



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

8 | Conclusie deel I

8.1 INLEIDING

In de voorgaande hoofdstukken is ingegaan op de procedurele eisen die het Hof heeft ingelezen in de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM. Deze hoofdstukken zijn grotendeels beschrijvend van aard, in tegenstelling tot het meer analyserende karakter van dit hoofdstuk. Aan de hand van een drietal vragen wordt hier geprobeerd om de procedurele tendens in de EHRM-jurisprudentie van een nadere duiding te voorzien. Het hoofdstuk over de artikelen 6 en 13 EVRM en de hoofdstukken van deel I leveren de input voor de beantwoording van deze vragen. Zoals in het hiernavolgende duidelijk zal worden, biedt de informatie die in die hoofdstukken naar voren is gekomen en het onderzoek dat daarvoor is gedaan namelijk aanknopingspunten om bredere conclusies aan dit onderzoek te verbinden.

In de eerste plaats ga ik in op de vraag of we iets kunnen zeggen over de reden waarom het EHRM de procedurele eisen aan een materieel EVRM-recht ontleent en niet aan de artikelen 6 en 13 EVRM (paragraaf 8.2). Biedt de rechtspraak van het Hof handvaten om deze ‘procedurele trend’ van meer duiding te voorzien? In de tweede plaats ga ik in op de vraag of er een verschil is in invloed tussen absolute rechten (artikel 2 en 3 EVRM) en relatieve rechten (artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM) op de procedurele verplichtingen, en of het specifieke materiële recht hierop van invloed is (paragraaf 8.3). Tot slot beantwoord ik de vraag of er in de EHRM-jurisprudentie nog andere factoren zijn te vinden die van invloed zijn op de procedurele verplichtingen (paragraaf 8.4). Ik sluit af met de conclusie (paragraaf 8.5).

Vooraf kan in meer algemene zin het volgende worden opgemerkt over de positie van het Hof in relatie tot zijn eigen (procedurele) toets¹ en de ‘proceduralisering’ van de materiële EVRM-bepalingen. Wanneer het Hof zich bij het beoordelen van een vermeende EVRM-schending beperkt tot een louter procedurele toets, sluit dit aan bij de subsidiaire positie van het Hof. Het Hof pretendeert tenslotte geen vierde instantie te zijn. De toets waarbij het EHRM vooral beoordeelt of de procedurele waarborgen (onder de artikelen 6 en 13 EVRM

1 De toetsingspraktijk van het Hof zelf komt in deel II aan bod.

of onder een materieel EVRM-recht) in het nationale recht aanwezig zijn en worden nageleefd, sluit hierbij aan. Deze procedurele benadering van het Hof benadrukt het belang van een nationale procedure die inhoudelijk conform het EVRM is. De inhoudelijke aspecten van de klacht in de toets van het Hof (zeker onder de rechten waarin de Staten een *margin of appreciation* toekomt) kunnen dan onderbelicht blijven. Wanneer het Hof kiest voor een procedurele benadering van de EVRM-klacht, voorkomt het op die manier immers dat een oordeel moet worden gegeven over het inhoudelijke (complexe/gevoelige) deel van de klacht. Dit hebben we ook kunnen zien in de vorige hoofdstukken.

8.2 DE PROCEDURELE EISEN IN MATERIËLE VERDRAGSBEPALINGEN EN DE VERHOUDING TOT DE ARTIKELEN 6 EN 13 EVRM

Bij de beantwoording van de vraag waarom het EHRM de procedurele eisen aan een materieel EVRM-recht ontleent en niet aan artikel 6 en/of 13 EVRM, schets ik eerst de procedurele betekenis van de in dat kader relevante EVRM-bepalingen,² gevolgd door een resumerende alinea.

Artikel 6 EVRM en artikel 13 EVRM

Artikel 6 EVRM ziet op een eerlijk proces, en daarnaast op het recht op toegang tot de rechter. In principe gelden de procedurele waarborgen onder artikel 6 EVRM in de rechterlijke fase. In sommige gevallen heeft een aantal van deze eisen al gelding in de bestuurlijke voorfase.

Artikel 13 EVRM voorziet in het recht op een effectief nationaal rechtsmiddel, op grond waarvan een besluit/uitspraak kan worden betwist. Dit kan ook betekenen dat naar nationaal recht de mogelijkheid tot schadevergoeding of andere vormen van rechtsherstel dient te bestaan.

Artikel 2 EVRM en artikel 3 EVRM

De gewone³ procedurele onderzoeksplicht onder de artikelen 2 en 3 EVRM is 'eigen' aan deze rechten en dient ter effectuering van het recht op leven en het folterverbod. Met andere woorden: artikel 6 EVRM voorziet niet in de procedurele plicht tot het doen van een effectief officieel onderzoek naar een vermeende schending van voormelde rechten en de in dat kader geformuleerde procedurele verplichtingen. Daartoe behoren de onafhankelijkheid van het onderzoek, de voortvarendheid en de identificatie en bestraffing/aansprakelijkstelling van verantwoordelijken. Bovendien lijkt de onderzoeksplicht onder de artikelen 2 en 3 EVRM zich vooral op de uitvoerende autoriteiten van de

2 Zie hoofdstuk 2 tot en met 7.

3 Ter onderscheiding van de procedurele onderzoeksplicht in asielzaken onder artikel 3 EVRM (zie ook hoofdstuk 5, i.h.b. par. 5.1).

Staat te richten, nu deze doorgaans het beste in staat zijn om opdracht te geven tot/leiding te geven aan een dergelijk onderzoek. Bovendien kan ook het feitencomplex reden zijn om snel, en niet pas in de rechterlijke fase, het onderzoek te (laten) starten. Hierbij kan dan gedacht worden aan het veiligstellen/vergaren van bewijs. Daarom is het logisch dat het Hof deze procedurele verplichtingen onder deze artikelen schaaft, en niet onder artikel 6 EVRM.

De procedurele onderzoeksplicht bevat overigens wel elementen die we kennen van artikel 6 EVRM. Hierbij kan gedacht worden aan het redelijke termijn-vereiste onder artikel 6 EVRM, dat overeenkomsten vertoont met de voortvarendheid waarmee het onderzoek van start moet gaan en de duur ervan. De onafhankelijkheid en onpartijdigheid waaraan het onderzoek moet voldoen vertonen op punten ook overeenkomsten met de 6-EVRM waarborgen.⁴ De openbaarheid van het onderzoek als voorwaarde van de procedurele onderzoeksplicht lijkt op het in voldoende mate betrekken van de personen bij de rechterlijke procedure onder artikel 6 EVRM. Onder het recht op leven en het folterverbod worden deze procedurele waarborgen echter doorgetrokken naar de onderzoeksfase, en daarmee naar de voorfase. Het is aan de nationale rechter om erop toe te zien of een onderzoek heeft plaatsgevonden dat voldoet aan de eisen die in dit kader gelden onder de artikelen 2 en 3 EVRM. In sommige gevallen, als de omstandigheden dit toe laten, zal de nationale rechter (ook) zelf onderzoek moeten doen/laten verrichten.

Artikel 13 EVRM staat in een enger verband tot de artikelen 2 en 3 EVRM dan artikel 6 EVRM voor zover het de onderzoeksplicht betreft. Hoewel artikel 13 EVRM op zichzelf niet vereist dat een effectief onderzoek wordt verricht door de nationale autoriteiten, kan dit in combinatie met artikel 2 en/of 3 EVRM wel worden verlangd van de Staat.

Artikel 3 EVRM (in combinatie met artikel 13 EVRM) in asielzaken

Onder artikel 3 EVRM zijn diverse procedurele eisen ontwikkeld die gelden in asielzaken. Zo rust op de nationale autoriteiten onder artikel 3 EVRM de plicht om een grondig onderzoek te doen naar de geloofwaardigheid van de asielclaim. Deze plicht richt zich zowel tot de uitvoerende als de rechterlijke autoriteit van de Staat. Ook onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM rust deze plicht op de nationale autoriteiten. Verder heeft het Hof procedurele eisen gesteld aan de inrichting van de asielprocedure.

De meeste van de procedurele eisen die het Hof onder artikel 3 EVRM in dit type zaken heeft gecreëerd zien op de fase waarin een aanvraag voor een asielvergunning wordt gedaan, of op een afwijzing in de bezwaar/beroepsfase.

4 Het Hof hanteert overigens een uiteenlopende toets van het onafhankelijkheidsvereiste onder 2 EVRM van het onderzoek en de onafhankelijkheid van het rechterlijk instituut onder 6 EVRM, zie EHRM 14 april 2015, *EHRC* 2015, 150, m.nt. J.H. Gerards, i.h.b. par. 221 e.v. (Grote Kamer) (*Mustafa Tunç en Fecire Tunç t. Turkije*), zoals besproken in hoofdstuk 4, par. 4.3.2.1.

Het is in eerste instantie aan de uitvoerende autoriteiten om de geloofwaardigheid van het asielrelaas te beoordelen, en daarmee dus een grondig onderzoek te verrichten naar de claim. Hierbij gaat het dan om het raadplegen van voldoende bronnen, maar ook om het horen en tijdig informeren over de voortgang van de procedure. Artikel 6 EVRM voorziet niet in dergelijke verplichtingen die spelen in de voorfase. Onder artikel 3 EVRM gelden voormelde verplichtingen, en ook over de band van artikel 13 EVRM kunnen vereisten als het horen en een toegankelijke asielprocedure van toepassing worden in de voorfase in asielzaken. Onder artikel 13 EVRM in combinatie met het folterverbod is in asielzaken ook bepaald dat een nationaal rechtsmiddel automatisch schorsende werking moet hebben.

De procedurele eisen onder artikel 3 EVRM en onder artikel 13 in combinatie met artikel 3 EVRM in asielzaken zien op de rechtsbescherming van de betrokkenen. Deze kunnen niet een-op-een worden ontleend aan artikel 6 EVRM, omdat dit laatste artikel niet de verplichting met zich brengt om (reeds in de voorfase) de geloofwaardigheid van het asielrelaas te toetsen. Voor zover sommige van deze eisen al overlap vertonen met artikel 6 EVRM (in het bijzonder waar het de rechterlijke fase betreft) staat het toepassingsverbod van artikel 6 EVRM hieraan in de weg. In deze gevallen is volgens het Hof geen sprake van 'civil rights and obligations'. Door in sommige gevallen deze eisen toch door te trekken naar asielzaken omzeilt het Hof dit verbod. Dit geldt voor sommige aspecten zoals het horen van betrokkenen of de toegankelijke procedure. Artikel 6 EVRM wordt daarmee niet alleen toegepast op een terrein waar het geen toepassing heeft, maar (soms) ook op een extra fase. Dit biedt dus ruimere beschermingsmogelijkheden voor het individu en betekent dat de autoriteiten ook in andere dan de onder artikel 6 EVRM vallende gevallen aan procedurele eisen moeten voldoen.

De plicht tot het doen van een grondig onderzoek van de asielclaim is een plicht die mijns inziens opnieuw 'eigen' is aan artikel 3 EVRM (soms in combinatie met artikel 13 EVRM), en in het kader van de realisering van voormelde rechten is gecreëerd. Onder invloed van artikel 3 EVRM is bepaald dat in asielzaken ingevolge artikel 13 EVRM een rechtsmiddel met automatisch schorsende werking voor handen moet zijn. De mogelijkheid van het instellen van een rechtsmiddel alleen is dan niet voldoende. Dit onderstreept dat de procedurele eisen die het Hof formuleerde onder de materiële EVRM-bepalingen een authentieke procedurele bescherming kunnen verlangen. Deze procedurele bescherming is vaak ingegeven door de omstandigheden van het geval, en daarnaast kan de aanwezigheid van een of meerdere factoren hierop van invloed zijn.⁵ In deze procedurele bescherming wordt door artikel 6 EVRM en artikel 13 EVRM in die gevallen niet (volledig) voorzien. Vanuit het perspectief van het individu bieden deze procedurele eisen als onderdeel van een

5 Zie hierover paragraaf 8.4.

materiële EVRM-bepaling extra bescherming, en zijn daarmee van meerwaarde. Vanuit de nationale autoriteiten bezien betekent dit dat het aantal verplichtingen waaraan moet worden voldaan wordt uitgebreid. In het geval van toepassing van 6 EVRM-waarborgen over de band van een materieel Verdragsartikel nemen niet alleen de verplichtingen toe. Ook de terreinen waarop sommige procedurele plichten aan de orde kunnen zijn worden uitgebreid.

Artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM

Ook ten aanzien van de procedurele waarborgen die het EHRM heeft ingelezen in de artikelen 8 EVRM en 1 EP EVRM geldt allereerst dat deze 'eigen' zijn aan deze rechten. In de kern gaat het bij deze artikelen om procedurele zorgvuldigheidseisen. Deze zorgvuldigheidseisen zien met name op de uitvoerende fase, de besluitvormingsfase dus, maar kunnen ook gelden in de fase voor de rechter. De procedurele zorgvuldigheidseisen die centraal staan in dit onderzoek beperken zich tot die eisen die van belang kunnen zijn voor de rechtsbescherming.⁶ De in het kader van de artikelen 8 EVRM en 1 EP geformuleerde procedurele eisen, zien we niet direct terug onder artikel 6 EVRM. Daarnaast ziet artikel 6 EVRM in principe primair op de fase voor de rechter, dus de eventuele overlap van de procedurele eisen beperkt zich in beginsel tot laatstgenoemde fase. In beginsel, omdat in sommige gevallen 6 EVRM-eisen ook al in de besluitvormingsfase een rol kunnen spelen. Daarnaast gaat ten aanzien van artikel 13 EVRM een vergelijkbare redenering op. De aanwezigheid van een effectief rechtsmiddel naar nationaal recht verlangt nog niet van de nationale autoriteiten dat betrokkenen worden gehoord of geïnformeerd. Deze procedurele eisen heeft het Hof onder artikel 8 EVRM op diverse rechtsterreinen gesteld, onder meer om het recht op privé- en familielevens te effectueren.

Het horen, (tijdig) informeren, tijdig beslissen, raadplegen van deskundigen en motiveren van besluiten speelt onder artikel 8 EVRM veelal in de voorfase een belangrijke rol. Immers: als pas *na* het besluit tot vergunningverlening onderzoek wordt gedaan naar potentiële gevaren voor het milieu en de gezondheid/veiligheid, of een inspraakavond voor omwonenden wordt georganiseerd, is dit vaak mosterd na de maaltijd. Ook een uithuisplaatsing van een kind zonder voorafgaand deskundig onderzoek is risicovol. De omstandigheden van het geval en het type besluit/soort verplichting kunnen dus medebepalend zijn voor de vraag tot welke autoriteit de plichten zich richten. Het is en blijft aan de nationale rechter om een eindoordeel over de zaak te vellen. Toch geldt voor een aantal handelingen dat deze in het voortraject door de uitvoerende autoriteit dienen te worden verricht. Sommige procedurele eisen gelden ook in de rechterlijke fase onder artikel 8 EVRM. Deze eisen vertonen vanzelfsprekend overeenkomsten met de eisen van artikel 6 EVRM. In de zaken waarin het Hof de tenuitvoerlegging van een uitspraak onder artikel 8 EVRM

6 Zie hoofdstuk 1.

meeneemt, past het een 6 EVRM-vereiste toe. Kanttekening hierbij verdient wel dat de tenuitvoerlegging van de uitspraak mijns inziens een mengvorm van eisen is. Het ziet tenslotte zowel op de rechterlijke autoriteit als de uitvoerende autoriteit die met de tenuitvoerlegging is belast. Ook kan het Hof onder artikel 8 EVRM ingaan op de duur van de rechterlijke procedure en ook hier brengt het dus een 6 EVRM-waARBorg binnen het bereik van artikel 8 EVRM. Naar mijn opvatting ligt hier met name een pragmatische overweging aan ten grondslag, wat overigens onverlet laat dat artikel 8 EVRM daarmee ook in de rechterlijke fase procedureel van belang kan zijn.

Het voorgaande is nog interessanter, en met name verstrekkender wanneer het Hof de eisen van artikel 6 EVRM over de band van artikel 8 EVRM toepast op terreinen waar artikel 6 EVRM niet van toepassing is. In vreemdelingenrechtelijke zaken waarin met een beroep op artikel 8 EVRM werd geprobeerd om gezinshereniging mogelijk te maken heeft het Hof in sommige gevallen 6 EVRM-eisen toegepast via artikel 8 EVRM. Het Hof omzeilt hiermee dus opnieuw⁷ het toepassingsverbod van artikel 6 EVRM op dit terrein. Dit heeft tot gevolg dat vanuit het perspectief van de klager de procedurele bescherming in dit type zaken toeneemt en aan de zijde van de nationale autoriteiten de procedurele plichten worden opgeschroefd.

De procedurele kernverplichting onder artikel 1 EP EVRM ziet op de mogelijkheid die naar nationaal recht moet bestaan om een maatregel die een inmen-ging vormt in het eigendomsrecht aan te vechten voor een (rechterlijke) instantie. Deze verplichting lijkt sterk op de beschikbaarheid van een effectief rechts-middel onder artikel 13 EVRM. Enerzijds is de keuze om dit vereiste onderdeel te maken van het eigendomsrecht ingegeven door het fundamentele karakter van dit recht en de ingrijpendheid van de maatregel. Anderzijds lijken meer pragmatische overwegingen hieraan ten grondslag te liggen. Indien het Hof al onder het eigendomsrecht uitvoerig is ingegaan op het rechtsmiddel, is het niet nodig om dit ook nog eens onder artikel 13 EVRM te doen.

Ook onder het eigendomsrecht kan het Hof besluiten om het toepassings-verbod van artikel 6 EVRM op belastinggeschillen te omzeilen. Het aantal zaken waarin het Hof dit doet, is echter beperkt. Dit neemt niet weg dat het toepassen van artikel 6 EVRM-eisen in fiscale procedures via het eigendomsrecht de procedurele verplichtingen voor de nationale autoriteiten doen toenemen op een terrein waar deze plichten in eerste instantie afwezig waren.

Opnieuw kunnen de procedurele plichten onder het eigendomsrecht zich zowel tot de rechter als het uitvoerende orgaan richten. Voor zover de procedu-rele zorgvuldigheidsnormen zich lijken te richten tot de besluitende autoritei-ten, kan deze leemte niet worden opgevuld door artikel 6 EVRM. Artikel 6 EVRM is immers (in beginsel) nog niet aan de orde in de besluitvormingsfase. Daar-

7 Het deed dit ook onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM.

naast zijn de procedurele zorgvuldigheidsnormen die het EHRM in het kader van artikel 1 EP EVRM heeft geformuleerd niet allemaal een-op-een terug te voeren tot de procedurele eisen van artikel 6 EVRM.

Resumé

De belangrijkste reden voor het Hof om procedurele eisen in te lezen in het recht op leven, het folterverbod, het recht op respect voor privé- en familieleven en het eigendomsrecht lijkt te zijn dat dat deze procedurele eisen niet een-op-een terug zijn te voeren tot de procedurele eisen van artikel 6 EVRM. Evenmin is dit type eisen een-op-een te herleiden tot artikel 13 EVRM, hoewel hier wel meer raakvlakken zijn tussen de diverse procedurele eisen. Het Hof lijkt er dus voor te kiezen om extra bescherming te bieden onder de materiële artikelen waar dit onder de procedurele normen uit het EVRM niet mogelijk is.

Onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM heeft het Hof een breed scala aan procedurele eisen ontwikkeld. Veel van deze eisen betekenen in de praktijk dat het aan de uitvoerende autoriteiten van de Staat is om in actie te komen. Deze procedurele zorgvuldigheidsnormen die deze autoriteiten in acht moeten nemen, vinden we niet als zodanig terug in artikel 6 EVRM. Dit is niet alleen ingegeven door de rechterlijke fase waarop artikel 6 van het Verdrag primair betrekking heeft, maar ook doordat de procedurele eisen van de materiële Verdragsbepaling specifiek tot doel hebben om het materiële recht te effectueren. Het meest duidelijke voorbeeld in dit verband is de ‘gewone’ procedurele onderzoeksplicht onder de artikelen 2 en 3 EVRM. Het doel van de onderzoeksplicht onder artikel 2 EVRM ziet op de uitvoering van de nationale wetgeving waarin het recht op leven wordt beschermd. De bescherming van het recht op leven is bepalend geweest voor het type procedurele verplichtingen dat het EHRM vervolgens heeft geformuleerd. Zo heeft het identificeren van de verantwoordelijken en het tussentijds informeren van de nabestaanden over de voortgang van het onderzoek specifiek de bescherming van het recht op leven tot doel. Deze procedurele verplichtingen zijn dus sterk ingegeven door dit recht. De materiële positieve verplichtingen houden daarentegen zichtbaar (nog) sterk(er) verband met de merites van de zaak.⁸

Daarnaast zijn ook de overige procedurele eisen, met name onder artikel 8 EVRM en artikel 3 EVRM (soms in combinatie met artikel 13 EVRM) gericht op

8 Zie ook hoofdstuk 1, paragraaf 1.1. De procedurele onderzoeksplicht geldt overigens zowel in het geval dat de vermeende met artikel 2 EVRM strijdige handeling afkomstig is van Staatsagenten als in horizontale relaties (over de band van de positieve verplichtingen). Zie EHRM 14 maart 2002, zaaknr. 46477/99, par. 69 (*Paul en Audrey Edwards t. Verenigd Koninkrijk*). Later bevestigd in onder meer: EHRM 6 juli 2005, zaaknrs. 43577/98 en 43579/98, par. 110 (Grote Kamer) (*Nachova e.a. t. Bulgarije*) en EHRM 15 mei 2007, EHRC 2007, 83, m.nt. De Jonge, par. 321 (Grote Kamer) (*Ramsahai e.a. t. Nederland*), zoals genoemd in hoofdstuk 4, i.h.b. par. 4.3.1 (2 EVRM). Zie voor artikel 3 EVRM: hoofdstuk 5, i.h.b. par. 5.3.3.1.

de verwezenlijking van voormelde rechten. Van artikel 6 EVRM kan ook worden gezegd dat het tot doel heeft om de inhoudelijke rechten uit het Verdrag te effectueren. Belangrijk verschil echter met de procedurele zorgvuldigheidseisen die het Hof heeft ingelezen in een aantal materiële EVRM-bepalingen is dat veel van deze procedurele eisen in mindere mate algemeen van toepassing zijn. De procedurele onderzoeksplicht onder artikel 3 EVRM in asielzaken is bijvoorbeeld sterk ingegeven door de materie, en dit geldt ook voor het vereiste van het raadplegen van deskundigenrapporten in milieu gerelateerde kwesties of uithuisplaatsingszaken onder artikel 8 EVRM.⁹ Anders is dit in het geval van de procedurele waarborgen van het recht op een eerlijk proces onder artikel 6 EVRM, nu deze in een wijder verband tot de inhoud staan. De omstandigheden van het geval zijn in de voorfase veel meer van betekenis voor de toets aan de procedurele waarborgen dan dat het geval is in de fase voor de rechter waarin zich doorgaans geen nieuwe feiten meer kunnen voordoen. De fase kan dus ook een bepaald type procedurele verplichtingen verlangen.

Meer raakvlakken zijn er echter tussen artikel 13 EVRM en de procedurele eisen als onderdeel van de materiële EVRM bepalingen. Een eerste reden hiervoor is dat het recht op een effectief rechtsmiddel in beginsel een accessoir karakter heeft, en daarmee in combinatie met een ander inhoudelijk EVRM-recht moet worden ingeroepen. Daarnaast kleurt artikel 13 EVRM mee met het recht dat in het geding is. Dit maakt dat op grond van artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 2 EVRM van de Staat kan worden verlangd dat een effectief officieel onderzoek naar de doodsoorzaak wordt gestart. Ook in combinatie met artikel 3 EVRM hebben we kunnen zien dat artikel 13 EVRM diverse procedurele verplichtingen genereert voor de Staten. Zo ook in combinatie met artikel 8 EVRM, waar het de toegang tot persoonlijke/vertrouwelijke informatie betreft en de mogelijkheid om een afwijzingsbesluit aan te vechten. Hoewel de invulling van artikel 13 EVRM mede afhankelijk is van de omstandigheden van het geval en het recht dat op het spel staat, roept dit artikel doorgaans¹⁰ geen procedurele zorgvuldigheidsverplichtingen in het leven voor de uitvoerende autoriteiten. Hooguit dus in combinatie met een materieel artikel. Voor de effectuering van bepaalde materiële rechten volstaat een nationaal effectief rechtsmiddel dus niet altijd. Artikel 13 EVRM wordt niet overbodig, ondanks de op punten vergelijkbare procedurele eisen onder de materiële EVRM-rechten.

9 Opgemerkt moet worden dat in kader van het leerstuk van de positieve verplichtingen de materiële positieve verplichtingen in vergelijking met de procedurele positieve verplichtingen meer verband houden met de inhoud, en de procedurele eisen dan meer algemeen en sneller voor herhaaldelijke toepassing vatbaar zijn. Dit laat echter onverlet dat de positieve procedurele verplichtingen sterk worden beïnvloed door het materiële recht dat op het spel staat.

10 Uitzonderingen zijn te vinden in asielzaken waarin het Hof zelfstandig onder artikel 13 EVRM procedurele eisen formuleert ten aanzien van de toegankelijkheid van de asielprocedure. Zie par. 5.4 van hoofdstuk 5, en de bespreking van door Reneman geannoteerde uitspraken (o.m. *Singh e.a. t. België*).

Zeker niet nu een toegankelijke procedure, inclusief de mogelijkheid een rechtsmiddel aan te wenden tegen een besluit, onder een materiële EVRM-bepaling nog altijd lijkt te zijn ingegeven door het vereiste van een effectief rechtsmiddel onder artikel 13 EVRM. Artikel 13 kan dan in het kader van de toets aan het materiële recht worden meegenomen, en het materiële recht kleurt dan de toepassing. Overigens toetst het Hof niet in alle gevallen altijd aan beide bepalingen en de jurisprudentie is niet consistent op dit punt.

Het specifieke karakter van de zaken onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en 1 EP EVRM heeft ertoe geleid dat het EHRM onder deze artikelen procedurele eisen heeft geformuleerd om deze rechten te effectueren. De procedurele bescherming die met deze procedurele eisen is beoogd te bieden aan de rechtszoekende, wordt niet geboden door de artikelen 6 en 13 EVRM. Op dit punt schieten de artikelen 6 en 13 EVRM tekort in hun procedurele bescherming ten aanzien van deze materiële rechten. Deze leemte heeft het Hof opgevuld door procedurele zorgvuldigheidsnormen en onderzoeksplichten te formuleren onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM. Deze nieuwe procedurele eisen zijn van meerwaarde ten opzichte van de bestaande procedurele eisen onder artikel 6 en 13 EVRM.

8.3 HET ONDERSCHIED TUSSEN ABSOLUTE RECHTEN EN RELATIEVE RECHTEN EN DE INVLOED VAN HET MATERIËLE RECHT OP DE PROCEDURELE WAARBORGEN

In het licht van dit onderzoek is het interessant om te kijken naar de invloed van het absolute of relatieve karakter van het recht op de procedurele eisen die het Hof oplegt aan de Staat. Leidt het absolute karakter van het recht automatisch tot extra bescherming? Of zijn er andere factoren van invloed? In het verlengde hiervan ligt de vraag wat de mogelijke invloed is van het materiële recht op de procedurele verplichtingen.

Absoluut vs. relatief

Vooropgesteld moet worden dat het lastig is om het tweetal absolute rechten te vergelijken met de twee relatieve rechten, omdat de aard van de rechten per definitie andere type geschillen oplevert. Het is niet toegestaan om het recht op leven te beperken (in beginsel)¹¹ noch om een uitzondering te maken op het folterverbod. Anders is dit bij de artikelen 8 EVRM en 1 EP EVRM waarbij aan de hand van drie cumulatieve voorwaarden een beperking gerechtvaardigd kan zijn.¹² Met andere woorden: onder deze laatstgenoemde artikelen is dus ruimte voor een belangenafweging op nationaal niveau.

11 Zie voor toelaatbare beperkingen hoofdstuk 4.

12 Zie hierover de hoofdstukken 6 en 7.

Wanneer we dit onderscheid in beperkingsmogelijkheden toespitsen op de procedurele eisen die onder beide categorieën rechten kunnen gelden, worden de verschillen kleiner. Tegenover de afwezige beperkingsmogelijkheden onder de artikelen 2 en 3 EVRM staat de ruime *margin of appreciation* die de Staat toekomt onder het recht op privé- en familielevens en het recht op eigendom. Dit laatste weerhoudt het EHRM er echter niet van om toch onder artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM procedurele verplichtingen op te leggen aan de Staat. Dit betekent dat de procedurele bewegingsruimte onder deze artikelen niet ruim is, en de Staat in dezen geen ruime *margin of appreciation* toekomt. Deze ruimte ziet immers op inhoudelijke beleidskeuzes, en de procedurele eisen staan vanwege hun karakter in een verder verwijderd verband van de inhoud. Waar het de omvang van de procedurele beoordelingsruimte van de Staat betreft, zijn de verschillen tussen de artikelen 2 en 3 EVRM en de artikelen 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM dus kleiner. Kanttekening verdient nog wel dat de Staat onder laatstgenoemde artikelen nog steeds een belangenafweging *mag* maken en dat daarbij verschillende factoren een rol kunnen spelen die wel van invloed kunnen zijn op de uitkomst.¹³

Het materiële recht in relatie tot de procedurele toets

De mate van inmenging in het recht dat op het spel staat, is het meest van invloed op de procedurele waarborgen die het Hof van de Staat op nationaal niveau verlangt.¹⁴ Hoe ingrijpender dus de inmenging in het recht, hoe meer procedurele verplichtingen het Hof de Staat oplegt. Dit maakt dat de vraag of een absoluut recht wordt beperkt of een relatief recht dus minder van belang is. In die zin dat ook bij een niet-absoluut recht de mate van ingrijpendheid ervoor kan zorgen dat er veel procedurele waarborgen worden verlangd.

Het voorgaande heeft tot gevolg dat het Hof binnen een en hetzelfde niet-absoluut recht kan differentiëren in de procedurele bescherming die het op nationaal niveau verlangt. Het Hof kan dan dus een uiteenlopende toets verlangen onder hetzelfde recht. Wanneer bijvoorbeeld sprake is van een minder ingrijpende inmenging in iemands privéleven, zoals het geval in de Maltese zaak over overlast veroorzaakt door vuurwerkshows als onderdeel van jaarlijkse dorpsfeesten in de nabijheid van de woning van klagers¹⁵ zal het Hof minder procedurele eisen formuleren dan wanneer het gaat om een meer ingrijpende inmenging in het recht van ouders bij een uithuisplaatsing van hun minderjarige kind.¹⁶ Hetzelfde recht staat op het spel, de toets loopt uiteen. Een bevestiging van de stelling dat de ernst van de inmenging in het

¹³ Zie ook paragraaf 8.4.

¹⁴ Bovendien is een inmenging eerder ernstig als als het belang fundamenteel is. Zie hierover in het kader van artikel 8 EVRM hoofdstuk 6, paragraaf 6.6.

¹⁵ EHRM 22 november 2011, EHRC 2012, 41, m.nt. S.T. Ramnewash-Oemrawsingh (*Zammit Maempel t. Malta*).

¹⁶ EHRM 17 december 2002, NJ 2004, 632, m.nt. J. de Boer (*Venema t. Nederland*).

betreffende recht dus van invloed is op de striktheid van de toets aan de procedurele waarborgen kan naar mijn opvatting ook worden gevonden in de drie eigendomsregels die gelden onder het eigendomsrecht. Ook daar geldt: hoe ingrijpender de maatregel, hoe meer bescherming moet worden geboden aan de betrokkene. In het geval van ontneming moet op nationaal niveau dan bijvoorbeeld de mogelijkheid tot schadevergoeding bestaan. De ernst van de maatregel kan dus ook meer materiële implicaties hebben.

Het fundamentele karakter van een absoluut recht maakt overigens dat een inmenging in zo'n recht direct een schending oplevert, en als ingrijpend wordt gekwalificeerd. Ook onder een relatief recht werd dit verband zichtbaar: hoe vitaler en belangrijker¹⁷ het belang, hoe eerder de inmenging als ernstig is aan te merken. Zowel onder de absolute als relatieve rechten heeft dit gevolgen voor de procedurele eisen die het Hof dan stelt aan het doen en laten van de nationale autoriteiten. Het Hof toetst streng aan de naleving van de eisen. In dit geval vervaagt dus opnieuw het onderscheid tussen de vereiste procedurele bescherming onder absolute en relatieve EVRM-rechten.

Tot slot is het ook mogelijk dat onder artikel 8 EVRM de gezondheid van betrokkenen ernstig in gevaar kan komen, met eventueel dodelijke gevolgen. Hier gaat de bescherming van artikel 8 EVRM als het ware over in die van artikel 2 EVRM. Gelet op de ernstige gezondheidsgevaaren voor betrokkenen zal het Hof ook onder artikel 8 EVRM al strenger zijn ten aanzien van de procedurele eisen die het verlangt van de Staat.

Resumé

Voor de striktheid van de toets aan de procedurele eisen is de mate waarin de maatregel ingrijpt in het recht van betrokkene bepalender dan het specifieke materiële recht dat op het spel staat. Dit leid ik af uit de uiteenlopende procedurele bescherming die het Hof onder eenzelfde Verdragsrecht kan verlangen van de Staat. Dat een inmenging in een fundamenteel absoluut recht ingrijpend is, is meer bepalend voor de strengere toets van het Hof dan het absolute karakter ervan. Hoe ingrijpender de inmenging, hoe meer het EHRM op procedureel terrein van de Staat verlangt. Dit sluit aan bij het doel van het EHRM om op nationaal niveau zoveel mogelijk recht te doen aan de individuele rechtsbescherming in zaken waarin mensenrechten (ingrijpend) worden beperkt.

17 Denk hierbij ook aan het criterium 'intimate or key rights' in Roma-zaken. Dit criterium activeert een zorgvuldige besluitvorming met bijzondere aandacht voor deze kwetsbare groep waartoe Roma behoren.

8.4 FACTOREN DIE VAN INVLOED ZIJN OP DE PROCEDURELE EISEN ONDER MATERIËLE EVRM-RECHTEN

Voor de nationale autoriteiten is het praktisch om op de hoogte te zijn van omstandigheden die van invloed kunnen zijn op de toets aan de procedurele eisen als onderdeel van de materiële Verdragsbepaling. Bovendien is het voor de rechtszoekende (burger) nuttig om te weten wat de invloed is van deze omstandigheden op zijn rechtsbescherming in mensenrechten gerelateerde kwesties. In de voorgaande hoofdstukken is de casuïstische aard van de EHRM-jurisprudentie meerdere keren aan bod gekomen, en geïllustreerd aan de hand van diverse uitspraken van het Hof. In deze hoofdstukken is daarnaast eveneens zijdelings al gewezen op een aantal factoren dat van invloed kan zijn op de striktheid van de procedurele eisen als onderdeel van de materiële EVRM-bepalingen. Deze factoren bieden enerzijds handvaten voor zowel de nationale autoriteiten als de burger, en anderzijds heeft een aantal van deze factoren een meer alarmerende functie ten aanzien van de overheid. Ik zal dit toelichten.

Het meest helder en duidelijk zijn de beïnvloedingsfactoren te onderscheiden in de artikel 3 en 8 EVRM-jurisprudentie. In asielzaken onder artikel 3 EVRM zien we in de jurisprudentie een aantal van de onder artikel 8 EVRM genoemde factoren terug. Bij een voorgenomen uitzetting die potentieel in strijd komt met artikel 3 EVRM bestaat immers ook gevaar voor de factor onomkeerbare schade en dit voert de procedurele verplichtingen voor de nationale gezagsdragers op. Ook het belang van het kind en het behoren tot een kwetsbare groep zijn factoren die we in de 3 EVRM-asielzaken terug zien. Deze factoren spelen dan een rol bij het onderzoek op nationaal niveau naar de geloofwaardigheid van het asielrelaas.

In de conclusie van het artikel 8 EVRM-hoofdstuk¹⁸ is te lezen dat uit de EHRM-jurisprudentie een viertal factoren kan worden afgeleid.¹⁹ Hoewel deze factoren het meest duidelijk in de artikel 3²⁰ en 8 EVRM-rechtspraak zichtbaar zijn, zijn deze factoren potentieel ook in zaken van toepassing waarin andere EVRM-bepalingen op het spel staan.

In de eerste plaats speelt de vraag of sprake is van een fundamenteel recht een rol bij wat het Hof van de Staat verlangt ten aanzien van de procedurele verplichtingen. Indien iets van 'vital interest'²¹ is of wanneer het gaat om 'intimate or key rights'²² van betrokkene, kan dit reden zijn voor het Hof om de procedurele eisen op te schroeven.

18 Hoofdstuk 6, paragraaf 6.6.

19 Overige in de literatuur genoemde factoren zien op de 'reasonable knowledge' test of de 'fair balance' test. Deze worden echter niet genoemd in de tests bij procedurele onderzoeks- en rechtsbeschermingsverplichtingen.

20 Overigens ook artikel 2 EVRM, wanneer dit artikel in uitzettingszaken wordt ingeroepen.

21 Zie hoofdstuk 6, i.h.b. par. 6.3.4 en par. 6.5.

22 In Roma-zaken, zie hoofdstuk 6, paragraaf 6.3.3.

In de tweede plaats is de ernst van de inmenging in combinatie met de potentiële onomkeerbare schade een factor die als een alarmbel fungeert voor de nationale autoriteiten. In het geval van onomkeerbare schade of onomkeerbare beslissingen moeten de autoriteiten namelijk extra zorgvuldig te werk gaan. Daarnaast mag de burger meer van de Staat verwachten op procedureel vlak wanneer het gaat om een ernstige/ingrijpende inmenging, en dreigende onomkeerbare schade of een lastig terug te draaien besluit. In de vorige paragraaf kwam ook al aan de orde dat de mate van ingrijpendheid van de inmenging van invloed is op de wijze waarop de procedurele eisen dienen te worden nageleefd op nationaal niveau.

In de derde plaats kan gewezen worden op de factor 'behorend tot een kwetsbare groep'. Indien dit namelijk het geval is, kan dit tot gevolg hebben dat van de Staat meer wordt verwacht op procedureel vlak. Dit kan betekenen dat het feit dat het gaat om een persoon behorend tot een kwetsbare groep een rol dient te spelen in de nationale belangenafweging. Hoeveel gewicht dit dan toekomt, volgt niet altijd duidelijk uit de EHRM-jurisprudentie.

Met deze derde factor, houdt de vierde factor nauw verband. Het Hof hecht veel waarde aan het belang van het kind. Hetgeen in het beste belang van het kind is, dient de voorkeur te krijgen. Opnieuw is het Hof niet heel helder ten aanzien van de omvang van het gewicht dat het belang van het kind dient te krijgen in de nationale belangenafweging.

Voorgaande factoren kunnen extra zorgvuldig handelen van de nationale autoriteiten 'triggeren'. Deze factoren kunnen dan een rol spelen in de belangenafweging en/of de verplichting tot het doen van zorgvuldig onderzoek.

In veel mindere mate spelen deze factoren een rol in artikel 2 en 3 EVRM-zaken omdat het absolute karakter van deze artikelen geen ruimte laat voor een belangenafweging. De plichten onder artikel 2 EVRM zijn strenger op het moment dat de betrokkene zich onder de directe verantwoordelijkheid van de Staat bevindt. Zo kan het feit dat het gaat om een gevangene – ressorterend onder de macht van de Staat – tot gevolg hebben dat de plichten voor de Staat toenemen. Hij bevindt zich immers in een van de Staat afhankelijke positie en dat maakt hem kwetsbaar.

Resumé

Ondanks de casuïstische jurisprudentie van het Straatsburgse Hof kunnen de door mij genoemde factoren wel handvaten bieden voor zowel de nationale autoriteiten als de burger. De uitkomst van het oordeel dat Straatsburg zal geven, blijft lastig te voorspellen. Uit de aanwezigheid van een of meer factoren kan echter wel worden afgeleid dat procedurele waakzaamheid aan de zijde van de nationale autoriteiten dan geboden is. In de gevallen dat een (of meerdere) van deze factoren aan de orde is (/zijn) betekent dit doorgaans voor de Staat een extra verplichting een procedurele stap te zetten. Omgekeerd betekent de aanwezigheid van deze factoren voor de burger een uitgebreidere procedurele bescherming. Wanneer een Staat deze factoren in zijn nationale

systeem verankert, en het dus mogelijk maakt om onder omstandigheden af te wijken van gestandaardiseerde besluitvorming, is hij in het licht van het EVRM minder kwetsbaar.

8.5 CONCLUSIE

Dit hoofdstuk had tot doel een nadere analyse te bieden van de bevindingen uit de voorgaande hoofdstukken. Aan de hand van een drietal vragen is deze nadere analyse vormgegeven.

De belangrijkste reden voor het Hof om onder de materiële artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM procedurele eisen te formuleren is ingegeven door de tekortschietende bescherming van artikel 6 en 13 EVRM op dit punt. De procedurele eisen van de materiële artikelen zijn ‘eigen’ aan deze artikelen. Dit maakt het niet in alle gevallen mogelijk – zeker niet waar het de eisen betreft die *de facto* zien op de voorfase – om deze eisen af te leiden uit de artikelen 6 en 13 EVRM. Niet alleen ziet artikel 6 EVRM in principe slechts op de rechterlijke fase, ook is het type eisen dat het Hof onder de materiële artikelen heeft gecreëerd niet een-op-een te herleiden tot de eisen van artikel 6 EVRM. Meer overeenkomsten zijn er tussen artikel 13 EVRM en de procedurele verplichtingen van de materiële EVRM-bepalingen. Artikel 13 EVRM is immers een accessoir recht. Toch roept artikel 13 EVRM in principe niet zelfstandig procedurele zorgvuldigheidsnormen voor de Staat in het leven.

De beperkingsmogelijkheden voor de Staat onder de absolute- en relatieve rechten lopen uiteen. Onder beide categorieën rechten heeft het EHRM echter procedurele eisen geformuleerd. Wanneer de procedurele eisen dus als vertrekpunt dienen, worden de verschillen ten aanzien van de procedurele beoordelingsruimte tussen absolute- en relatieve rechten kleiner. De ruime *margin of appreciation* die het Hof de Staten laat onder artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM ziet immers op de *inhoudelijke* beoordelingsruimte. Dit laat onverlet dat hier wel (of eigenlijk: juist) procedurele eisen gelden

De mate waarin de maatregel op het recht van betrokkene ingrijpt, is het meest van invloed op de procedurele verplichtingen waaraan de Staat moet voldoen. Niet het materiële recht dat wordt aangetast is bepalend voor de striktheid van de toets van het Hof aan de procedurele verplichtingen in de nationale procedure, maar de mate waarin het ingrijpt in het recht. Het Hof kan hierbij dus binnen een en hetzelfde relatieve recht differentiëren. Of het dan gaat om een inmenging in een absoluut recht of een relatief recht wordt in dit verband minder van belang. Een inmenging in een absoluut recht is vanzelfsprekend per definitie sneller ingrijpend van aard. Dit geldt ook voor een inmenging in een door het Hof onder artikel 8 EVRM als vitaal belang aangemerkt deelbelang.

Tot slot is een viertal factoren genoemd die fungeren als handvaten en alarmbellen voor de nationale autoriteiten en rechtszoekende. Deze factoren

maken het mogelijk om in meer algemene zin uitspraken te doen over de jurisprudentie van het Hof, los(ser) van de omstandigheden van het geval. De eerste factor ziet op de aanwezigheid van een fundamenteel recht. Het gaat hierbij in het bijzonder om de vraag of sprake is van een inmenging in een 'vital interest' of 'intimate or key rights' van betrokkene. De tweede factor is een combinatie van de ernst van de inmenging in het recht en de potentiële onomkeerbare schade. De derde en vierde factor zien op het behoren tot een kwetsbare groep en het (beste) belang van het kind. De aanwezigheid van een (of meerdere) van deze factoren is voor het EHRM reden om de procedurele touwtjes aan te trekken.

De 'proceduralisering' van materiële rechten verruimt het aantal verplichtingen waaraan de Staten zich moet houden. Daarnaast breidt deze tendens niet alleen het type verplichtingen uit (veelal gericht tot het uitvoerende orgaan), maar ook de terreinen waarop procedurele verplichtingen kunnen gelden. Over de band van artikel 8 EVRM, artikel 3 EVRM en artikel 13 EVRM heeft het Hof het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM (ondanks het verbod) namelijk in sommige gevallen doorgetrokken naar het vreemdelingenrecht (asielzaken en gezinsherenigings/vormingszaken). Via artikel 1 EP EVRM zijn sommige 6 EVRM-eisen van betekenis geworden voor belastinggeschillen. Een Straatsburg-conforme nationale procedure verlangt dat de verschillende actoren ook op de hoogte zijn van de uit de EHRM-jurisprudentie voortvloeiende verplichtingen. Dit dus naast de uit het Verdrag voortkomende procedurele eisen. In het bijzonder waar het de 'proceduralisering' van materiële Verdragsrechten betreft.

