink (*El Ghatet t. Zwitserland*)
- EHRM 13 december 2016, zaaknr. 41738/10 (Grote Kamer) (*Paposhvili t. België*)
- EHRM 13 december 2016, *EHRC* 2017, 64, m.nt. A.E.M. Leijten, *USZ* 2017, 86, m.nt. H.J. Simon (Grote Kamer) (*Bélané Nagy t. Hongarije*)
- EHRM 7 maart 2017, *USZ* 2017, 182, m.nt. H.J. Simon (*Bazcúr t. Hongarije*)

NEDERLAND

Raad van State

- ABRvS 5 september 2007, *AB* 2008/4, m.nt. B.W.N. de Waard
- ABRvS 21 november 2007, *AB* 2008, 9, m.nt. B.W.N. de Waard (*T-Mobile-zaak*)
- ABRvS 19 september 2012, *AB* 2013, 265, m.nt. T. de Jong & Y.E. Schuurmans
- ABRvS 21 augustus 2013, *AB* 2013, 315, m.nt. H.D. Tolsma, *Gst.* 2013, 121, m.nt. L.J.M. Timmermans, *JB* 2013, 199, *JIN* 2013, 210, beide m.nt. R.J.N. Schlössels
- ABRvS 18 november 2015, *ECLI:NL:RVS:2015:3578* (*Gaswinning Groningen*)
- ABRvS 13 april 2016, *ECLI:NL:RVS:2016:890*, *ABkort* 2016, 146
- ABRvS 13 april 2016, *ECLI:NL:RVS:2016:891*
- ABRvS 13 april 2016, *ECLI:NL:RVS:2016:956*
- ABRvS 13 april 2016, *ECLI:NL:RVS:2016:957*
- ABRvS 13 april 2016, *ECLI:NL:RVS:2016:958*

Rechtbanken

- Rb. Overijssel 28 oktober 2015, *AB* 2016, 12, m.nt. H.D. Tolsma (*Monstertruck*)

Trefwoordenregister

(Er wordt verwezen naar paragraafnummers)

A

Absolute rechten | 1.2, 1.4, 3.2, 5.7, 6.1, 6.6, 7.2.3, 8.1, 8.3, 8.5, 10.3.1, 11.5.1, 11.5.2, 11.7, 13.2.2, 13.2.3, 13.3
Accessoir recht | 2.1, 2.3, 2.4, 8.2, 8.5, 13.2.5, 13.3
Adversarial proceeding (zie horen)
Advisory opinion | 10.2
Algemeen bestuursrecht (zie bestuursrecht, algemeen)
Ambtenarenrecht | 2.2.1.1
Ambtshalve | 4.2.2, 5.3.1.1, 6.3.2, 11.5.1
Annex tot he Rules of Court | 10.3, 10.4.1, 10.4.2.3
Arguable claim (zie verdedigbare klacht)
Asielpcedure, toegankelijke | 5.1, 5.3, 5.3.2.2, 5.4, 5.5, 5.7, 8.2, 11.6, 13.2.2
Asielrelaas, geloofwaardigheid van (zie geloofwaardigheidstoets)
Asielzoeker | 1.1, 1.3, 5.1, 5.2, 5.3.2.1, 5.3.2.2, 5.4.5.5, 5.6, 5.7, 11.5.1, 11.5.2, 11.7, 12.3.3.2, 13.2.2, 13.2.5
Automatisch schorsende werking (zie werking, automatisch schorsende)
Autonoom karakter | 2.2.1, 2.3, 4.3.1, 6.2.1, 7.2.2, 11.4.1

B

Behandeling
· onmenselijke | 5.2.1, 5.3.1.1, 5.5, 5.7, 10.5.1, 10.6, 11.4.1

· vernederende | 4.4, 5.2.1, 5.2.2, 5.3.1.1, 5.3.1.3, 5.3.2.2, 5.7, 10.5.1, 11.5.2, 11.5.3, 11.5.5
Behandeling, openbare (zie openbare behandeling)
Belang, vitaal | 6.3.4, 6.6, 7.3.2, 7.6, 8.5, 13.2.2, 13.3
Belang van het kind (zie kind, belang van het)
Belastingrecht | 2.2.1.1, 2.4, 7.4, 8.2, 13.2.4, 13.5
Benefit of the doubt | 5.4, 11.5.1, 11.5.3
Beoordelingsruimte (zie margin of appreciation)
Beschermsplicht, preventieve (zie preventieve beschermingsplicht)
Besluitvormingsprocedure, verlengde | 1.3, 6.3, 6.5, 7.5
Bestuurlijke voorfase | 2.2.3, 2.2.2.3, 8.2, 13.2.4, 13.2.5
Bestuurlijke voorprocedure (zie bestuurlijke voorfase)
Bestuurlijke boete | 1.3, 2.2.2.1, 2.2.2.4
Bestuursrecht
· algemeen | 1.3, 6.3
· bijzonder | 1.3, 11.4.2.1, 5.4, 6.3
· punitief | 1.3
Bewijs(regels) | 1.2, 5.4, 5.5, 5.7, 6.3.2, 6.3.5, 8.2, 9.1, 10.1, 10.2, 10.4.2.1, 10.4.2.3, 10.8, 11.1, 11.2, 11.3, 11.4.1, 11.4.2.1, 11.4.2.2, 11.5.2, 11.5.3, 11.7, 12.3.1, 12.3.2, 12.3.3.2, 12.4, 12.5, 13.2.1, 13.2.2, 13.4.1, 13.4.2, 13.4.3, 13.4.4
Bewijslast | 2.2.2.3, 4.3.1, 5.1, 5.4, 5.7, 11.1, 11.3, 11.4.1, 11.4.2.1, 11.4.2.2,

11.5.2, 11.5.5, 11.6, 11.7, 12.3.1,
12.3.3.1, 12.3.3.2, 13.4.1, 13.4.3,
13.4.4
Bewijsstandaard | 4.3.1, 5.3.1.1, 5.3.2.2,
5.4, 11.3, 11.4.1, 11.4.2.1, 11.4.2.2,
11.5.1, 11.5.2, 11.6, 11.7, 12.3.1
Beyond reasonable doubt | 4.3.1,
5.3.1.1, 11.4.1, 11.4.2.1
Bij wet voorzien (zie
voorzienbaarheid)
Bijzonder bestuursrecht (zie
bestuursrecht, bijzonder)
Bijzondere omstandigheden (zie
omstandigheden, bijzondere)
Boete, bestuurlijke (zie bestuurlijke
boete)
Burden of proof (zie bewijslast)
Burgerlijke rechten (zie rechten,
burgerlijke)
Burgerlijke verplichtingen (zie
verplichtingen, burgerlijke)

C

Civil rights and obligations (zie
rechten en verplichtingen,
burgerlijke)
Criminal charge (zie strafvervolgning)

D

Discriminatieverbod | 5.3.1.1, 11.4.1
Doel, legitiem (zie legitiem doel)

E

Eerlijk proces | 1.1, 2.1, 2.2, 2.2.2.1,
2.2.2.2, 5.5, 7.6, 8.2, 10.3.2, 10.5.1,
11.6, 11.7, 12.4, 13.2.5, 13.3, 13.4.3
Effectief rechtsmiddel | 1.1, 2.1, 2.3,
2.4, 4.4, 4.6, 5.3.1.3, 5.3.2.2, 5.4,
6.3.2, 6.3.5, 6.4.6, 6.4, 7.3.1, 7.3.2,
7.4, 7.5, 8.2, 10.2, 13.2.2, 13.2.4,
13.2.5, 13.3
Effectieve rechtsbescherming | 1.1, 5.4,
6.3.2, 7.4, 13.2.3, 13.5
Effective remedy (zie effectief
rechtsmiddel)
Eisen, formele | 1.1, 5.3.2.1

Equality of arms | 2.2.2.2, 6.3.1, 7.3.1,
10.3.2
EU-recht (zie Europese Unierecht)
Europese Unie-recht | 1.3, 13.5
Ex nunc(-toets) | 1.1, 5.3.2.2, 5.4, 5.7,
10.6, 10.7, 11.2, 11.4.2.1, 11.4.2.2,
11.5, 11.5.1, 11.5.4, 11.6, 11.7, 12.3.1,
12.3.2, 12.4, 13.4.1, 13.4.2, 13.4.4,
13.5
Ex tunc(-toets) | 11.2, 11.4.2.1, 11.7,
12.3.2, 12.5, 13.4.2
Ex tunc plus(-toets) | 11.4.2.1, 11.4.2.2,
11.7, 12.3.2, 12.5, 13.4.2
Excessief formalisme (zie formalisme,
excessief)
Expulsion (zie uitzetting)
Extradition (zie uitlevering)

F

Fact-finding missions | 1.1, 4.3.1, 10.1,
10.4.2.3, 10.5, 10.5.1, 10.5.2, 10.6,
10.8, 12.2, 13.3, 13.5
Fair balance | 2.2.2.2, 6.2.2, 6.3.2, 6.3.5,
7.2.4, 7.3.1, 7.3.2, 7.6, 10.4.2.1, 10.6,
10.8, 11.4.2.1, 11.4.2.2, 12.2, 12.5,
13.4.2
Fair trial (zie eerlijk proces)
Familiehereniging | 6.3.5, 11.4.2.1
Feitenrechter | 10.2, 10.3.3, 10.6, 11.7,
12.5, 13.5
Feitenvaststelling | 1.2, 1.4, 2.2, 2.3,
9.1, 9.2, 10.1, 10.4, 10.4.1, 10.5.1,
10.6, 10.7, 11.1, 11.4.2.1, 11.5.1, 12.1,
12.2, 13.4.1, 13.4.2
Foltering | 4.3.1, 5.2.1, 5.2.2, 5.3.1.1,
5.3.2, 5.4, 5.5, 10.5.1, 10.6, 10.8
Forced disappearances (zie
gedwongen verdwijningen)
Formalisme, excessief | 2.2.2.3, 6.3.4.1,
10.3.3, 10.8
Formele eisen (zie eisen, formele)
Fourth instance (zie feitenrechter)
Full jurisdiction | 2.2.2.2, 2.2.2.3, 7.3.2,
10.7, 11.6, 12.4
Fundamentele rechten | 4.2.1, 5.2.1,
6.3.3, 8.3, 13.6

G

Gedwongen verdwijningen | 4.3.1, 11.4.1
 Geloofwaardigheid van asielrelaas (zie geloofwaardigheidstoets)
 Geloofwaardigheidstoets | 5.3.2, 5.3.2.1, 5.3.2.2, 5.4, 5.7, 8.2, 10.5.2, 11.5.1, 11.5.2, 11.7, 12.2, 12.3.1, 12.4, 12.5, 13.2.2, 13.4.1, 13.5
 Gerecht
 · onafhankelijk | 2.2, 2.2.2.1, 2.3, 4.4
 · onpartijdig | 2.2, 2.2.2.1, 2.3, 4.4
 Geschreven rechtsbeginselen (zie rechtsbeginselen, geschreven)
 Good governance | 7.3.2, 7.4
 Groepen, kwetsbare (zie kwetsbare groepen)

H

Handhaving | 4.2.2, 5.2.2
 Handvest van de Grondrechten (EU) | 1.3, 5.5, 13.5
 Hoer en wederhoor (zie horen)
 Hoorzitting | 2.2.2.2, 6.3.5, 7.3.2, 10.3.2
 Horen | 1.1, 1.3, 2.2.2.2, 4.3.2.1, 4.5.4.6, 5.4, 5.5, 5.7, 6.3, 6.3.5, 6.3.6, 6.4, 6.5, 6.6, 7.2.4, 7.3.1, 7.3.2, 7.4, 7.5, 8.2, 8.4, 10.8, 13.2.2, 13.2.3, 13.2.4, 13.2.5

I

Ill-treatment (zie behandeling, vernederende en onmenselijke)
 Implicaties, indirecte procedurele (zie verplichtingen, indirecte procedurele)
 Indirecte procedurele verplichtingen (zie verplichtingen, indirecte procedurele)
 Indirecte procedurele implicaties (zie verplichtingen, indirecte procedurele)
 Informatie, toegang tot persoonlijke | 6.3, 6.3.4, 6.6, 8.2, 13.2.3
 Informatie, recht op (zie informatierecht)
 Informatieplicht (zie informatierecht)

Informatierecht | 1.1, 4.2.2, 4.3.2.1, 6.3.2, 6.3.4, 6.5, 7.3.2, 11.4.2.1
 Irreparable harm (zie schade, onomkeerbare)
 Irreversible harm (zie schade, onomkeerbare)

J

Jurisdictie | 2.2.2.1, 4.2.2

K

Kind, belang van het | 5.3.2.2, 6.3, 6.3.1, 6.3.5, 6.5, 6.6, 7.3.2, 8.4, 11.4.2.1, 11.5.2, 12.3.2, 12.3.3.1, 13.2.3, 13.2.5, 13.4.4
 Klacht, verdedigbare (zie verdedigbare klacht)
 Kwetsbare groepen/personen | 4.2.2, 4.3.2.1, 5.4, 5.7, 6.3.5, 6.6, 7.3.2, 8.4, 11.2, 13.2.2, 13.2.3, 13.2.5, 13.4.4

L

Lawfulness-vereiste | 6.2.1, 7.3.1
 Leges | 6.4
 Legitiem doel | 2.2.2.3, 6.2.1, 7.2.4, 11.4.2.2
 Legitimate aim (zie legitiem doel)
 Legitimiteit | 2.2.2.1, 10.3.3
 Locus standi | 10.4.2.2

M

Margin of appreciation | 1.1, 2.2.2.3, 4.2.2, 6.1, 6.2.1, 6.3.1, 6.3.2, 6.3.3, 6.3.4, 6.4, 6.6, 7.1, 7.2.4, 7.2.5, 7.3.2, 7.5, 7.6, 8.1, 8.2, 8.3, 10.2, 10.6, 10.8, 11.2, 11.4.2.1, 11.4.2.2, 12.3.2, 12.5, 13.2.3, 13.4.2, 13.5
 Materiële positieve verplichtingen (zie positieve verplichtingen, materiële)
 Mensenrechtenbeoordeling | 5.4, 11.4.2.1, 11.7, 12.3.3, 13.4.4
 Minderjarige(n) | 5.4, 6.3.5, 7.3.2, 8.3, 11.4.2.1, 11.5.2, 11.6, 11.7, 12.3.2, 13.4.2
 Minimum level of severity | 5.2.1, 5.2.2, 5.4, 6.3.2, 10.6, 11.4.2.1, 11.5.2, 12.3.3.1, 13.4.4

Motiveringsplicht | 1.3, 2.2.2.2, 5.4,
5.5, 6.3.4, 7.3.2, 10.3.3, 13.2.5, 13.5

N

Negatieve verplichtingen | 1.1, 4.1,
4.2.2, 4.6, 5.2.2, 5.7, 6.2.2, 6.3.5,
7.2.4, 11.4.2.1

O

Omstandigheden, bijzondere | 4.4, 5.4,
10.4.2.2, 11.4.2.1, 12.3.3.1, 13.4.4

Onafhankelijk onderzoek (zie
onderzoek, onafhankelijk)

Onafhankelijk gerecht (zie gerecht,
onafhankelijk)

Onderzoek

- onafhankelijk | 4.3.2.1, 4.4,
5.3.1.3, 5.7, 8.2
- voortvarend | 1.1, 4.3.2.1, 5.3.1.2,
5.3.1.3, 5.7, 6.3.5, 6.6, 8.2
- openbaarheid | 4.3.2.1, 5.3.1.3

Onderzoeksplicht, procedurele | 1.1,
4.1, 4.3, 4.3.1, 4.3.2, 4.3.2.1, 4.4, 4.6,
5.1, 5.2.2, 5.3.1, 5.3.1.1, 5.3.1.2, 5.5,
5.7, 6.3.1, 8.2, 10.4.1, 10.7, 10.8,
11.4.1, 11.4.2.2, 11.7, 12.2, 13.2.1,
13.2.5, 13.3, 13.4.1, 13.4.3, 13.5

Ongeschreven rechtsbeginselen (zie
rechtsbeginselen, ongeschreven)

Onmenselijke behandeling (zie
behandeling, onmenselijke)

Onomkeerbare schade (zie schade,
onomkeerbare)

Onpartijdig gerecht (zie gerecht,
onpartijdig)

Onthoudingsverplichting (zie
negatieve verplichtingen)

Ontneming (van eigendom) | 7.2.3,
7.2.4, 7.3.1, 7.3.2

Openbaarheid uitspraak | 2.2.2.1

Openbaarheid onderzoek (zie
onderzoek, openbaarheid)

Openbare behandeling | 2.2, 2.2.2.1

Opinion, advisory (zie advisory
opinion)

Overgangsrecht | 7.3.2

Overheidsaansprakelijkheidsrecht
| 1.3

P

Personen, kwetsbare (zie kwetsbare
personen)

Positieve verplichtingen

- materiële | 1.1, 1.3, 1.4, 4.1, 4.2,
4.2.2, 4.3, 4.6, 5.1, 5.2, 5.2.2, 6.2.2,
7.2.4, 7.2.5, 7.3.2, 7.6, 8.2, 11.4.2.1,
13.2, 13.5
- procedurele | 1.1, 1.3, 4.2.2, 4.3,
4.3.2.1, 4.6, 5.3.2.1, 5.4, 5.7, 6.2.2,
7.1, 7.2.5, 7.3.1, 7.4, 7.6, 11.4.2.1,
13.2, 13.5

Preventieve beschermingsplicht | 4.2,
4.2.2, 4.6, 5.2, 5.2.2, 10.4.2.2

Preventieve veiligheidsmaatregelen
(zie veiligheidsmaatregelen,
preventieve)

Preventieve verplichting (zie
preventieve beschermingsplicht)

Proceduralisering | 1.1, 1.2, 1.3, 6.1,
8.1, 8.5, 13.2.3, 13.5

Procedurele zorgvuldigheidseisen (zie
zorgvuldigheidseisen, procedurele)

Procedurele rechtvaardigheid | 13.5

Procedurele onderzoeksplicht (zie
onderzoeksplicht, procedurele)

Procedurele positieve verplichtingen
(zie positieve verplichtingen,
procedurele)

Proces, eerlijk (zie eerlijk proces)

Procesreglement | 5.3.2.2, 10.3, 10.3.3,
10.4.1, 10.4.2.2, 11.4.1, 11.5.3

Proportionaliteit | 1.2, 2.2.2.3, 6.2.1,
6.3.3, 6.3.5, 7.2.4, 7.3.1, 7.3.2, 7.5,
11.4.2.1

Proprio motu (zie ambtshalve)

Punitief bestuursrecht (zie
bestuursrecht, punitief)

R

Real risk (zie risico, reëel)

Recht, accessoir (zie accessoir recht)

Rechten, relatieve (zie relatieve
rechten)

Rechten, burgerlijke | 2.2, 2.2.1, 2.2.2.1, 7.4, 8.2
 Rechten, fundamentele (zie fundamentele rechten)
 Rechten, absolute (zie absolute rechten)
 Rechter, toegang tot de (zie toegang tot de rechter)
 Rechtsbeginselen
 · ongeschreven | 1.3
 · geschreven | 1.3
 Rechtsbescherming, effectieve (zie effectieve rechtsbescherming)
 Rechtsherstel | 2.3, 7.3.2, 8.2
 Rechtsmacht (zie jurisdictie)
 Rechtsmiddel, effectief (zie effectief rechtsmiddel)
 Rechtszekerheid | 7.3.2, 10.3.3, 12.3.3.1, 13.4.4
 Rechtvaardigheid, procedurele (zie procedurele rechtvaardigheid)
 Redelijke termijn | 1.1, 2.2.1, 2.2.2.1, 2.4, 4.2.2, 4.3.2.1, 4.4, 4.6, 5.3.1.3, 5.4, 5.5, 5.7, 6.3.2, 6.3.5, 6.4, 7.2.4, 7.3.2, 7.4, 8.2, 10.3.3, 13.2.1, 13.2.3, 13.2.5
 Redres | 2.3, 4.3.2.1, 4.4, 7.4
 Reëel risico (zie risico, reëel)
 Refoulement, verbod van | 1.1, 5.3.2, 5.3.2.2, 5.4, 10.6, 10.8, 11.5.2, 13.2.2
 Regulering (van eigendom) | 7.2.3, 7.2.4, 7.3.1, 7.3.2
 Relatieve rechten | 1.2, 3.2, 6.6, 8.1, 8.3, 13.2.3, 13.3, 13.5
 Res interpretata | 1.1
 Rigorous scrutiny (zie geloofwaardigheidstoets)
 Risico, reëel | 1.1, 5.1, 5.3, 5.3.2, 5.3.2.1, 5.4, 6.3.5, 10.6, 11.2, 11.5.1, 11.5.2, 11.5.4, 11.5.5, 13.2.2, 13.2.5
 Roma | 6.3, 6.3.3, 6.3.4, 6.6, 10.4.2.2, 11.4.1, 12.3.3.2, 13.2.2, 13.2.3
 Rules of Court (zie Procesreglement)

S
 Schade, onomkeerbare | 1.1, 5.3.2.2, 5.4, 5.7, 6.3.1, 6.3.2, 6.3.6, 6.4, 6.6,

7.2.4, 7.3.2, 7.5, 8.4, 8.5, 11.2, 11.4.2.1, 11.4.2.2, 11.5.2, 11.7, 12.3.1, 12.5, 13.2.2, 13.2.3, 13.2.5
 Schadevergoeding | 2.2.1, 2.2.2.1, 2.3, 2.4, 4.4, 4.6, 5.5, 6.3.2, 7.2.1, 7.2.2, 7.2.4, 7.2.5, 7.3.1, 7.2.4, 8.2, 8.3, 10.6, 10.8, 12.2, 13.4.2
 Strafvervolgning | 2.3, 2.2.1, 2.2.2.4, 4.4
 Subsidiariteitsbeginsel | 2.3, 5.4, 5.7, 6.2.1, 6.3.5, 8.1, 10.2, 10.4.1, 10.5.2, 10.6, 10.8, 11.5.1, 13.5

T

Tenuitvoerlegging | 2.2.3, 2.4, 6.3.2, 6.3.5, 6.4, 6.6, 7.2.5, 7.3.2, 8.2, 10.4.1, 13.2.3, 13.2.5
 Termijn, redelijke (zie redelijke termijn)
 Toegang tot persoonlijke informatie (zie informatie, toegang tot persoonlijke)
 Toegang tot de rechter | 2.2, 2.2.2.3, 2.2.3, 6.4, 7.3.2, 8.2, 13.2.3
 Toegankelijke asielprocedure (zie asielprocedure, toegankelijk)
 Toetsingspraktijk | 1.2, 1.4, 9.1, 10.1, 10.2, 10.3, 11.1, 11.4.2.1, 11.5, 11.5.1, 12.1, 12.2, 12.3, 12.5, 13.1, 13.4.2, 13.4.4, 13.5, 13.6
 Toetsingswijze (zie toetsingspraktijk)
 Toezicht | 1.2, 4.2.2, 5.2.2, 6.3.2, 6.3.6

U

Uithuisplaatsing | 5.3.2.2, 6.3.1, 6.3.2, 6.3.6, 6.5, 6.6, 8.2, 11.4.2.1, 11.7, 12.3.2, 12.5, 13.2.3
 Uitlevering | 1.2, 5.2.1, 5.4, 11.5.2, 11.5.4
 Uitspraak, openbaarheid (zie openbaarheid uitspraak)
 Uitzetting | 1.3, 5.1, 5.4, 6.3.5, 8.4, 10.5.2, 10.6, 11.4.2.1, 11.5, 11.5.1, 11.5.2, 11.5.3, 11.5.4, 11.5.5, 11.6, 11.7, 12.2, 12.3.1, 12.3.3.1, 12.4, 12.5, 13.2.2, 13.2.4, 13.2.5, 13.4.2, 13.4.3, 13.5

V

Vaststelling, van de feiten (zie feitenvaststelling)
Veiligheidsmaatregelen, preventieve | 1.1, 4.2.2
Verbod van refolement (zie refolement, verbod van)
Verdedigbare klacht | 2.3, 5.3, 5.3.2.2, 5.6, 5.7, 6.3.2, 6.3.5, 11.5.2
Verdwijningen, gedwongen (zie gedwongen verdwijningen)
Verlengde besluitvormingsprocedure (zie besluitvormingsprocedure, verlengde)
Vernederende behandeling (zie behandeling, vernederende)
Verplichting, preventieve (zie preventieve beschermingsplicht)
Verplichtingen, indirecte procedurele | 1.1, 1.4, 9.1, 10.1, 10.5.1, 10.6, 10.7, 10.8, 11.1, 11.4.1, 11.4.2, 11.4.2.1, 11.4.2.2, 11.5, 11.6, 11.7, 12.1, 12.2, 12.3.1, 12.4, 12.5, 13.1, 13.4, 13.4.1, 13.4.2, 13.4.3, 13.4.4, 13.5
Verplichtingen, negatieve (zie negatieve verplichtingen)
Verplichtingen, burgerlijke | 2.2.1, 8.2
Vertrouwensbeginsel | 7.3.2
Vitaal belang (zie belang, vitaal)
Vital interest (zie belang, vitaal)
Voorfase, bestuurlijke (zie bestuurlijke voorfase)
Voorprocedure, bestuurlijke (zie bestuurlijke voorfase)
Voortvarend onderzoek (zie onderzoek, voortvarend)
Voorzienbaarheid | 2.2.2.3, 2.3, 6.2.1, 7.2.4, 11.4.2.2
Voorzorgsbeginsel | 6.3.2
Vreemdelingenrecht | 1.3, 2.2.1.1, 2.4, 5.3.1.1, 5.5, 6.1, 6.3.5, 6.4, 6.6, 8.2, 8.5, 11.5, 11.6, 12.3.2, 13.2.2, 13.2.3, 13.2.5, 13.5

W

Werking, automatisch schorsende | 5.3.2.2, 5.4, 5.5, 5.7, 8.2, 13.2.5
Wet, voorzien bij (zie voorzienbaarheid)

Z

Zevende Protocol | 1.3
Zienswijze | 6.3.2
Zorgvuldigheidseisen, procedurele | 1.1, 1.3, 4.2.2, 6.3.4, 6.6, 8.2, 8.5, 13.3, 13.6

Vragenlijst interviews en respondenten

VRAGENLIJST

Procesrecht van het EHRM

- 1) Welke procedurele regels naast de 'Rules of Court' en de 'Annex to the Rules' neemt het Hof in acht bij het beoordelen van een vermeende mensenrechtenschending?
- 2) Zijn de procedurele regels die het Hof zelf hanteert terug te vinden in interne instructies of expliciet in de jurisprudentie van het Hof? En zo ja, uit welk arrest(en) volgt dit expliciet?
- 3) Hanteert het Hof een standaard procedurele behandeling van de klachten? Of wordt er gedifferentieerd? En zo ja, hoe wordt er gedifferentieerd en welke criteria zijn daarbij leidend? Hoe vertaalt zich dit in de toepassing van de procedurele regels?
- 4) Een hoorzitting voor het EHRM vindt zelden plaats. Een ontvankelijkheidsbeslissing of een uitspraak wordt vaak genomen op basis van de schriftelijke stukken. Een van de vereisten van artikel 6 EVRM is het vereiste van een eerlijk proces. Dit vereiste houdt ook in dat partijen over gelijke verdedigingsrechten beschikken, het 'equality of arms' vereiste. Hoe borgt het Hof dit vereiste bij de doorgaans schriftelijke behandeling van klachten?

Procesrecht en de Staten

- 5) Beïnvloedt het eigen procesrecht van het EHRM de wijze waarop Staten hun procesrecht vormgeven? Zo ja, op welke wijze?
- 6) In aansluiting daarop: Verlangt de *ex nunc*-toets van het Hof in artikel 2 en 3 EVRM zaken, en onder omstandigheden ook in artikel 8 EVRM zaken – daar waar het gaat om uitzetting van vreemdelingen – dat de Staten deze *ex nunc*-toets volgen?
- 7) Hoe zouden Staten hun procedure het beste kunnen inrichten opdat eventuele schendingen al op nationaal niveau aan het licht komen?

Efficiëntie

- 8) Momenteel (maart 2013) wachten ongeveer 130.000 klachten op een behandeling door het EHRM. Om de achterstand in de behandeling van de klachten weg te werken zijn er de afgelopen jaren veel maatregelen genomen. Deze institutionele veranderingen zagen onder meer op het instellen van de single judge procedure, het Comité van drie rechters, de ontvankelijkheidsvoorwaarde 'wezenlijk nadeel' (artikel 35 EVRM).

Zijn er verder in het kader van deze efficiency operatie nog veranderingen opgetreden ten aanzien van de behandeling van de klacht? Hierbij kan gedacht worden aan een beknoptere motivering. Het gaat dan zowel om de vraag naar de ontvankelijkheid van de klacht als de inhoudelijke beoordeling van de klacht.

RESPONDENTEN

Rechters

Egbert Myjer (Voormalig rechter in het EHRM)
Paul Lemmens (Thans rechter in het EHRM)

Griffie

John Darcy (Adviser to the President and the Registrar)
Lawrence Early (Jurisconsult)
Peter Kempees (Senior Lawyer)
Nico Mol (Senior Lawyer)
Agnes van Steijn (Senior Lawyer)
Marialena Tsirli (Section Registrar)

Vertegenwoordiging Nederland voor het Hof

Liselot Egmond (Plaatsvervangend Agent van het Ministerie van Buitenlandse Zaken)

Curriculum vitae

Tess de Jong is op 22 april 1986 geboren in Leiden. In 2005 behaalde zij haar gymnasium-diploma aan het Visser 't Hooft Lyceum in Leiden. Daarna is zij Nederlands recht gaan studeren aan de Universiteit Leiden. In 2010 is zij afgestudeerd in de richting Staats-en Bestuursrecht. Kort daarop startte Tess in 2011 als promovenda bij de afdeling Staats-en Bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Haar proefschriftonderzoek is gefinancierd door de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO). Momenteel is zij werkzaam als beleidsmedewerker bij het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden zijn in 2016 en 2017 verschenen:

- MI-259 S. Tjandra, *Labour Law and Development in Indonesia* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2016, ISBN 978 94 6203 981 0
- MI-260 R.H.C. van Kleef, *Liability of football clubs for supporters' misconduct. A study into the interaction between disciplinary regulations of sports organisations and civil law* (diss. Leiden), Den Haag: Eleven International Publishing (BJu) 2016, ISBN 978 94 6236 670 1
- MI-261 C.G. Breedveld-de Voogd, A.G. Castermans, M.W. Knigge, T. van der Linden & H.A. ten Oever (red.), *Core Concepts in the Dutch Civil Code. Continuously in Motion*, BWKJ nr. 30, Deventer: Kluwer 2016, ISBN 978 90 1313 725 5
- MI-262 P.W. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, ISBN 978 94 6290 235 0
- MI-263 W. Wels, *Dead body management in armed conflict: paradoxes in trying to do justice to the dead*, (Jongbloed scriptieprijs 2015), Den Haag: Jongbloed 2015, ISBN 979 70 9003 825 9
- MI-264 E.A. Fredericks, *Contractual Capacity in Private International Law*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2016
- MI-265 J.H. Crijns, B.J.G. Leeuw & H.T. Wermink, *Pre-trial detention in the Netherlands: legal principles versus practical reality*, Research Report, Den Haag: Eleven International Publishing (BJu) 2016, ISBN 978 94 6236 687 9
- MI-266 B.E.E.M. Cooreman, *Addressing global environmental concerns through trade measures: Extraterritoriality under WTO law from a comparative perspective*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2016
- MI-267 J.E. van de Bunt, *Het rampenfonds*, (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2016, ISBN 978 90 8219 685 6
- MI-268 J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht*, (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2016, ISBN 978 90 1313 885 6
- MI-269 D. van der Blom, *De verhouding van staat en religie in een veranderende Nederlandse samenleving*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2016, ISBN 978 94 6328 032 7
- MI-270 J.M. Hartmann, *A blessing in disguise?! Discretion in the context of EU decision-making, national transportation and legitimacy regarding EU directives*, (diss. Leiden), Amsterdam University Press 2016.
- MI-271 J.M.J. van Rijn van Alkemade, *Effectieve rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten*, (diss. Leiden), Den Haag: Eleven International Publishing (BJu) 2016
- MI-272 J. Wang, *Trends in social assistance, minimum income benefits and income polarization in an international perspective*, (diss. Leiden), Enschede: Gildeprint 2016, ISBN 978 94 6233 3734
- MI-273 A.J. Metselaar, *Drie rechters en één norm. Handhaving van de Europese staatssteunregels voor de Nederlandse rechter en de grenzen van de nationale procedurele autonomie*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, ISBN 978 90 1313 988 4
- MI-274 E.J.M. Vergeer, *Regeldruk vanuit een ander perspectief. Onderzoek naar de beleving van deregulering bij ondernemers*, (diss. Leiden)
- MI-275 J.J. Oerlemans, *Investigating Cybercrime*, (diss. Leiden), Amsterdam: Amsterdam University Press 2017, ISBN 978 90 8555 109 6
- MI-276 E.A.C. Raaijmakers, *The Subjectively Experienced Severity of Imprisonment: Determinants and Consequences*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing, 2016, ISBN 978 94 0280 455 3
- MI-277 M.R. Bruning, T. Liefwaard, M.M.C. Limbeek, B.T.M. Bahlmann, *Verplichte (na)zorg voor kwetsbare jongvolwassenen?*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2016, ISBN 978 94 624 0351 2
- MI-278 A.Q. Bosma, *Targeting recidivism. An evaluation study into the functioning and effectiveness of a prison-based treatment program*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2016
- MI-279 B.J.G. Leeuw, F.P. Ölçer & J.M. Ten Voorde (red.), *Leidse gedachten voor een modern straf(proces)recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017, ISBN 978 94 6290 392 0

- MI-280 J. Tegelaar, *Exit Peter Paul? Divergente toezichthoudersaansprakelijkheid in de Europese Unie voor falend financieel toezicht, gezien vanuit het Europeesrechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming*, (Jongbloed scriptieprijs 2016), Den Haag: Jongbloed 2017, ISBN 978 90 8959 129 6
- MI-281 P. van Berlo et al. (red.), *Over de grenzen van de discipline. Interactions between and with-in criminal law and criminology*, Den Haag: Boom 2017, ISBN 978 94 6290 390 6
- MI-282 J. Mačkić, *Proving Discriminatory Violence at the European Court of Human Rights*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017
- MI-283 D.V. Dimov, *Crowdsourced Online Dispute Resolution*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017, ISBN 978 94 0280 578 9
- MI-284 T. de Jong, *Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2017, ISBN 978 90 1314 413 0

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek/publiceren