



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

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 & Haeck (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 orderingsbeleid 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 *Öneryıldiz*.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) (*Öneryıldiz 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.