



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

10 | De toetsingspraktijk van het EHRM Feitenvaststelling onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM

10.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk zoom ik in op het vaststellen van de feiten door het EHRM op basis van de schriftelijke stukken of een *fact-finding mission*. In aansluiting op de hoofdvraag van deel II, luidt de centrale vraag in dit hoofdstuk: welke indirecte procedurele implicaties volgen uit de feitenvaststellingspraktijk van het Hof zelf onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM? Daarnaast wordt ook de derde onderzoeksvraag in dit hoofdstuk beantwoord, voor zover het gaat om de vraag of deze indirecte procedurele implicaties mogelijk van toegevoegde waarde zijn ten opzichte van de procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM.

Hoewel het vaststellen van de feiten en bewijs-gerelateerde zaken nauw met elkaar verband houden, heb ik ervoor gekozen om deze onderwerpen in afzonderlijke hoofdstukken te behandelen. Een aparte behandeling van deze thema's is bevorderlijk voor een goed begrip van de feitenvaststelling en de toepassing van de bewijsregels. Dit laat onverlet dat er op sommige punten enige overlap zal zijn.¹

Ter beantwoording van de onderzoeksvragen zal aandacht worden besteed aan de volgende vragen. Wanneer gaat het Hof zelfstandig over tot het vaststellen van de feiten of start het zelfs een *fact-finding mission*? Is dit in lijn met de taakstelling van het Hof?² Of niet, maar is dit toch te rechtvaardigen? Bijvoorbeeld omdat het gaat om een zeer ingrijpende inmenging. Of is het juist de toekomstige situatie die een actief optreden van het EHRM kan legitimeren? In hoeverre kunnen de nationale autoriteiten hier in de nationale procedure al op anticiperen?

1 Dit zien we bijvoorbeeld bij de geloofwaardigheidstoets van het asielrelaas, zie hoofdstuk 11, paragraaf 11.5.1.

2 Over de taakopvatting van het Hof kan gezegd worden dat het zowel een supranationaal/subsidiar Hof is als een mensenrechtenhof (gericht op het beschermen van de individuele mensenrechten) en een (semi-)constitutioneel Hof, Aldus Leijten (Leijten 2015, p. 30-31). Deze drie taakopvattingen kunnen in sommige gevallen leiden tot uiteenlopende en onverenigbare verwachtingen (zie p. 31 e.v. van Leijten 2015 en zie ook Gerards 2014, p. 15 e.v.)

Een groot deel van dit hoofdstuk is gebaseerd op het onderzoeksrapport van Leach e.a. uit 2009³ waarin zij de *fact-finding missions* van de voormalige ECieRM en het Hof hebben geanalyseerd. Hoofddoel van dit onderzoek was om de effectiviteit van de door het Hof ondernomen *fact-finding hearings* (het ondervragen van getuigen) en *on the spot investigations* (onderzoek ter plaatse: i.e. in het betreffende land) te analyseren en te evalueren.⁴ Het onderzoek van Leach e.a. is omvangrijk en uitvoerig, en nadien is er geen vergelijkbaar omvangrijk en uitvoerig onderzoek gedaan naar de *fact-finding missions* van het Hof. Dit is de reden dat de bevindingen uit dit onderzoeksrapport als een belangrijk uitgangspunt dienen voor dit hoofdstuk.

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Om te beginnen zal ik de positie van het Hof schetsen (paragraaf 10.2), gevolgd door het beoordelingskader dat het Hof hanteert (paragraaf 10.3). Bij dit laatste besteed ik ook aandacht aan de twee fasen als onderdeel van de beoordeling door het Hof en het feit dat het Hof nauwelijks hoorzittingen organiseert. Tot slot volgen enkele (kritische) vragen bij de toetsingspraktijk van het Hof zelf in vergelijking met wat het van de Staten verlangt. Na deze meer inleidende paragrafen, volgt de feitenvaststelling door het Hof en de bespreking van een aantal *fact-finding tools* waarover het Hof beschikt (paragraaf 10.4). Vervolgens ga ik uitgebreider in op de *fact-finding missions* van het EHRM (paragraaf 10.5). Gevolgd door de kern van dit hoofdstuk: de feitenvaststelling van het EHRM onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM (paragraaf 10.6). Daarna volgt een paragraaf over de indirecte procedurele implicaties van de feitenvaststellingspraktijk van het Hof in relatie tot de artikelen 6 en 13 EVRM, en de mogelijke toegevoegde waarde daarvan (paragraaf 10.7). De eerder gestelde vragen worden tot slo beantwoord in de conclusie (paragraaf 10.8).

10.2 HET EHRM ALS 'GRENSRECHTER'

De positie van het Hof is een bijzondere en kan, in navolging van een van de geïnterviewden voor dit onderzoek, worden getypeerd als die van 'grens-

3 Leach e.a. 2009. Het onderzoeksrapport is van the Human Rights and Social Justice Research Institute van de London Metropolitan University. Het project is gefinancierd door de Nuffield Foundation (Leach 2009, p. 3). 'The Nuffield Foundation is a charitable trust established by Lord Nuffield. Its widest charitable object is 'the advancement of social well-being'. The Foundation has long had an interest in social welfare and has supported this project to stimulate public discussion and policy development.', zo is te lezen in het rapport. De disclaimer sluit af met: 'The views expressed are however those of the authors and not necessarily those of the Foundation'. De onderzoekers Leach, Paraskeva en Uzelac waren ten tijde van het onderzoek allen verbonden aan de London Metropolitan University.

4 Leach e.a. 2009.

rechter.⁵ In de eerste plaats is de positie van het Hof bijzonder en bovendien begrensd, omdat de rechters in Straatsburg er niet zitten om een oordeel te geven over de feiten. Treffend is het volgende citaat van een van de medewerkers van het EHRM:

‘De rechters van het EHRM gaan puur voort op wat er op nationaal niveau gebeurt is. De rechters nemen ook niet de beslissing ten gronde. Ze zeggen alleen of wat er gebeurt is verenigbaar is met de mensenrechten. De rechters kunnen zelfs geen beslissingen vernietigen. Puur afstandelijk onderzoek op basis van een situatie die – los van de artikel 2 en 3 EVRM zaken – eigenlijk versteend is op het ogenblik dat het bij het Hof terecht komt.’⁶

Vooraf dit laatste, dat de situatie versteend is op het moment dat het EHRM de klacht moet beoordelen, geeft de (bijzondere) positie van het Hof helder weer en toont aan dat het Hof dus geen ‘fourth instance’ is.⁷ Het Hof kijkt niet opnieuw naar de feiten. Het Hof oordeelt evenmin over de interpretatie en toepassing van het nationale recht of over de toelaatbaarheid van het bewijs in de nationale rechterlijke procedure.⁸ De taak van het Hof is dus begrensd.

5 Een van de respondenten gebruikte deze term tijdens een van de interviews om de rol van het Hof te duiden.

6 Citaat afkomstig uit een van de interviews gehouden in maart 2013 met diverse (voormalig) medewerkers van het EHRM in antwoord op de vraag (vraag 4, zie vragenlijst interviews) naar het geringe aantal hoorzittingen voor het Hof (zie ook verderop in dit hoofdstuk).

7 Haeck & Herrera 2011, p. 146-147. Anders en kritisch i.h.b. ten aanzien van de uitbreidende rol van het Hof in asielzaken: Bossuyt 2012, en ook recenter: Bossuyt 2014; Bossuyt 2015.

8 Zie de Practical Guide on Admissibility Criteria 2014: (http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf) van het EHRM, p. 83. Te raadplegen via: www.echr.coe.int. Zie ook: EHRM 21 januari 1999, zaaknr. 30544/96, par. 28 (Grote Kamer) (*Garcia Ruiz t. Spanje*): ‘In so far as the applicant’s complaint may be understood to concern assessment of the evidence and the result of the proceedings before the domestic courts, the Court reiterates that, according to Article 19 of the Convention, its duty is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting Parties to the Convention. *In particular, it is not its function to deal with errors of fact or law allegedly committed by a national court unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention. Moreover, while Article 6 of the Convention guarantees the right to a fair hearing, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence or the way it should be assessed, which are therefore primarily matters for regulation by national law and the national courts.*’ Van latere datum: EHRM 15 januari 2007, zaaknr. 60654/00, par. 89 (Grote Kamer) (*Sisojeva e.a. t. Letland*): ‘In that connection it reiterates that, in accordance with Article 19 of the Convention, its sole duty is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting Parties to the Convention. In particular, it is not its function to deal with errors of fact or law allegedly committed by a national court or to substitute its own assessment for that of the national courts or other national authorities unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention (...). *In other words, the Court cannot question the assessment of the domestic authorities unless there is clear evidence of arbitrariness, which there is not in the instant case.*’

De term ‘fourth instance’ is niet als zodanig terug te vinden in de tekst van de Conventie, maar is in de jurisprudentie ontwikkeld en behoort inmiddels tot vaste Straatsburgse rechtspraak.⁹ In de woorden van het Hof:

‘In principle, and without prejudice to its power to examine the compatibility of national decisions with the Convention, *it is not the Court’s role to assess itself the facts which have led a national court to adopt one decision rather than another.* If it were otherwise, the Court would be acting as a court of third or fourth instance, which would be to disregard the limits imposed on its action [cursivering; TdJ].¹⁰

Wat maakt de positie van het Hof nog meer bijzonder en die van een ‘grensrechter’? Kenmerkend voor het toezicht van het Hof is verder dat dit subsidiair is.¹¹ Dit principe vindt zijn grondslag in het feit dat (i) de nationale autoriteiten beter in staat zijn om de belangenafweging (individueel tegenover het algemene belang) te maken en daarnaast (ii) zijn de Staten vrij om meer bescherming te bieden dan het minimumniveau geboden door het EHRM (artikel 53 EVRM).¹² Het subsidiaire karakter van het toezichtsmechanisme van het Straatsburgse Hof vinden we ook terug in andere Verdragsartikelen (naast artikel 53 EVRM). Zo is de strekking van artikel 1 EVRM dat het aan de Verdragsstaten is om de rechten en vrijheden van hun onderdanen te verzekeren. De Staten zijn vrij om te kiezen op welke wijze zij dit doen. Op grond van artikel 13 EVRM geldt dat naar nationaal recht moet zijn voorzien in een effectief rechtsmiddel. Opnieuw geldt ook hier dat het EHRM de Staten ruimte laat bij de invulling en vormgeving van dit rechtsmiddel. Tot slot kan gewezen worden op artikel 35 EVRM: pas *na* uitputting van de nationale rechtsmiddelen staat de weg naar Straatsburg open.¹³

Nauw verband met het subsidiaire toezicht door het EHRM houdt de *margin of appreciation* doctrine.¹⁴ Op grond van deze doctrine wordt aan de Staten ruimte gelaten bij het beoordelen van onder meer politiek en sociaal economisch gevoelige kwesties. Deze doctrine verklaart dus tegelijkertijd de soms terughoudende opstelling van het Hof. Diverse factoren zijn van invloed op de omvang van de *margin of appreciation*.¹⁵

9 Zie de Practical Guide on Admissibility Criteria 2014: (http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf) van het EHRM, p. 83.

10 EHRM 24 november 1994, zaaknr. 17621/91, par. 44 (*Kemmache t. Frankrijk*).

11 Zie ook Mowbray over dit beginsel en het EVRM (Mowbray 2015).

12 Vgl. Haeck & Herrera 2011, p. 108; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 24; Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 13; Leach 2011, p. 159-160.

13 Hack & Herrera 2011, p. 109-110; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 27; Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 12 e.v. Zie ook over het subsidiariteitsprincipe en het EVRM: Mowbray 2015, p. 1-29.

14 Vgl. Den Houdijker 2012, p. 251; Leach 2011, p. 160; Haeck & Herrera 2011, p. 133.

15 Zie voor een heldere uiteenzetting van deze factoren: Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 25-26 en Haeck & Herrera 2011, p. 139-146. EHRM 7 december 1976, zaaknr. 5439/72, par. 48 (Grote Kamer) (*Handyside t. Verenigd Koninkrijk*). Zie over de *margin of appreciation*

In deel I van dit onderzoek ben ik ook onder de artikelen 8 EVRM en 1 EP EVRM ingegaan op deze doctrine¹⁶ en daarom ga ik hier op deze plek niet uitvoerig in. De vormgeving en invulling van het procesrecht ligt überhaupt minder politiek en sociaal gevoelig in vergelijking met meer inhoudelijke keuzes. Bij het maken van deze inhoudelijke economische en politieke (beleids)keuzes geeft het Hof de Staten doorgaans meer (beoordelings)ruimte.

Illustratief tot slot voor het belang dat de landen hechten aan het subsidiariteitsbeginsel en de *margin* is het in Protocol Vijftien opgenomen voorstel om deze beginselen op te nemen in de preambule bij het Verdrag.¹⁷ Naar mijn opvatting heeft deze codificatie vooral een symbolische waarde: deze beginselen behoren tenslotte al tot de standaardjurisprudentie van het Hof.

Overigens is in 2013 naast dit Vijftiende Protocol ook Protocol Zestien tot stand gekomen.¹⁸ In Protocol 16¹⁹ is onder meer het volgende bepaald:

‘Highest courts and tribunals of a High Contracting Party (...) may request the Court to give advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols thereto.’²⁰

Het vragen om een ‘advisory opinion’ vertoont overeenkomsten met de prejudiciële procedure voor het Hof van Justitie in Luxemburg.²¹ Een belangrijk verschil met de prejudiciële procedure in Luxemburg is dat voor het EHRM alleen de hoogste nationale rechter om een advies kan vragen. Dit maakt dat het langer kan duren voordat er duidelijkheid komt over interpretatiekwesities rond EVRM-bepalingen, en ook dat minder kwesities het EHRM zullen bereiken.²²

ook de recentere uitgave van Barkhuysen & Van Emmerik: Barkhuysen & Van Emmerik 2017, op p. 22-28, p. 123, p. 143 e.v.

16 Zie hoofdstuk 6 en 7.

17 Zie Stb. 2015, 228, Goedkeuring Protocol 15 EVRM.

18 Glas 2015, p. 58-61

19 Link naar de tekst: http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_ENG.pdf. Nederland heeft Protocol 16 tot op heden (maart 2017) nog niet goedgekeurd: *Kamerstukken II*, 34 235, 7 (NV).

20 Artikel 1 Protocol 16.

21 Protocol Zestien treedt in werking als tien Staten het Protocol hebben ondertekend en geratificeerd, voor zover het gaat om de betrokken Staten, zie: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/reform&c=>

22 Zie het NJB-voorstel van Wattel (Wattel 2016). Wattel pleit verder voor een nationaal grondwettelijk toetsingskader, en dus opheffing van het toetsingsverbod ex artikel 120 Gw op grond waarvan formele wetten nu niet aan de Grondwet, maar alleen (ex artikel 93/94 Gw) aan een ieder verbindende internationale bepalingen kunnen worden getoetst. Dit zou de bescherming van grondrechten op nationaal niveau vergroten, en daarmee niet beperkt blijven tot de (beperkte) bescherming die het EVRM biedt.

Bij het schetsen van de context van het Hof valt op dat de nadruk toch vooral lag op wat het EHRM *niet* is. Zo is het Hof geen feitenrechter en begrenzen de *margin of appreciation* en het subsidiariteitsbeginsel de rechtsprekende taak van het Hof. Hoewel de hoofdvraag van deel II juist ziet op wat *wel* uit de toetsingspraktijk van het Hof is af te leiden, is het goed om de bijzondere positie van het Hof daarbij niet uit het oog te verliezen.

10.3 BEOORDELINGSKADER VAN HET EHRM

Het beoordelingskader van het EHRM bestaat uit de volgende bronnen: het EVRM, de case law van het Hof, de Rules of Court (Procesreglement van het Hof),²³ de Annex to the Rules en in mindere mate de Practice Directions.²⁴

Het Procesreglement van het Hof geeft regels over onder meer de benoeming van de rechters in het Hof, de organisatie van de registry (de griffie), de toewijzing van de zaken, de ontvankelijkheidsprocedure etc.²⁵ In de Annex to the Rules vervolgens gaat het over de onderzoeksbevoegdheden van het Hof zelf.²⁶ De Practice Directions ten slotte bieden praktische informatie over onder meer de start van een klachtprocedure voor het Hof en het verzoek om een voorlopige maatregel.

Bieden deze bronnen aanknopingspunten voor de procedurele beoordeling van het Hof? Het EVRM en de jurisprudentie van het Hof zijn leidend bij de procedurele beoordeling van de klacht door het Hof. De procedurele beoordeling van de klacht is dus niet direct terug te voeren tot het Procesreglement, of de Annex to the Rules noch tot de Practice Directions. Dit is bevestigd in de gehouden interviews waarbij de volgende vraag is gesteld: 'Welke procedurele regels naast de 'Rules of Court' en de 'Annex to the Rules' neemt het Hof in acht bij het beoordelen van een vermeende mensenrechtenschending?'²⁷ Het antwoord van alle respondenten luidde steevast: 'de Conventie' en de 'case law'.²⁸ De leidende rol van het EVRM en de case law zelf wordt ook duidelijk in het hierna volgende waarin het gaat om de beoordeling van de ontvankelijkheid en de merites van de klacht. Tegelijkertijd zou kunnen worden gezegd dat het Procesreglement wel van belang is voor onder meer de ontvan-

23 Per 1 januari 2016 treden de nieuwe Rules of Court in werking, waarin Rule 47 (vereisten die worden gesteld aan verzoekschrift) op enkele punten is gewijzigd. Zie: http://www.echr.coe.int/Documents/Rule_47_info_2016_ENG.pdf. In aansluiting hierop worden ook de Practice Directions op enkele punten gewijzigd.

24 Genoemde bronnen zijn te raadplegen via de website van het Hof: http://www.echr.coe.int/echr/Homepage_EN.

25 Het Procesreglement bestaat uit de volgende vier titels: (I) Organisation and Working of the Court, (II) Procedure, (III) Transitional Rules en (IV) Final Clauses.

26 Zie ook verderop in dit hoofdstuk.

27 Zie voor deze, en andere vragen, de vragenlijst aan het einde van dit boek.

28 Het gaat hier dus om een eenduidig antwoord van alle negen respondenten.

kelijkheidsprocedures en het toedelen van de zaken. Daarmee is het indirect ook van belang voor het beoordelen van de klacht.

10.3.1 Ontvankelijkheid van de klacht en de beoordeling ten gronde

De behandeling van de klacht kan worden opgeknipt in twee fases. Ten eerste de ontvankelijkheid van de klacht waarbij artikel 34 en 35 EVRM het toetsingskader vormen. Ten tweede de beoordeling van de klacht ten gronde, waarbij de in het geding zijnde EVRM-bepaling(en) en het feitencomplex het toetsingskader vormen. Vaak gaan deze fases samen. Wanneer de klacht ontvankelijk is (fase 1), gaat het Hof vervolgens in op de *merites* van de zaak (fase 2) en resulteert dit in een 'judgment'.

(i) *Artikel 34 en 35 EVRM: ontvankelijkheid*

Artikel 34 en artikel 35 EVRM vormen het vertrekpunt bij de vraag naar de ontvankelijkheid van de ingediende klacht. Deze artikelen kunnen worden gezien als 'toegangskaat' tot het Hof: de klager moet slachtoffer zijn (artikel 34 EVRM) en indien aan een van de cumulatieve voorwaarden uit artikel 35 EVRM niet is voldaan zal het Hof de klacht niet ontvankelijk verklaren.²⁹

'Artikel 34 EVRM

Het Hof kan verzoekschriften ontvangen van ieder natuurlijk persoon, iedere niet-gouvernementele organisatie of iedere groep personen die beweert slachtoffer te zijn van een schending door een van de Hoge Verdragsluitende Partijen van de rechten die in het Verdrag of de Protocolen daarbij zijn vervat. De Hoge Verdragsluitende Partijen verplichten zich ertoe de doeltreffende uitoefening van dit recht op generlei wijze te belemmeren.

Artikel 35 EVRM

1. Het Hof kan een zaak pas in behandeling nemen nadat alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput, overeenkomstig de algemeen erkende regels van internationaal recht, en binnen een termijn van zes maanden na de datum van de definitieve nationale beslissing.

2. Het Hof behandelt geen enkel individueel verzoekschrift, ingediend op grond van artikel 34, dat

(a) anoniem is; of

(b) in wezen gelijk is aan een zaak die reeds eerder door het Hof is onderzocht of reeds aan een andere internationale instantie voor onderzoek of regeling is voorgelegd en geen nieuwe feiten bevat.

²⁹ Zie voor een nauwkeurige en uitgebreide uiteenzetting van de toepassing van deze ontvankelijkheidsvoorwaarden in de jurisprudentie van het Hof: Haeck & Herrera 2011, p. 202-301; Leach 2011, p. 107-159. Overzichtelijk en uitvoerig is ook de al genoemde Practical Guide on Admissibility Criteria 2014.

3. Het Hof verklaart elk individueel verzoekschrift, ingediend op grond van artikel 34, niet ontvankelijk, wanneer het van oordeel is dat:

(a) het verzoekschrift niet verenigbaar is met de bepalingen van het Verdrag of de Protocollen daarbij, kennelijk ongegrond is of een misbruik betekent van het recht tot het indienen van een verzoekschrift; of

(b) de verzoeker geen wezenlijk nadeel heeft geleden, tenzij de eerbiediging van de in het Verdrag en de Protocollen daarbij omschreven rechten van de mens noopt tot onderzoek van het verzoekschrift naar de gegrondheid ervan en mits op deze grond geen zaken worden afgewezen die niet naar behoren zijn behandeld door een nationaal gerecht.

4. Het Hof verwerpt elk verzoekschrift dat het ingevolge dit artikel als niet ontvankelijk beschouwt. Dit kan het in elk stadium van de procedure doen.'

Met de inwerkingtreding van Protocol 15 is de termijn voor het indienen van een klacht teruggebracht van zes naar vier maanden. Daarnaast is in dit Protocol voorgesteld om sub b van lid 3 van artikel 35 EVRM gedeeltelijk te schrappen. De zinsnede waaruit volgt dat indien een klacht door een nationale rechterlijke instantie onjuist is behandeld, het criterium 'geen wezenlijk nadeel' er niet toe mag leiden dat de klacht niet-ontvankelijk wordt verklaard, komt te vervallen.³⁰

De niet-ontvankelijk verklaring, die resulteert in een niet ontvankelijkheidsbeslissing ('decision'), is vaak enkel ingegeven vanuit een schending van procesrechtelijke ontvankelijkheidsvoorwaarden,³¹ tenzij het Hof de klacht 'manifestly ill founded' ('kennelijk ongegrond') verklaart, of oordeelt dat niet voldaan is aan het vereiste van 'significant disadvantage' ('wezenlijk nadeel') zoals geïntroduceerd in het Veertiende Protocol.³² Deze twee gronden vragen om een inhoudelijk oordeel van het Hof.³³

(ii) *Materiële Verdragsartikelen: beoordeling van de klacht ten gronde*

Bij de inhoudelijke beoordeling van de klacht vormen de materiële Verdragsartikelen het vertrekpunt. Dit maakt dus dat het EVRM een leidende rol toekomt bij de beoordeling van een vermeende mensenrechtenschending. De eerste stap die het Hof zet nadat de klacht ontvankelijk is, is of de klacht binnen het

30 Zie *Stb.* 2015, 228, Goedkeuring Protocol 15 EVRM. Zie voor deze eisen: <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/213>.

31 Denk hierbij onder meer aan een te laat ingediende klacht (niet binnen 4 maanden na de uitspraak van de hoogste nationaal rechterlijke instantie), geen 'slachtoffer' in de zin van artikel 35 EVRM, niet uitputting van de nationale rechtsmiddelen.

32 Zie kritisch over de toepassing van het criterium wezenlijk nadeel door het Hof: Shelton 2016.

33 Zie de Practical Guide on Admissibility Criteria 2011 (http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/B5358231-79EF-4767-975F-524E0DCF2FBA/0/ENG_Guide_pratique.pdf) van het EHRM, p. 68-78. Te raadplegen via: www.echr.coe.int. Zie ook het EVRM-Commentaar, deel II (online te raadplegen).

betreffende Verdragsartikel valt. Het gaat hier dus om interpretatie³⁴ en de bepaling van de *scope* van het recht. Indien de klacht binnen het bereik van bijvoorbeeld artikel 8 EVRM valt, toetst het Hof vervolgens of de onderhavige beperking van dit recht gerechtvaardigd is en of eventuele positieve verplichtingen (materieel of procedureel) zijn nageleefd. Hierbij toetst het Hof aan de drietrapsraket in het tweede lid van dit artikel.³⁵ Anders is dit in de gevallen waarin het gaat om absolute rechten als artikel 2 en 3 EVRM: deze mogen in beginsel niet beperkt worden.³⁶ Standaardpraktijk is dat het Hof na de inhoudelijke behandeling van de klacht bij een schending vervolgens de ingediende schadeclaim beoordeelt (artikel 41 EVRM).³⁷

10.3.2 Schriftelijke procedure: nauwelijks hoorzittingen

De single judge, het Comité van drie rechters en de Kamer van het Hof organiseren zelden een hoorzitting.³⁸ In het geval van een beoordeling door een single judge of het Comité is dit doorgaans ook minder nodig, nu het in deze gevallen om ontvankelijkheidskwesties gaat of om zaken die behoren tot de standaardjurisprudentie van het Hof.³⁹ Een ontvankelijkheidsbeslissing of een uitspraak wordt vaak genomen op basis van de schriftelijke stukken.⁴⁰ Het aantal hoorzittingen dat de Kamers van het Hof jaarlijks houden, ligt op gemiddeld twee per Kamer.⁴¹ In de Grote Kamer uitspraken vindt echter wel altijd een hoorzitting plaats.⁴² In 2012 waren dat er totaal 11,⁴³ in 2014 waren het er 20,⁴⁴ in 2015 heeft het EHRM in 28 zaken⁴⁵ een hoorzitting georganiseerd en in 2016 tot slot is in 18 zaken⁴⁶ door de Grote Kamer een *oral hearing* gehouden. Het aantal hoorzittingen is dus afgenomen in 2016 ten opzichte

34 Zie over de dynamische en autonome interpretatiemethoden: Vlemminx 2013, p. 10-15; Haeck & Herrera 2011, p. 112-120, en over de interpretatiemethoden van het Hof uitgebreid: Gerards 2011a, p. 62-95.

35 Zie over deze 'drietrapsraket' ook hoofdstuk 6 (over artikel 8 EVRM).

36 Zie hoofdstuk 4 en 5.

37 Leach 2011, p. 465 e.v.

38 Haeck & Herrera 2011, p. 201 en p. 365-370. Zie ook de Nijmeegse dissertatie van Lize Glas (Glas 2015).

39 Haeck & Herrera 2011, p. 194-198. Zie ook artikel 26, 27 en 28 EVRM, en Schabas 2015, p. 686 e.v.

40 Zie ook: Haeck & Herrera 2011, p. 348.

41 Harris e.a. 2014, p. 138.

42 Elke Kamer van het Hof houdt gemiddeld twee hoorzittingen per jaar: Haeck & Herrera 2011, p. 366. Een enkele keer kan ook hierop een uitzondering worden gemaakt, als de Grote Kamer een hoorzitting toch niet nodig acht. Dit leid ik af uit een van de gehouden interviews. Vgl. ook opnieuw: Harris e.a. 2014, p. 138.

43 http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2012_ENG.pdf

44 http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_Report_2014_ENG.pdf

45 http://echr.coe.int/Documents/Annual_Report_2015_ENG.pdf

46 http://echr.coe.int/Documents/Annual_report_2016_ENG.pdf

van 2015. Misschien dat de eerdere toename in de voorgaande jaren kan worden gezien als een gevolg van de hervormingsmaatregelen die zijn genomen om de werklast van het Hof te verlagen waardoor er meer tijd was voor het organiseren van een hoorzitting.⁴⁷

Een van de vereisten van artikel 6 EVRM is het vereiste van een eerlijk proces. Dit vereiste houdt ook in dat partijen over gelijke verdedigingsrechten beschikken, het 'equality of arms' vereiste: in de rechterlijke procedure moet dus sprake zijn van 'equal footing'. Dit doet de volgende vraag rijzen: hoe borgt het Hof dit vereiste bij de doorgaans schriftelijke behandeling van klachten? Deze vraag is aan de respondenten voorgelegd. De respondenten zijn of werkzaam (geweest) bij het Hof of hebben op een andere manier met de procedure voor het Hof te maken in hun (dagelijkse) werkzaamheden. Naar het oordeel van de respondenten is het 'equality of arms' vereiste voldoende geborgd in de schriftelijke procedure. In de antwoorden van de respondenten vallen twee zaken in het bijzonder op. Zo lijkt in de eerste plaats het geringe aantal hoorzittingen mede te zijn ingegeven door het efficiency argument, zo getuigen ook de volgende antwoorden van de respondenten.

'Met 130.000 lopende zaken is het niet reëel om voor elke zaak een hoorzitting te houden, dan zitten we vol tot 2050. Dus dat kan niet.'

'(...) it has gone to a due by force of its workload to a way of operation where there is very rarely a hearing.'

'Of course you start asking questions in a complicated case and you really need them there. You can always do that in writing. It is good for the parties to come and say what they have to say. But it [een hoorzitting: TdJ] is not really such a big difference and it's a huge amount of work for the registry to organize a hearing. And it is much time consuming. So it is very rare, outside the Grand Chamber hearing where there of course it is justified because of the seriousness of the case and the complexity. In the other cases which are more easy going and straight forward it is not really important. You never learn more from the oral pleadings. It has a psychological dimension. The Court hears the applicants and listens to them, which is nice. Because it is also our role to show that we are open and that we welcome the parties, that is part of our duties as well, but in most of the cases it does not make a big difference. It will contribute to the visibility of the Court.'

47 Hervormingsmaatregelen zijn genomen in Protocol 14, en ook de introductie van het priority beleid, pilot-procedures en de High Conferences in onder meer: Izmir (2011), Brighton (2012), Oslo (2014) en Brussel (2015). Afgaande op het rapport van de CDHH (van eind 2015) zijn na de hervormingen in de werkwijze van het Hof nu vooral de Staten aan zet om zorg te dragen voor naleving van het EVRM. Zie in dit verband: Myjer 2016 en Glas 2016b.

In de tweede plaats (zoals ook al deels te lezen in het hiervoor weergegeven citaat) ziet eigenlijk geen van de respondenten in het houden van een hoorzitting een toegevoegde waarde. Zo overweegt een van de respondenten:

‘De toegevoegde waarde van zo’n hoorzitting is dat mensen hun argumenten nog een keer naar voren brengen. Wat wij merken is dat zo’n hele zaak al door een hele procedure is uitgekauwd op nationaal niveau. Alles wat gezegd zou moeten worden voor ons, is daar al gezegd. Weinig toegevoegde waarde aan hoorzittingen. Herhaling van zetten.’

10.3.3 Does the Court practice what it preaches?

In hoeverre is het EHRM zelf gebonden aan het EVRM? Opvallend is het volgende citaat van een van de respondenten:

‘Regarding Article 6 the Court has said a few times, it is not bound by Article 6 it is addressed to domestic courts and it tells them the standards they need to apply broadly speaking in the criminal and civil proceedings. The Court for itself, being an international body, naturally it is being a court bound to respect fairness. Bound to respect the equal standing of the parties (...).’

Artikel 6 van het Verdrag bindt het Hof dus niet. Toch is dit citaat een beetje dubbel. Aan de ene kant hamert het Hof op de (strikte) naleving van artikel 6 EVRM door de Staten. Wanneer het echter gaat om het houden van een hoorzitting acht het Hof zich hier zelf niet te allen tijde aan gebonden. Gelet op de bijzondere positie van het Hof en nu het Hof geen feitenrechter is, valt er wel wat voor te zeggen om niet in veel zaken een hoorzitting te houden. Ik deel de opvatting van de respondenten dat de ‘equal footing’ tussen de Staat en klager voldoende geborgd is in de schriftelijke procedure. De mogelijkheid om op elkaars standpunt te reageren wordt door het Hof geboden. Dit is ook terug te lezen in het Procesreglement van het Hof (Rule 54, lid 2 sub b).

Anders is dat mijns inziens ten aanzien van het vereiste van de redelijke termijn en het excessief formalisme dat het Hof in nationale procedures afkeurt. In sommige gevallen past het EHRM namelijk zelf de formele regels juist strikt toe.

Allereerst de doorlooptijd van de zaaksbehandeling bij het EHRM. De *backlog* blijft groot,⁴⁸ hoewel deze flink is afgenomen in de afgelopen jaren, mede als gevolg van de genomen hervormingsmaatregelen.⁴⁹ Het spreekt voor het Hof dat met het prioriteitsbeleid en de mogelijkheid om een voorlopige maat-

48 Greer en Wildhaber opperen een ‘constitutional pluralism’ om de zaaklast terug te dringen en het voortbestaan van het EHRM te verzekeren: Greer & Wildhaber 2012. Vgl. ook recenter: Hendriks 2017, p. 143.

49 Myjer 2016, p. 47.

regel aan te vragen deels is gewerkt aan de versnelling van de klachtbehandeling binnen het Hof. Deze ontwikkeling is toe te juichen. Aandacht voor verbetering van de lange wachttijd op een uitspraak blijft echter bestaan. In dit verband is de volgende overweging waarin een van de respondenten een nadelig neveneffect van het prioriteitsbeleid aanstipt het noemen waard. Dit heeft namelijk ook gevolgen voor de doorlooptijd van andersoortige (structurele) klachten:

‘Gevolg van het prioriteitsbeleid is dat we nu verdrinken in de artikel 2 en 3 EVRM-zaken. Zijn misschien wel belangrijke zaken, maar dat zijn niet altijd voor het betrokken land echte knelpunten. Behandeling gevangene op een politiebureau, als niet structureel: spijtig incident. Krijgt heel veel aandacht. Ondertussen hebben structurele problemen met verloop strafprocedures een lage prioriteit. En die moeten dan een tijd wachten. (...)’

De respondent merkt vervolgens op dat ten aanzien van de artikelen 2 en 3 EVRM een zeker specialisme bij de griffie is opgebouwd. De griffie doet echter langer over de behandeling van een 6 EVRM-klacht. Verder is wel geprobeerd om een systeem te vinden dat de achterstallige behandeling van de structurele probleem-klachten weg kan werken, aldus de respondent. Een gespecialiseerde sectie die ziet op de behandeling van klachten ingegeven door structurele problemen kan hier wellicht zowel bijdragen aan zowel (i) een snellere doorlooptijd en dus tijdige(re) uitspraak van het Hof als (ii) een snellere detectie en aanpak van structurele met het EVRM strijdige praktijken.⁵⁰

Opvallend is verder dat het Hof zich in sommige gevallen zelf wel extreem formalistisch opstelt daar waar het gaat om het naleven van termijnen. Zo verklaarde het een verzoekschrift met als datum 13 december niet-ontvankelijk, nu het door de post op 14 december was afgestempeld. Het gaat hier om een termijnoverschrijding van één dag, en dit is voor het Hof reden om de klacht verder niet in behandeling te nemen.⁵¹ Vergelijkbaar met deze zaak is een andere Nederlandse zaak, gewezen op dezelfde dag, waarin het verzoekschrift wel op tijd binnen was bij het EHRM, maar niet was voorzien van de vereiste handtekening.⁵² Ook in latere zaken hanteert het Hof de zes maanden-termijn strikt.⁵³

50 Iets vergelijkbaars zien we bij de filtersectie van het Hof, waar de klachten tegen de vijf landen waartegen het meest wordt geklaagd (Rusland, Turkije, Roemenië, Oekraïne en Polen) na binnenkomst op het juiste procedurele traject worden gezet. Dat wil zeggen: behandeling door een alleen zittende rechter, een comité van drie rechters, of een van de vijf Kamers. Zie: http://www.echr.coe.int/Documents/Filtering_Section_ENG.pdf.

51 EHRM 5 februari 2013, zaaknr. 66994/12 (ontv.besl.) (*Abdulrahman t. Nederland*).

52 EHRM 5 februari 2013, zaaknr. 16380/11 (ontv.besl.) (*Ngendakumana t. Nederland*).

53 Zie bijvoorbeeld: EHRM 14 januari 2014, zaaknr. 30859/10 (ontv. besl.) (*Sokolov e.a. t. Servië*); EHRM 9 september 2014, zaaknrs. 40139/14 en 41418/14 (ontv. besl.) (*Malyshev en Ivanin t. Oekraïne*). Coulanter is het Hof in: EHRM 17 september 2014, EHRC 2014, 244 (Grote Kamer) (*Mocanu e.a. t. Roemenië*).

De datum van ontvangst van het klachtformulier door het Hof, is dus de datum waarop het klachtformulier conform Rule 47 van het Procesreglement is verzonden. Als verzenddatum neemt het Hof de datum van het poststempel (Rule 47 Procesreglement, lid 6, sub a⁵⁴ en paragraaf 1 van de Practice Directions).⁵⁵ Deze verzenddatum moet dan dus binnen de zes maanden-termijn vallen. De standaardlijn van het EHRM is verder dat een compleet klachtformulier binnen zes maanden moet zijn ingediend bij het Hof. Een incompleet klachtformulier wordt niet langer door het Hof in behandeling genomen en kan de zes maanden-termijn dus ook niet schorsen.⁵⁶

Tot slot is op de motivering van de uitspraken van het Hof zowel lof als kritiek geuit.⁵⁷ De kritiek ziet op het ontbreken van consistentie en helderheid in de uitspraken van het EHRM, en dit raakt aan de rechtszekerheid.⁵⁸ Ook de legitimiteit van de uitspraken van het Hof heeft een periode (van 2010 tot 2012) in (de) Nederland(se) (politiek) ter discussie gestaan.⁵⁹ Toch heeft deze kritiek geen zichtbare veranderingen in de wetgeving/rechtspraak teweeggebracht.⁶⁰

Resumerend: het EVRM en de case law vormen het vertrekpunt bij de beoordeling van de vermeende EVRM-schending door het Hof. Bovendien bleek het aantal hoorzittingen in Straatsburg beperkt, en op punten hanteert het EHRM een andere maatstaf waar het zijn eigen beoordelingspraktijk betreft. Op de doorlooptijd van de klachten in Straatsburg valt het een en ander af te dingen. Ook de strikte toepassing van de termijnen door het Hof strookt niet te allen tijde met het excessief formalisme dat het in de nationale procedures juist streng veroordeelt. Het lijkt erop dat we hieruit dus geen indirecte verplichtingen kunnen afleiden, want de praktijk van het Hof zelf komt niet overeen met wat het expliciet van de Staten verlangt. Het volgen van de Straatsburgse toetsingspraktijk op dit punt levert dan eerder een schending op.

54 Op grond van sub b van dit zesde lid kan het Hof overigens wel besluiten dat de ontvangstdatum een andere moet zijn.

55 EHRM 9 september 2014, zaaknr. 40139/14 en 41418/14 (ontv.besl.) (*Malysh and Ivanin t. Oekraïne*).

56 Zie het verslag over de herziene Rule 47 van het Procesreglement voor het indienen van een klacht van februari 2015: http://www.echr.coe.int/Documents/Report_Rule_47_ENG.pdf. Vgl. ook het document *Overview of the Court's case-law in 2014*, online te raadplegen.

57 Zie Glas 2015, p. 330-335.

58 Aldus Glas: Glas 2015, p. 332.

59 Zie de heldere bijdrage van Gerards: Gerards 2016. Vgl. ook: Oomen 2016. Zie eerder over het debat over het EHRM: Spijkerboer 2012.

60 Aldus Gerards: Gerards 2016, i.h.b. p. 359-360.

10.4 FEITENVASTSTELLING

10.4.1 Het vaststellen van de feiten door het EHRM

Vooropgesteld moet worden dat het Straatsburgse Hof doorgaans de feiten vaststelt op basis van de schriftelijke stukken waarover het beschikt. Gelet op het feit dat alle nationale rechtsmiddelen moeten worden uitgeput voordat een klacht in Straatsburg kan worden ingediend, zijn in veel gevallen de belangrijke feiten niet langer in geschil en kan het Hof dus de nationale uitspraken volgen.⁶¹ Dit neemt niet weg dat de feiten onder omstandigheden nog wel degelijk betwist kunnen worden in de procedure voor het Hof. Dit is bijvoorbeeld het geval als uit de overgelegde bewijsmaterialen niet duidelijk is komen vast te staan wat er op nationaal niveau precies is gebeurd. Het Hof stelt zich dan actiever op. Zo kan het besluiten om partijen te verzoeken meer materiaal te verschaffen en eventueel personen of getuigen te horen. Ook kan het Hof een derde partij toelaten tot de procedure⁶² of een expert(commissie) vragen om een opinie te geven of een rapport te schrijven.⁶³ De basis hiervoor is te vinden in Rule A1 van de Annex to the Rules of Court. Vanuit de gedachte van efficiëntie kan het aanbevelenswaardig zijn dat de nationale (bestuurs)-rechter bij twijfel over de gang van zaken ten tijde van de nationale procedure zich, in navolging van het Hof, ook actiever opstelt.⁶⁴ Op deze wijze wordt voorkomen dat in Straatsburg opnieuw wordt geklaagd. Het is bovendien denkbaar dat de divergerende beoordelingswijze van de EVRM-klacht op internationaal (Straatsburg) en nationaal niveau ertoe leidt dat een schending in Straatsburg wel, en in de betreffende Staat niet aan het licht komt.

Het Hof heeft meerdere malen in zijn jurisprudentie herhaald dat het in lijn is met het beginsel van subsidiariteit dat de feitenvaststelling zoveel mogelijk door de nationale autoriteiten gebeurt.⁶⁵

61 Leach 2011, p. 55.

62 White & Ovey 2014, p. 29. Artikel 36 EVRM jo. Rule 44 van het Procesreglement.

63 Haeck & Herrera 2011, p. 349. Zie onder meer: EHRM 7 juni 2007, *EHRC 2007, 87*, par. 3, m.nt. Kiiver (*Parti Nationaliste Basque – Organisation Régionale d'Iparralde t. Frankrijk*) (artikel 10 en 11 EVRM, het Hof heeft hier om een opinie van de Venice Commission verzocht); EHRM 19 december 1989, zaaknr. 10964/84, par. 5 (Grote Kamer) (*Brozicek t. Italië*) (artikel 6 EVRM-zaak, het Hof heeft op verzoek van de Italiaanse regering een handschriftdeskundige om advies gevraagd, en daarnaast vijf getuigen gehoord). Of het vragen van een medische opinie in een om te kunnen beoordelen of de ter dood veroordeelde klager in de gevangenis besmet is geraakt met tuberculose: EHRM 29 april 2003, zaaknr. 41707/98, par. 10 en 91 e.v. (*Khokhlich t. Oekraïne*).

64 Barkhuysen 2006, p. 33. Barkhuysen wijst erop dat het nastreven van rechtseenheid kan bijdragen aan de realisatie van rechtsgelijkheid, rechtszekerheid, doorzichtigheid van het recht, en de efficiency van het recht kan vergroten (p. 31).

65 Leach 2011, p. 55. Zie o.m.: EHRM 10 april 2001, zaaknr. 26129/95, par. 110 (*Tanli t. Turkije*). Zie over de subsidiariteit ook: Popelier & Van de Heyning 2017.

'(...) where domestic proceedings have taken place, it is not the Court's task to substitute its own assessment of the facts for that of the domestic courts.'⁶⁶

Het Hof overweegt vervolgens dat hoewel het niet gebonden is aan de door de nationale autoriteiten vastgestelde feiten er toch sprake moet zijn van dwingende elementen om af te wijken van deze bevindingen op nationaal niveau.⁶⁷ Het Hof blijft voorzichtig (het Hof spreekt zelf van: 'sensitive') bij het vervullen van de rol van rechter in eerste instantie.⁶⁸

De feiten die verzekerd moeten worden in EVRM-procedures voor het Hof vallen uiteen in drie categorieën.⁶⁹ De eerste categorie ziet op de feiten van het individuele geval. De tweede categorie ziet op de feiten van algemene aard die van belang kunnen zijn voor de klacht, en de derde categorie tot slot is die van de nationale wet-en regelgeving die in deze internationale context als onderdeel van de feiten wordt gezien.⁷⁰ Bij de feitenvaststelling in het individuele geval spelen vanzelfsprekend ook vaak bewijskwesties een rol.⁷¹ Hierbij kan worden gedacht aan de behandeling van klager in de gevangenis, of de ontvoering en verdwijning van een familielid van klager door veiligheidsdiensten.⁷² Bij het onderzoek naar de feiten bij de tweede categorie, kan gedacht worden aan de politieke situatie in een land.⁷³ Bij de derde categorie, de rol van de nationale wet-en regelgeving bij het vaststellen van de feiten kan het gaan om nationale vreemdelingenwetgeving⁷⁴ of wetgeving die ziet op de detentie van geesteszieke gevangenen.⁷⁵

Zoals gezegd, is het Hof voorzichtig als het gaat om het in de plaats stellen van zijn eigen feitenvaststelling voor die van de nationale autoriteiten. Dit laat echter onverlet dat het Hof bij vermeende schendingen van artikel 2 en 3 EVRM soms zelf een 'particularly thorough scrutiny' uitvoert. Zoals we ook al in eerdere hoofdstukken hebben kunnen zien⁷⁶ en in latere hoofdstukken zullen zien.⁷⁷ Ook in het geval dat op nationaal niveau al een onderzoek heeft plaatsgevonden.⁷⁸ In die gevallen zal er dan nog onduidelijkheid over de

66 EHRM 22 november 1993, zaaknr. 15473/89, par. 29 (*Klaas t. Duitsland*). In de literatuur is veel kritiek geuit op deze uitspraak van het Hof, zie Mahoney 1999, p. 119 en p. 125 e.v.

67 EHRM 22 november 1993, zaaknr. 15473/89, par. 30 (*Klaas t. Duitsland*).

68 Leach 2011, p. 55 en de daar genoemde jurisprudentie onder voetnoot nummer 137.

69 Rogge 1993, p. 678.

70 Rogge 1993, p. 678.

71 Erdal 2001, p. 70.

72 Zie Erdal 2001, p. 70 en de daar genoemde jurisprudentie.

73 Rogge 1993, p. 680-681.

74 Voorbeeld in de literatuur genoemd ziet op de Engelse wetgeving op het terrein van het vreemdelingenrecht: Rogge 1993, p. 681.

75 Rogge 1993, p. 681 en de daar genoemde jurisprudentie van met name de ECieRM.

76 Hoofdstuk 4 (2 EVRM) en hoofdstuk 5 (3 EVRM).

77 Hoofdstuk 11. Zie in dit kader ook de Leidse dissertatie van Jasmina Mačkić .

78 Leach 2011, p. 56 en de verwijzing naar onder meer: EHRM 4 december 1995, zaaknr. 18896/91, par. 32 (*Ribitsch t. Oostenrijk*).

feiten bestaan, of is op nationaal niveau een van het EHRM afwijkende (bewijs)-standaard gehanteerd.⁷⁹

Verder rust op de Staat ingevolge artikel 38 van de Conventie de plicht om medewerking te verlenen aan het Hof, om de feiten vast te kunnen stellen.⁸⁰ De tekst van artikel 38 EVRM luidt als volgt:

‘Het Hof behandelt de zaak tezamen met de vertegenwoordigers van de partijen en verricht, indien nodig, nader onderzoek, voor de goede voortgang waarvan de betrokken Hoge Verdragssluitende Partijen alle noodzakelijke faciliteiten leveren.’

De Staat moet dus alle noodzakelijke faciliteiten leveren. Zo (niet uitputtend)⁸¹ moet de Staat bewijsstukken overleggen, antwoorden op vragen van het Hof en ervoor zorgen dat de getuigen daadwerkelijk verschijnen. Ook moet de Staat reageren op bij het Hof ingediende stukken.⁸² Het niet meewerken van de Staat wordt niet licht opgenomen door het Hof⁸³ en kan resulteren in een schending van artikel 38 EVRM.⁸⁴ Zo is ook te lezen in de nu volgende overweging:

‘In accordance with the principles enumerated in its case-law, the Court agrees that in certain cases delays in submitting information which is crucial to the establishment of facts may give rise to a *separate finding* under Article 38 of the Convention. In a case where the application raises issues of grave unlawful actions by State agents, the documents of the criminal investigation are fundamental to the establishment of facts and their absence may prejudice the Court’s proper examination of the complaint both at the admissibility and merits stage.’⁸⁵

Ook een nalaten van de regering van de betreffende Staat om toegang te bieden tot kopieën van een onderzoeksdocument⁸⁶ en het nalaten om een gekwalifi-

79 Zie hoofdstuk 11 en de verwijzing naar Baldinger 2013. Zie ook paragraaf 10.4.2.3 in dit hoofdstuk over wanneer het Hof wel en niet tot een *fact-finding mission* overgaat.

80 Zie ook Van Dijk e.a. 2006, p. 219; Tigroudja 2007, p. 123 e.v. Meer recent: Mačkić 2013 over artikel 38 EVRM. Zie ook: EHRM 21 oktober 2013, EHRC 2014, 15, m.nt. H. de Vylder (Grote Kamer) (*Janowiec e.a. t. Rusland*).

81 Zie Leach e.a. 2009, p. 13.

82 Leach e.a. 2009, p. 13, en zie ook onder meer punt 56 in: Parliamentary Assembly. Committee on Legal Affairs and Human Rights. Report. *Member state’s duty to co-operate with the European Court of Human Rights*. Rapporteur mr. Christos Pourgourides. Te raadplegen via: http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefDocDetails_E.asp?FileID=11636 en de Resolution (1571) en Recommendation (1809).

83 Leach 2011, p. 56.

84 EHRM 12 april 2005, EHRC 2005, 66, par. 504 (*Shamayev e.a. t. Georgië en Rusland*).

85 EHRM 27 juli 2006, zaaknr. 69481/01, par. 172 (*Bazorkina t. Rusland*).

86 EHRM 9 november 2006, zaaknr. 7615/02, par. 201 (*Imakayeva t. Rusland*).

ceerd rapport aan het Hof te openbaren⁸⁷ waren voor het Hof in casu reden te concluderen tot een schending van artikel 38 EVRM.⁸⁸

De plicht tot het verlenen van medewerking ('duty to cooperate') aan het Hof door de Staten, vindt ook zijn basis in artikel 34 EVRM, Rule 39 van het Hof (interim measure), Rule 44A van het Procesreglement en de *European Agreement Relating to Persons Participating in Proceedings of the European Court of Human Rights*.⁸⁹ Zo kan het Hof tot een schending van artikel 34 EVRM concluderen in het geval dat de Staat heeft nagelaten maatregelen te nemen die zien op de tenuitvoerlegging van de door het Hof opgelegde voorlopige maatregel.⁹⁰ In de eerder genoemde zaak *Bazorkina* tegen Rusland⁹¹ is het Hof ook ingegaan op de relatie van artikel 34 EVRM en artikel 38 EVRM. Eerstgenoemd artikel kwalificeert het Hof als een *lex generalis* waarbij dit artikel in de kern neerkomt op het effectueren van het individueel klachtrecht. Artikel 38 EVRM verplicht de Staat in het bijzonder om zijn medewerking te verlenen aan het Hof.⁹²

Tot slot: bij een schending van artikel 34 EVRM kan onder meer (verre van uitputtend) gedacht worden aan een Staat die de communicatie van klager met het Hof bemoeilijkt, of het op een dwingende manier bevragen/onder druk zetten van klager over zijn ingediende klacht.⁹³ In het kader van deze

87 EHRM 12 februari 2009, zaaknr. 2512/04, par. 56-57 (*Nolan en K. t. Rusland*).

88 Zie meer recent een schending van artikel 38 EVRM vanwege het niet overleggen van een geheim document zonder hiervoor inhoudelijke redenen aan te voeren: EHRM 21 oktober 2013, EHRC 2014, 15, m.nt. H. de Vylder (Grote Kamer) (*Janowiec e.a. t. Rusland*) en EHRM 12 november 2013, zaaknr. 23502/06 (*Benzer e.a. t. Turkije*) (niet overhandigen vluchtlogboek van de vliegtuigen die bombardementen hebben uitgevoerd resulteert in schending artikel 38 EVRM).

89 Zie: Parliamentary Assembly. Committee on Legal Affairs and Human Rights. Report. *Member state's duty to co-operate with the European Court of Human Rights*. Rapporteur mr. Christos Pourgourides. Te raadplegen via: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=11636&lang=en>. Zie meer recent (2014) over de plicht om mee te werken die op de Staten rust het rapport van het Parlementair Assemblée, getiteld: 'Urgent need to deal with new failures to co-operate with the European Court of Human Rights.', te raadplegen via: <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=20348&lang=en>. Zie voor de genoemde *European Agreement Relating to Persons Participating in Proceedings of the European Court of Human Rights*: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007cdb2>.

90 EHRM 10 maart 2009, zaaknr. 39806/05, par. 87-92 (Grote Kamer) (*Paladi t. Moldavië*). Vgl. verder nog over het niet naleven van de Staat van een door het EHRM opgelegde voorlopige maatregel: EHRM 13 juli 2010, zaaknr. 33526/08, par. 67 (*D.B. t. Turkije*); EHRM 2 maart 2010, zaaknr. 61498/08, par. 162-165 (*Al-Saadoon en Mufdhi t. Verenigd Koninkrijk*). Zie voor meer voorbeelden de Practical Guide on Admissibility Criteria 2014 http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf) van het EHRM, p. 20. Te raadplegen via: www.echr.coe.int.

91 EHRM 27 juli 2006, zaaknr. 69481/01 (*Bazorkina t. Rusland*).

92 EHRM 27 juli 2006, zaaknr. 69481/01, par. 170 e.v. en par. 175 (*Bazorkina t. Rusland*).

93 Vgl. het eerder in dit hoofdstuk genoemde rapport van het Parlementair Assemblée: (http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefDocDetails_E.asp?FileID=11636), onder punt 13 e.v.

paragraaf ga ik hier niet verder op in. Dit zegt immers meer over de sanctienering van het Hof dan over hoe het Hof zelf de feiten vaststelt.

10.4.2 *Fact-finding tools* van het EHRM

Het EHRM beschikt over een aantal *tools* met behulp waarvan het zelf de feiten kan vaststellen in de gevallen waarin het dit nodig acht.

10.4.2.1 *Verzuim medewerkingsplicht door de Staat: 'drawing inferences' als 'fact-finding tool'*

Met de eerder genoemde medewerkingsplicht ingevolge artikel 38 EVRM houdt het fenomeen van de 'drawing inferences' verband. Hierbij oordeelt het Hof op basis van vermoedens ten aanzien van de gegrondheid van de klacht als gevolg van het niet meewerken door de Staat.⁹⁴ Hoewel niet alle relevante feiten op tafel zijn komen te liggen, acht het EHRM de onderbouwing van de klacht toch voldoende gefundeerd. Hiermee geeft het Hof zelf dus impliciet een oordeel over de niet bekende feiten, en dit is de reden om op deze plek in te gaan op dit fenomeen van het oordelen op basis van vermoedens.⁹⁵

In de zaak *Timurtas* tegen Turkije⁹⁶ oordeelde het Hof voor het eerst dat het niet meewerken van de verantwoordelijke regering aanleiding geeft om zijn oordeel te baseren op vermoedens ten aanzien van de gegrondheid van de klacht van klager. De betreffende overweging van het Hof in deze zaak:

'(...) The Court has previously held that it is of the utmost importance for the effective operation of the system of individual petition instituted under former Article 25 of the Convention [thans artikel 34 EVRM: TdJ] that States should furnish all necessary facilities to make possible a proper and effective examination of applications. It is inherent in proceedings relating to cases of this nature, where an individual applicant accuses State agents of violating his rights under the Convention, that in certain instances solely the respondent State has access to information capable of corroborating or refuting these allegations. A failure on a Government's part to submit such information as is in their hands without a satisfactory explanation may not only reflect negatively on the level of compliance by a respondent State with its obligations under Article 38 § 1 (a) of the Convention, but may also give rise to the drawing of inferences as to the well-foundedness of the

94 Vgl. Smith 2009; Bonello 2009, p. 73; White & Ovey 2014, p. 29 – 30 en de Practical Guide on Admissibility Criteria 2011 (http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/B5358231-79EF-4767-975F-524E0DCF2FBA/0/ENG_Guide_pratique.pdf) van het EHRM, p. 11. Te raadplegen via: www.echr.coe.int.

95 Zie ook Smith 2009, p. 214.

96 EHRM 13 juni 2000, zaaknr. 23531/94, par. 60 (*Timurtas t. Turkije*).

allegations. In this respect, the Court reiterates that the conduct of the parties may be taken into account when evidence is being obtained [cursivering: TdJ].⁹⁷

Smith gaat in een van zijn bijdragen⁹⁸ in op ‘inferences and presumptions of facts as adjudicatory tools for fact-finding’⁹⁹ door het EHRM. De begrippen ‘inferences’ en ‘presumptions’ zijn volgens Smith inwisselbaar. In beide gevallen oordelen de EHRM-rechters op basis van vermoedens ten aanzien van hen onbekende feiten op basis van de hun wel bekende feiten.¹⁰⁰

In de gevallen waarin direct bewijs ontbreekt, kan het oordelen op basis van vermoedens nuttig zijn.¹⁰¹ Allereerst kan dit nuttig zijn omdat de Staat vaak beschikt over het materiaal of de informatie die nodig is voor het beoordelen van de klacht. Een tweede reden ziet op de eerder in dit hoofdstuk genoemde medewerkingsplicht onder artikel 38 EVRM. Hierin zou dan een rechtvaardiging gelegen zijn voor het Hof om deze *fact-finding tool* in te zetten.¹⁰² In de derde plaats kan de Staat misstanden gemakkelijk verhullen omdat het doorgaans over de middelen beschikt om dit te doen. Tot slot, en in de vierde plaats, wijst Smith op het ontbreken van een dwangmiddel van het Hof om de Staat de documenten te laten overleggen.¹⁰³

In welk type zaken gaat het Hof nu het meest vaak over tot het oordelen op basis van vermoedens? Vaak is dat in de zaken waarin sprake is van een grove inmenging (meestal gaat het dan dus om artikel 2 en 3 EVRM), maar ook onder artikel 8 EVRM in een *secret surveillance* zaak kan het Hof besluiten om conclusies te verbinden aan het niet meewerken van de Staat, en dus de klacht gegrond verklaren.¹⁰⁴ Toch komt het oordelen op basis van vermoedens minder vaak voor onder artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM, omdat de feiten daar minder vaak in geschil zijn. Het voorwerp van geschil concentreert zich dan op de vraag of de inmenging gerechtvaardigd is, en dus of sprake is van een *fair balance* en klager niet met een onevenredige last is geconfronteerd.¹⁰⁵ Uit de jurisprudentie van het Hof komt het beeld naar voren dat het Hof in de meeste gevallen overgaat tot het oordelen op basis van vermoedens in het geval dat betrokkene in de gevangenis is verwond of zelfs is overleden en als uit het bewijs volgt dat sprake is van structureel met het EVRM strijdige praktijken.¹⁰⁶

97 EHRM 13 juni 2000, zaaknr. 23531/94, par. 66 (*Timurtas t. Turkije*). Vgl. ook: EHRM 24 januari 2008, zaaknr. 839/02, par. 120-121 (*Maslova en Nalbandov t. Rusland*); EHRM 20 juni 2013, EHRC 2013, 179 (*Turluyeva t. Rusland*).

98 Smith 2009, p. 206-228.

99 Smith 2009, p. 214.

100 Smith 2009, p. 214.

101 Kazazi 1996, p. 150.

102 Smith 2009, p. 215 en vgl. ook Erdal 2001.

103 Smith 2009, p. 216. Vgl. ook: Loucaides 1995, p. 164 en Kazazi 1996, p. 150 – 151.

104 Smith 2009, p. 218.

105 Zie ook de hoofdstukken 6, 7, verderop in dit hoofdstuk en hoofdstuk 11.

106 Smith 2009, p. 217-221.

Onbegrensd is de toepassing van ‘drawing inferences’ door het Hof echter niet. Het ‘totality of evidence’-principe moet helpen voorkomen dat het Hof te gemakkelijk overgaat tot het oordelen op basis van vermoedens als gevolg van het niet meewerken van de Staat. Dit principe houdt kort gezegd in dat de getrokken conclusies consistent moeten zijn met het totaal aan bewijsmateriaal waarover het Hof beschikt.¹⁰⁷

Op grond van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat het niet meewerken door de Staat dus niet alleen potentieel tot een schending van artikel 38 EVRM kan leiden, maar dat het Hof ook bij een niet meewerken kan oordelen op basis van vermoedens ten aanzien van de gegrondheid van de klacht. Het verklaart de klacht dan voldoende beargumenteerd, en dit is dus in het voordeel van klager. Vanuit de Staat bezien is het daarom raadzaam om zoveel mogelijk medewerking te verlenen, en indien mogelijk tegenbewijs te leveren voor wat klager stelt in zijn klacht. Meer indirect kan dit voor de Staten de verplichting met zich brengen om vooruitlopend op de procedure in Straatsburg ervoor te zorgen dat er in ieder geval voldoende bewijsmateriaal voorhanden is.

10.4.2.2 *Tussenkomst van derden: amicus curiae als fact-finding tool*

De tussenkomst van een derde partij in de procedure voor het Straatsburgse Hof kan ook behulpzaam zijn voor het vaststellen van de feiten door het Hof.¹⁰⁸ De basis voor deze interventie vinden we in artikel 36 van het Verdrag, en luidt als volgt:

- ‘1. In alle zaken die voor een Kamer of de Grote Kamer aanhangig zijn, heeft een Hoge Verdragsluitende Partij waarvan een onderdaan verzoeker is het recht schriftelijke conclusies in te dienen en aan zittingen deel te nemen.
2. De President van het Hof kan, in het belang van een goede rechtsbedeling, elke Hoge Verdragsluitende Partij die geen partij bij de procedure is of elke belanghebbende die niet de verzoeker is, uitnodigen schriftelijke conclusies in te dienen of aan zittingen deel te nemen.
3. In alle zaken die voor een Kamer of de Grote Kamer aanhangig zijn, kan de Commissaris voor de Mensenrechten van de Raad van Europa schriftelijke conclusies indienen en aan hoorzittingen deelnemen.’

Op grond van het tweede lid is het dus mogelijk dat een Staat of een andere belanghebbende, waaronder een NGO, op uitnodiging van het Hof (via de President) schriftelijke conclusies indient, of dat het Hof op verzoek van de

¹⁰⁷ Smith 2009, p. 223 en de verwijzing naar de separate opinion van rechter Zekia bij de uitspraak in *Ierland t. het Verenigd Koninkrijk*. EHRM 18 januari 1978, zaaknr. 5310/71 (*Ierland t. Verenigd Koninkrijk*).

¹⁰⁸ Den Heijer 2013, p. 375; Harris e.a. 2014, p. 155.

Staat of de NGO toestemming voor de interventie verleent.¹⁰⁹ In de meeste gevallen voegt een derde partij zich in de procedure door hier een verzoek voor in te dienen.¹¹⁰ Het Hof nodigt zelden uit eigen beweging een Staat of andere belanghebbenden uit.¹¹¹

NGO's treden vaak¹¹² op als derde in de procedure voor het Hof. De tussenkomst van een derde partij wordt ook wel aangeduid met de term *amicus curiae*, letterlijk vertaald betekent dit: 'vriend van het hof'.¹¹³ De schriftelijke inbreng van NGO's kan helpen de feiten te verduidelijken, en daarnaast ertoe dienen de meer algemene implicaties van zaken over het voetlicht te brengen.¹¹⁴

Toegesпитst op de invloed van *amicus curiae* in de procedure voor het Straatsburgse Hof kan onder meer gedacht worden aan de bevestiging van de aanwezigheid van een Europese of internationale consensus. Daarnaast kunnen oplossingen uit andere systemen als inspiratie dienen voor het Hof, en kan de inbreng van NGO's de verschillende belangen die op het spel staan in een zaak benadrukken.¹¹⁵

In de EHRM-jurisprudentie is het aantal zaken waarin NGO's optreden als *amicus curiae* de laatste jaren toegenomen.¹¹⁶ Met name in de Grote Kamer uitspraken komen deze interventies veel voor.¹¹⁷ Het zijn vooral de moreel gevoelige kwesties als abortus, IVF en het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht waarin interventies plaatsvinden (door Staten en/of NGO's).¹¹⁸ Deze onderwerpen vragen niet zelden om een richtinggevend oordeel van het Hof. Dit is waarschijnlijk ook de reden dat in de Grote Kamer-uitspraken van het Hof een NGO als *amicus curiae* regelmatig een schriftelijke inbreng levert.

Hoewel deels van een andere orde, is de Grote Kamer uitspraak van het Hof in de zaak *Valentin Câmpeanu*¹¹⁹ het noemen waard. Tot halverwege 2014 beschikten NGO's niet over een *locus standi* in de procedure voor het Hof in

109 Zie Rule 44, lid 3, sub a van het Procesreglement. Vgl. ook: Glas 2015, p. 311-320; Van den Eynde 2013, p. 277.

110 Harris e.a. 2014, p. 154.

111 Harris e.a. 2014, p. 155.

112 Zo intervenueerden NGO's of andere belanghebbenden in twaalf (tegenover slechts drie zaken waarin een Staat intervenueerde) van de 29 zaken die het Hof in 2014 als belangrijk aanmerkte, zo is te lezen bij Glas 2016a, op p. 459.

113 Vgl. ook: Van den Eynde 2013, p. 273.

114 Opnieuw Van den Eynde 2013, p. 274 e.v.

115 Van den Eynde 2013, p. 275 en de daar opgenomen verwijzing.

116 Van den Eynde 2013, p. 279 e.v.

117 Opnieuw: Van den Eynde 2013, p. 280.

118 Glas 2015, p. 315.

119 EHRM 17 juli 2014, EHRC 2014, 212, m.nt. H. De Vylder (Grote Kamer) (*Centre of Legal Resources on Behalf of Valentin Câmpeanu t. Roemenië*).

Straatsburg. Met deze Grote Kamer uitspraak is daar echter verandering in gekomen.¹²⁰

In deze zaak gaat het om Valentin Câmpeanu, een weesjongen, van Roma origine, waarbij op jonge leeftijd besmetting met het HIV-virus is vastgesteld en daarnaast een laag IQ. De Roemeense autoriteiten hebben de jongen toen hij meerderjarig was in een inrichting geplaatst, en hebben nagelaten om daaraan voorafgaand voor de jongen te zorgen of een voogd/curator aan te stellen. Later is de jongen opgenomen in de psychiatrische afdeling van een ziekenhuis, en overleed daar kort na zijn ontmoeting met het Center For Legal Resources (CLR).

De kernvraag in de procedure voor het Hof is of de NGO CLR *locus standi* heeft in deze zaak, en dus voor het Hof 'namens' de inmiddels overleden Câmpeanu mag klagen. De betreffende overweging van de Grote Kamer:

'This case concerns a highly vulnerable person with no next-of-kin, Mr Câmpeanu, a young Roma man with severe mental disabilities who was infected with HIV, who spent his entire life in the care of the State authorities and who died in hospital, allegedly as a result of neglect. Following his death, and without having had any significant contact with him while he was alive (...) or having received any authority or instructions from him or any other competent person, the applicant association (the CLR) is now seeking to bring before the Court a complaint concerning, amongst other things, the circumstances of his death [cursivering: TdJ].'

Uit deze overweging volgt onder meer dat het hier gaat om een zeer kwetsbare persoon, en dat deze persoon zijn leven lang onder de zorg (i.e. verantwoordelijkheid) van de nationale autoriteiten viel. In het kader van de materiële preventieve beschermingsplicht die het Hof onder artikel 2 EVRM heeft geformuleerd, telt een gebeurtenis die onder de verantwoordelijkheid van de Staat plaatsvond als een verzwarende factor. Het Hof scherpt de positieve verplichting dan aan, en dit kan bovendien reden zijn om eerder aansprakelijkheid van de Staat aan te nemen, en daarmee een schending.¹²¹

Gelet op de bijzondere omstandigheden in deze zaak oordeelt de Grote Kamer van het Hof dat CLR in deze zaak procesbevoegdheid toekomt.¹²² De bijzondere omstandigheden zijn onder meer gelegen in het feit dat Câmpeanu bijzonder kwetsbaar was,¹²³ geen familieleden had, niet zelf een juridische procedure kon starten, de Staat geen voogd/curator had aangewezen en de

120 Zie ook meer recent de zaak: EHRM 24 maart 2015, EHRC 2015, 121 (*Association for the Defence of Human Rights in Romania – Helsinki Committee (APADOR-CH) on behalf of Ionel Garcea t. Roemenië*) waarin het Hof opnieuw aan een NGO procesbevoegdheid toekent.

121 Zie hierover eerder hoofdstuk 4, i.h.b. paragraaf 4.2.2.

122 Kritisch is Vylder in haar noot bij deze uitspraak ten aanzien van de casuïstische benadering. Liever had zij een meer principiële uitspraak gezien.

123 Zie over kwetsbare groepen in relatie tot het EVRM: Peroni & Timmer 2013 en zie ook: Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2013, p. 413-433 getiteld: 'Rechten van bijzondere groepen en collectieve rechten'.

Staat bovendien in de nationale procedure de *locus standi* van CLR niet had betwist. Het feit dat het in de onderhavige zaak gaat om het recht op leven legt ook gewicht in de schaal en is daarmee een factor in de beoordeling. Bovendien bestaat bij het onthouden van procesbevoegdheid van CLR de ongewenste mogelijkheid dat de Staat zijn aansprakelijkheid ontloopt, aldus het Hof.¹²⁴

In het kader van de ontvankelijkheid van de klacht heeft de Grote Kamer overigens ook overwogen dat het een uitzondering maakt op de toepassing van artikel 34 EVRM in combinatie met de aanvullende regels uit het Procesreglement in het geval dat artikel 2, 3 of 8 EVRM in het geding is. In het geval dat een klacht aanhangig is gemaakt, zonder geldige machtiging, kijkt het Hof naar de kwetsbaarheid van het slachtoffer met betrekking tot geslacht, leeftijd en beperking als gevolg waarvan klager zijn klacht niet zelf aanhangig heeft kunnen maken.¹²⁵

Tot slot: bij de inhoudelijke beoordeling van de klacht onder artikel 2 EVRM neemt de Grote Kamer expliciet de kwetsbare positie mee bij de beoordeling van het bewijs en herhaalt het de verhoogde verantwoordelijkheid van de autoriteiten:

‘The Court reiterates in this context that in assessing the evidence adduced before it, particular attention should be paid to Mr Câmpeanu’s vulnerable state (...) and the fact that for the duration of his whole life he was in the hands of the authorities, which are therefore under an obligation to account for his treatment and to give plausible explanations concerning such treatment.’¹²⁶

Niet alleen kan een interventie van een derde partij behulpzaam zijn voor het Hof bij het vaststellen van de feiten. In sommige gevallen kan aan zo’n derde partij ook procesbevoegdheid toekomen in de procedure voor het Hof. De ernstige omstandigheden in de hiervoor besproken uitspraak en de kwetsbaarheid van de betrokkene hebben hierin onder meer een belangrijke rol gespeeld.

10.4.2.3 *Fact-finding missions als fact-finding tool*

Het vaststellen van de feiten speelt vooral een rol in de zaken waarin het gaat om artikel 2 en/of 3 EVRM, en dus vinden in dit type zaken ook het meest *fact-finding missions* plaats.¹²⁷ Als het Hof er niet in slaagt om op basis van het schriftelijke bewijsmateriaal de feiten vast te stellen, ziet de vervolgstap van

124 EHRM 17 juli 2014, EHRC 2014, 212, m.nt. H. De Vylder, par. 104-114 (Grote Kamer) (*Centre of Legal Resources on Behalf of Valentin Câmpeanu t. Roemenië*).

125 EHRM 17 juli 2014, EHRC 2014, 212, m.nt. H. De Vylder, par. 103 (Grote Kamer) (*Centre of Legal Resources on Behalf of Valentin Câmpeanu t. Roemenië*).

126 EHRM 17 juli 2014, EHRC 2014, 212, m.nt. H. De Vylder, par. 140 (Grote Kamer) (*Centre of Legal Resources on Behalf of Valentin Câmpeanu t. Roemenië*).

127 Leach 2010 e.a., p. 49.

het Hof op het zelf onderzoeken van de feiten. Dit kan door bijvoorbeeld meer bewijs te vragen van de partijen¹²⁸ of door het stellen van vragen aan partijen. Indien onduidelijkheid over de feiten blijft bestaan, mede omdat de Staat niet meewerkt, kan het Hof besluiten om een *fact-finding mission* te organiseren.¹²⁹

Onder het begrip *fact-finding missions* vallen zowel – waarbij ik aansluit bij de door Leach e.a. gebruikte terminologie – de *fact-finding hearings* als de *on the spot investigations*. Een *fact-finding mission* kan dus bestaan uit (1) het horen van getuigen door een delegatie van het Hof (in de Staat waartegen de klacht is ingediend of in Straatsburg)¹³⁰ en/of (2) het bezoeken van het betreffende land om daar bijvoorbeeld een detentiecentrum te inspecteren.¹³¹ In sommige gevallen worden in een dergelijke missie zowel getuigen gehoord als onderzoek gedaan in het betreffende land.¹³² In verhouding hebben het Hof en de voormalige ECieRM meer *fact-finding hearings* gehouden dan *on the spot investigations*.¹³³

De procedurele regulering van deze *ions* is terug te vinden in Rule A1 t/m Rule A8 van de Annex to the Rules.¹³⁴ Het Hof is vrij hoe het omgaat met zijn bevoegdheid tot het houden van een *fact-finding mission*.¹³⁵ Het is dus niet verplicht om op *fact-finding* missie te gaan.¹³⁶ Partijen kunnen overigens wel verzoeken om een *fact-finding mission*.¹³⁷ Artikel 38 EVRM is van vergelijkbare toepassing op de *fact-finding missions*, ook in het geval dat het Hof besluit om getuigen te horen, dan wel naar het betreffende land af te reizen om ter plaatse onderzoek te doen, is de Staat namelijk verplicht om aan de delegatie van het Hof alle noodzakelijke faciliteiten te verschaffen.¹³⁸ Het Hof is bij

128 Ik ga hier uit van de fase waarin het Hof ingaat op de inhoudelijke gronden van de klacht, en ga er dus vanuit dat de klacht ontvankelijk is ex artikel 35 EVRM. Kanttekening is wel dat een van de ontvankelijkheidsvoorwaarden ziet op ‘manifestly ill – founded’, en dit vraagt wel al om een inhoudelijke beoordeling (in de ontvankelijkheidsfase). Evenals het criterium van ‘significant disadvantage’ (‘wezenlijk nadeel’). Zie voor de verdeling van de bewijslast in de ontvankelijkheidsfase tussen Staat en klager: Haeck & Herrera 2011, p. 359-360, en voor de bewijslast bij de inhoudelijke behandeling van de klacht: Haeck & Herrera 2011, p. 360-364. Het gaat dan om de ‘gewone’ artikel 2 en 3 EVRM zaken, en dus niet om uitzettingszaken.

129 Leach e.a. 2010, p. 48.

130 Leach e.a. 2009, p. 53.

131 Zie ook Leach 2011, p. 57 e.v. Zie over *fact-finding missions* onder meer: Haeck & Herrera 2011, p. 348-351; Leach 2011, p. 55-63, Leach e.a. 2010 & Leach e.a. 2009.

132 Leach e.a. 2009, p. 24 e.v.

133 Leach e.a. 2010, p. 49.

134 Voor het opzetten van een *fact-finding mission* zie: Leach e.a. 2009, p. 46-56, en voor de wijze waarop de getuigen worden gehoord en de onderzoeken ter plaatse, respectievelijk: p. 56-70 en p. 71-77.

135 Leach e.a. 2010, p. 45.

136 Leach e.a. 2010, p. 46.

137 Leach e.a. 2010, p. 47.

138 Leach 2011, p. 58. Zie ook het eerder genoemde rapport van het Parlementair Assemblée (http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefDocDetails_E.asp?FileID=11636) onder punt 55.

deze *fact-finding missions* dus wel opnieuw¹³⁹ afhankelijk van de medewerking van het betreffende land. Dit leid ik af uit het feit dat het Hof tenslotte niet over een dwangmiddel beschikt om medewerking van de autoriteiten af te dwingen.¹⁴⁰ Toch kan het niet meewerken van de Staat wel een aantal consequenties hebben.¹⁴¹ Zoals we hiervoor hebben kunnen zien, kan dit resulteren in een schending van artikel 38 EVRM. Daarnaast kan dit voor het Hof reden zijn om ten aanzien van de gegrondheid van de klacht te oordelen op basis van vermoedens.

Resumerend: het vertrekpunt in de procedure voor het Hof is en blijft de nationale feitenvaststelling. Diverse EVRM (gerelateerde)-bepalingen verplichten de Staat om het Hof medewerking te verlenen bij het vaststellen van de feiten. Bij twijfel over de gebeurtenissen kan het Hof de feiten zelfstandig vaststellen. Een van de hulpmiddelen van het Hof hierbij is artikel 38 EVRM op grond waarvan het Hof bij een niet-meewerken van de Staat de klacht van klager gegrond verklaart. Daarnaast kan ook de interventie van een *amicus curiae* de feiten in de procedure voor het Hof verduidelijken. Tot slot kan het Hof overgaan tot het organiseren van een missie naar het betreffende land om daar getuigen te horen (of in Straatsburg zelf) en ter plaatse onderzoek te doen.

10.5 *FACT-FINDING MISSIONS: TOEN EN NU EN IN ASIELZAKEN*

In deze paragraaf gaat het erom de ontwikkeling van de *fact-finding missions* te schetsen, en of het Hof deze missies ook in asielzaken start. In dit laatste type zaken worden de (toekomstige) gebeurtenissen immers vaak betwist.

139 Ook bij het schriftelijk vragen van inlichtingen/informatie door het Hof aan de Staat zagen we dit onder artikel 38 EVRM.

140 Leach 2011, p. 59.

141 In het rapport van het Parlementaire Assemblée zijn dit achtereenvolgens: (i) het trekken van conclusies als gevolg van het niet meewerken, (ii) een verschuiving van de bewijslast en (iii) de procedurele positieve verplichting tot het houden van een effectief officieel onderzoek. Deze punten worden genoemd als consequenties van het niet meewerken van de Staat met het Hof. In dit rapport vindt deze medewerkingsplicht zijn grondslag in artikel 34 en 38 EVRM, Rule 39 en *European Agreement Relating to Persons Participating in Proceedings of the European Court of Human Rights*. In dit hoofdstuk over de feitenvaststelling en de feitenvaststellingsmissies beperk ik mij zoveel mogelijk tot artikel 38 EVRM, en dus is in dat kader het trekken van conclusies door het Hof het meest relevant.

10.5.1 *Fact-finding missions*:¹⁴² in de jaren '90 en anno 2016

In de jaren '90 van de vorige eeuw zijn door de ECieRM¹⁴³ en later door het Hof relatief veel *fact-finding missions* gehouden. Volgens Leach e.a. kunnen de jaren '90 wat dat betreft worden gezien als een gouden eeuw.¹⁴⁴ Omvangrijk was ook de *fact-finding hearing* in de interstatelijke zaak tussen *Ierland tegen het Verenigd Koninkrijk* eind jaren '70.¹⁴⁵ De ECieRM heeft in deze zaak 119 getuigen gehoord over de arrestatie en opsluiting van leden van de IRA door de Britse veiligheidsdiensten.¹⁴⁶

Een groot deel van deze *fact-finding missions* in de jaren '90 vond plaats in zaken tegen Turkije. Het Hof heeft in deze zaken getuigen gehoord in Straatsburg en Turkije.¹⁴⁷ Het ging hier veelal om grove schendingen, waarbij onder meer gedacht kan worden aan verwoesting van dorpen, executies en martelingen. De Turkse autoriteiten hadden doorgaans nagelaten om een effectief onderzoek in te stellen naar de feiten en dus waren de feiten in de nationale procedure niet vast komen te staan.¹⁴⁸ Niet alleen tegen Turkije maar ook in zaken tegen andere Verdragsstaten heeft het Hof getuigen gehoord of is het afgereisd naar het betreffende land.¹⁴⁹

Het Hof heeft overigens wel erkend dat het vaststellen van de feiten door middel van deze *fact-finding mission* ook beperkingen kent.¹⁵⁰ Zo beschikt het Hof als gezegd niet over een dwangmiddel om getuigen te verplichten om zich te laten ondervragen, noch kan het Hof de autoriteiten van de betreffende Staat verplichten om bepaalde documenten te overleggen.¹⁵¹

Wat zijn de redenen voor het Hof om over te gaan tot een *fact-finding mission*? Leach e.a. maken hierbij een onderscheid tussen 'case – related factors' en 'non – related – case factors'.¹⁵² Vooropgesteld moet worden dat voorwaarde voor een *fact-finding mission* is dat de nationale autoriteiten niet meewerken

142 Zoals in de inleiding van dit hoofdstuk opgemerkt is veel informatie in dit hoofdstuk ontleend aan het onderzoeksrapport van Leach e.a. uit 2009 naar de *fact-finding missions* van de ECieRM en het EHRM. Daarnaast het daaruit voortgekomen artikel uit 2010 (Leach e.a. 2010).

143 Zie over de *fact-finding missions* door de ECieRM (tot aan de inwerkingtreding van Protocol 11 in 1998) o.m.: Frowein 1992, p. 193-200; Drzemczewski 2000, p. 121 e.v.

144 Leach e.a. 2010, p. 42. Zie Leach e.a. 2009, p. 26 waarin te lezen is dat het voormalige Hof (dus tot 1998) slechts in een zaak zelf getuigen heeft gehoord.

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

146 Leach 2011, p. 58.

147 Leach 2011, p. 58-59.

148 Leach 2011, p. 59.

149 Zie voor een bespreking van een aantal EHRM zaken waarin het Hof getuigen heeft gehoord, of het betreffende land heeft bezocht: Leach 2011, p. 59-60.

150 Leach 2011, p. 59 en de verwijzing naar: EHRM 10 september 1999, zaaknr. 23594/94, par. 384 (*Mehmet Emin Akdeniz e.a. t. Turkije*).

151 Leach 2011, p. 59 en p. 61 onder verwijzing naar onder meer: EHRM 24 april 2003, zaaknr. 24351/94 (*Aktas t. Turkije*).

152 Leach e.a. 2009, p. 37-45; Leach e.a. 2010, p. 49 e.v.

aan het vaststellen van de feiten, door bijvoorbeeld (cruciale) documenten niet ter beschikking te stellen.¹⁵³

Zaaksgerelateerde factoren

In de eerste plaats kan bij de zaaksgerelateerde factoren gedacht worden aan de ernst en aard van de zaak.¹⁵⁴ *Fact-finding missions* vinden met name plaats in zaken waarin artikel 2 en/of 3 EVRM mogelijk zijn/is geschonden. Het gaat dan om verdwijnings- en moordzaken, en zaken waarin mogelijk sprake is van *ill-treatment*.¹⁵⁵ Toch staat dit er niet aan in de weg dat het organiseren van een *fact-finding mission* vereist is en bovendien legitiem in zaken waarin censuur de praktijk lijkt te zijn (strijd artikel 10 EVRM). Dat is ook het geval wanneer niet wordt voldaan aan de eisen van een eerlijk proces onder artikel 6 EVRM.¹⁵⁶ Ook structurele problemen, die de schending van Conventiebepalingen tot gevolg hebben, kunnen pleiten voor een *fact-finding mission*. Bovendien kan een *fact-finding* juist uitkomst bieden in de pilot procedures voor het Hof.¹⁵⁷ Een uitspraak in een pilot case geldt immers voor meerdere (vergelijkbare) klachten. De winst van de *fact-finding mission* wordt dan duidelijk zichtbaar: structurele problemen in de mensenrechtensfeer waar veel mensen mee geconfronteerd worden kunnen op deze manier worden verminderd/opgelost.

Als tweede factor zaaksgerelateerde factor kan gewezen worden op tekortkomingen in de nationale procedure bij het vaststellen van de feiten. Een voorbeeld hiervan zien we in een Turkse zaak¹⁵⁸ over de strafrechtelijke vervolging van politieagenten als gevolg van het doden van vijf verdachten in vier afzonderlijke arrestaties. In deze zaak oordeelde het Hof dat de feitenvaststelling op nationaal niveau ernstige gebreken vertoonde. Zo was geen effectief onderzoek naar de planning van de arrestatie gedaan, ontbraken foto's van de plaats waar de incidenten zich hebben afgespeeld. Verder ontbrak ander forensisch materiaal en ook waren er geen verklaringen van andere politieagenten die betrokken waren bij de arrestatie. Het EHRM concludeerde zowel tot een schending van de materiële als de procedurele verplichting onder artikel 2 EVRM.¹⁵⁹ Leach e.a. noemen onder verwijzing naar de door hen gehouden interviews onder meer dat de feiten niet op een adequate manier zijn vastgesteld, dat een poging om de feiten te achterhalen ontbreekt of dat de benade-

153 Leach e.a. (Leach e.a. 2010, p. 48) hebben dit als volgt verwoord: '(...) the inability or unwillingness of domestic authorities to fully establish the relevant facts of the case is the only given precondition for a fact-finding mission by the Court'.

154 Leach e.a. 2009, p. 38.

155 Leach e.a. 2009, p. 38.

156 Leach e.a. 2009, p. 38 en Leach e.a. 2010, p. 49.

157 Garlicki 2007, p. 177-192; Paraskeva 2008, p. 414-448. Zie ook: Buyse 2009.

158 EHRM 25 april 2006, zaaknr. 19807/92, par. 71-73 (*Erdoğan e.a. t. Turkije*). Vgl. ook: Harris e.a. 2014, p. 143.

159 Helder uiteengezet in: Harris e.a. 2014, p. 143.

ring van de nationale rechters ten aanzien van de klacht ontoereikend is.¹⁶⁰ Als de feitenvaststelling dus op nationaal niveau tekort schiet, en dus niet duidelijk is voor het Hof wat er is gebeurd, kan dit reden zijn om een *fact-finding mission* te starten.¹⁶¹

De kans op succes van de *fact-finding mission* is een derde factor die een rol kan spelen bij het wel of niet overgaan tot een *fact-finding mission*. Het niet meewerken van de Staat kan de kans op succes verkleinen, en derhalve reden zijn voor het Hof om af te zien van een *fact-finding mission*.¹⁶² Tegelijkertijd kan het niet meewerken de noodzaak van het organiseren van een *fact-finding mission* juist doen toenemen. Het niet meewerken kan immers een indicatie zijn dat de Staat bepaalde misstanden probeert te verhullen.

Interessant is ook de volgende passage waarin wordt gewezen op het verschil tussen een procedurele en materiële Verdragsschending.

'A procedural violation can frequently be determined from the case papers, however the prospects of being able to make a finding of a substantive violation of the Convention is an important factor in the Court's decision-making process'.¹⁶³

Onder artikel 2 EVRM kan het Hof dus louter op basis van de schriftelijke stukken een procedurele schending aannemen vanwege het niet voldoen aan de plicht tot het houden van een effectief officieel onderzoek. Om ook inhoudelijk te kunnen vaststellen of de Staat verantwoordelijk is voor het overlijden van de persoon in kwestie (een *substantive* schending van artikel 2 EVRM dus) is mogelijk een *fact-finding mission* nodig.¹⁶⁴

De vierde zaaksgerelateerde factor tot slot ziet op het verloop van tijd na de gebeurtenis.¹⁶⁵ Indien een *fact-finding mission* tien jaar na de gebeurtenis plaatsvindt, is het lastiger om deze te organiseren en bovendien minder geloofwaardig en levert het waarschijnlijk minder op.¹⁶⁶ Toch laat dit onverlet dat enkel het verloop van tijd geen reden mag zijn voor het Hof om af te zien van een dergelijke missie naar het betreffende land.¹⁶⁷

Niet zaaksgerelateerde factoren

Bij de niet zaaksgerelateerde factoren die van invloed zijn op de beslissing van het Hof om over te gaan tot een *fact-finding mission* kan in de eerste plaats gewezen worden op de tijd en het geld dat gemoeid is met de organisatie van

160 Leach e.a. 2009, p. 39.

161 Leach e.a. 2009, p. 38-39.

162 Leach e.a. 2010, p. 50.

163 Leach e.a. 2010, p. 49.

164 Aldus Leach e.a. 2010, p. 49.

165 Leach e.a. 2009, p. 41; Leach 2011, p. 60.

166 Leach e.a. 2010, p. 50.

167 Leach e.a. 2009, p. 42.

een dergelijke missie.¹⁶⁸ Het aannemen van een procedurele schending op basis van de schriftelijke stukken kan juist tijd en geld opleveren. Dit is reden voor het Hof om minder *fact-findings* te organiseren.¹⁶⁹ Daarnaast heeft de zaaklast waar het Hof mee kampt en dus de lange doorlooptijd van de klacht er aan bijgedragen dat het Hof minder vaak een feitenvaststellingsmissie onderneemt.¹⁷⁰

Een tweede factor die niet direct verband houdt met de specifieke zaak waar het om gaat, kan gelegen zijn in een wat negatieve houding ten opzichte van de *fact-finding missions*.¹⁷¹ Zo zou de cultuur binnen het Hof niet heel *fact-finding* vriendelijk zijn, en zou er een voorkeur voor schriftelijk bewijs tegenover de doorgaans moeilijk te verifiëren verklaringen van getuigen bestaan.¹⁷²

In de derde plaats kan in meer algemene zin worden gewezen op de 'pedagogische' factor als factor die van invloed is op de start van de *fact-finding mission*. Bijkomend doel is dan om de autoriteiten van met name nieuwe Staten te informeren over de Conventie.¹⁷³

Tot slot kan als laatste factor worden gewezen op het subsidiariteitsbeginsel. Conform dit beginsel zijn de nationale autoriteiten beter in staat om de feiten vast te stellen.¹⁷⁴

Fact-finding missions anno 2016

Is het aantal *fact-finding missions* sinds de jaren '90 toe- of afgenomen? Het nieuwe Hof heeft sinds 1998 (inwerkingtreding Protocol 11) in slechts achttien zaken een *fact-finding mission* georganiseerd.¹⁷⁵ Ter vergelijking: de ECieRM en het Hof gezamenlijk zijn in de periode tot en met 1998 in 92 zaken een *fact-finding mission* gestart.¹⁷⁶ Dat het Hof nog zelden een *fact-finding mission* start, volgt ook uit een van de gehouden interviews:

168 Leach e.a. 2009, p. 42-43.

169 Leach e.a. 2010, p. 51.

170 Leach e.a. 2010, p. 51.

171 Leach e.a. 2010, p. 52; Leach e.a. 2009, p. 43.

172 Leach e.a. 2010, p. 52.

173 Leach e.a. 2010, p. 52 er is wel discussie over of dit past bij de rol van het Hof om recht te doen in het individuele geval. Het informeren tijdens het bezoek aan de landen sluit meer aan bij een functie van een 'constitutional court', zo merken Leach e.a. op (Leach 2010, p. 52).

174 Leach e.a. 2009, p. 44 en de verwijzing naar onder meer: EHRM 4 augustus 2001, zaaknr. 28883/95, par. 117 (*McKerr t. Verenigd Koninkrijk*). Recenter: EHRM 14 april 2015, EHRC 2015, 150, m.nt. J.H. Gerards, par. 182 (Grote Kamer) (*Mustafa Tunç en Fecire Tunç t. Turkije*). Zie ook de meer algemene paragraaf over de feitenvaststelling, nu dit voor het Hof reden kan zijn om terughoudend te zijn om het eigen (schriftelijke) onderzoek in de plaats te stellen van dat van de nationale autoriteiten.

175 Leach e.a. 2009, p. 27. Kanttekening is hier op zijn plaats nu het Hof in de periode na 1998 ook in 46 zaken uitspraak heeft gedaan op basis van de vastgestelde feiten door het onderzoek van de voormalige ECieRM (Leach e.a. 2009, p. 27). Vgl. ook: Harris e.a. 2014, p. 144.

176 Leach e.a. 2009, p. 32. Harris e.a. 2014 spreken van 95 *fact-finding missions* (p.144).

‘Fact-finding is very rare. It’s not only a question of money. Sometimes you just don’t really need to. It’s superfluous. (...) To look and see the conditions, for instance prison conditions. But now we don’t even need that so much because we get the help of other bodies, of other organs, like the CPT [Committee for the Prevention of Torture; TdJ] for instance. We have a recent report concerning prison conditions in Romania, we don’t need to do fact-finding missions ourselves. We used to do fact-finding missions back in the nineties. Hearing witnesses etcetera.’

Bij de uiteenzetting van de factoren die een rol kunnen spelen bij de beslissing van het Hof om wel of niet een *fact-finding mission* te starten kwam ook al zijdelings aan de orde dat de zaaklast waarmee het Hof kampt een reden kan zijn om minder vaak over te gaan tot een *fact-finding mission*.¹⁷⁷ Met het aannemen van een procedurele schending onder artikel 2 en/of 3 EVRM kan tijd en geld worden bespaard.¹⁷⁸ Het is interessant om te zien dat er blijkbaar een relatie is tussen het aannemen van procedurele schendingen onder artikel 2 en/of 3 EVRM en de afname van het aantal *fact-finding missions* het Hof.¹⁷⁹ Ook een van de respondenten wijst hierop, en voegt eraan toe dat *fact-finding missions* in vreemdelingenzaken zeldzaam zijn:

‘Bijna nooit meer fact-finding. (...) N. t. Finland in vreemdelingenzaak, heel heel uitzonderlijk. (...) Het Hof heeft, schat ik, het antwoord daarop [op afnemende aantal fact-finding missions; TdJ] gevonden door de procedurele vereisten van artikel 2 en 3 in te voeren en te zeggen van luister eens: jij hebt die verplichting, en kunnen wij geen materiële schending vaststellen dan in elk geval een procedurele.’

Het meest recent, in 2014, heeft het Hof een *fact-finding hearing in camera* (i.e. zonder publiek) georganiseerd in twee zaken¹⁸⁰ waarin het ging om ‘extraordinary rendition’.¹⁸¹ Hierbij gaat het om: ‘het ‘illegaal’ transporteren van veronderstelde terroristen naar geheime detentiecentra in landen waar foltering aan de orde van de dag is’.¹⁸² In casu ging het om foltering op Pools grond-

177 De zaaklast neemt echter wel af, als gevolg van de door het Hof getroffen hervormingsmaatregelen. Toch ziet dit met name op de simpele klachten die zijn afgedaan door het Hof: de niet-simpele klachten wachten nog op behandeling, aldus Wattel 2016. Zie ook: Myjer 2016.

178 Leach e.a. 2010, p. 51.

179 Leach e.a. 2010, p. 49. Vgl. ook Smith 2009.

180 EHRM 24 juli 2014, EHRC 2014, 239, m.nt. H. van der Wilt, JV 2014, 341 (*Al Nashiri t. Polen*); EHRM 24 juli 2014, zaaknr. 75111/13 (*Husayn Abu Zabaydah t. Polen*).

181 De Grote Kamer van het Hof zag daarentegen af van een fact-finding in een eerdere ‘extraordinary rendition’ zaak omdat klager zijn claim voldoende had gesubstantieerd en het Hof het ‘beyond reasonable doubt’ oordeeld; Harris e.a. 2014, p. 145. EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 92, m.nt. H. van der Wilt, JV 2013, 111, m.nt. J.M. Reijntjes, NJ 2013, 167, m.nt. M. den Heijer, par. 154-167 (*El-Masri t. Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië*).

182 Aldus Veegens 2014, p. 380.

gebied door de CIA. Recentere voorbeelden van zaken waarin het Hof een *fact-finding mission* is gestart zijn mij niet bekend.¹⁸³

10.5.2 *Fact-finding missions* in asielzaken

In de asielzaak *N.* tegen Finland¹⁸⁴ is een delegatie van het Hof afgereisd naar Finland om daar klager en enkele getuigen te horen, om de geloofwaardigheid van het relaas van klager te kunnen beoordelen.¹⁸⁵ *N.*, klager in deze zaak, komt uit de Democratische Republiek Congo en vreest dat hem bij terugkeer een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling staat te wachten. In het verleden heeft hij voor de toenmalige president Mobutu gewerkt, en bovendien tegenstanders van het regime van de president bekend gemaakt. Na de val van het regime van Mobutu is hij gevlucht. Het Hof gaat eerst in op de feiten om deze vervolgens aan artikel 3 EVRM te toetsen.¹⁸⁶

Zowel Spijkerboer als Battjes en Vermeulen zijn kritisch over de *fact-finding mission* van het Hof in deze zaak. Battjes en Vermeulen pleiten ervoor dat het Hof niet zelf een onderzoek naar de feiten doet, maar de zorgvuldigheid van de nationale procedure opschroeft. Dit is meer conform het subsidiariteitsbeginsel en verlaagt de werkdruk.¹⁸⁷ Ook Spijkerboer plaatst vraagtekens bij het besluit van het Hof om een delegatie af te vaardigen naar Finland om daar klager en een aantal getuigen te horen. Het vaststellen van de feiten deed het Hof al eerder in de zaak *Said*.¹⁸⁸ Spijkerboer verbaast zich echter over het feit dat in een 'alledaagse asielzaak' het Hof een delegatie naar Finland stuurt. Zeker nu dit lastig te rijmen valt met de toenemende zaaklast.¹⁸⁹

Het eendagsvlieg-karakter van dergelijke missies in asielzaken wordt bevestigd met een Zweedse asielzaak. Alleen in die zaak, daterend uit 1997, is eerder een delegatie van de ECieRM naar Zweden afgereisd om klager daar te interviewen.¹⁹⁰ De Commissie oordeelde het relaas van klager betrouwbaar,

183 Wel heeft de Grote Kamer van het Hof halverwege 2015 expliciet afgezien van het organiseren van een *fact-finding mission* of het horen van getuigen in de zaak: EHRM 26 juni 2015, zaaknr. 13216/05, par. 11 (*Chiragov e.a. t. Armenië*) (gedwongen verlaten huis a.g.v. Armeens-Azerbeidzjaanse conflict; o.m. beroep op artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM).

184 EHRM 26 juli 2005, AB 2005, 370, m.nt. HBa & BPV, JV 2005, 306, m.nt. TS (*N. t. Finland*).

185 Zie ook Boeles e.a. 2014, p. 345-346 en Leach e.a. 2011, p. 60. Vgl. ook: Dembour 2015, p. 215-216. De geloofwaardigheidstoets is onderdeel van de feitenvaststelling door het EHRM.

186 EHRM 26 juli 2005, AB 2005, 370, m.nt. HBa & BPV, JV 2005, 306, m.nt. TS, par. 152-157 (feiten) en par. 158 – 168 (toepassing artikel 3 EVRM) (*N. t. Finland*). Zo merkt Spijkerboer op in zijn noot bij deze uitspraak. Volgens hem houdt het Hof deze volgorde vaker aan, en verwijst naar: EHRM 24 maart 2005, zaaknr. 21894/93, par. 191-232 (*Akkum t. Turkije*).

187 Battjes en Vermeulen in hun noot onder punt 3.

188 EHRM 5 juli 2005, AB 2005, 369, m.nt. HBa & BPV (*Said t. Nederland*).

189 Spijkerboer in zijn noot onder punt 1.1.

190 Dembour 2015, p. 211 e.v.

en uitzetting naar Iran zou strijd opleveren met artikel 3 EVRM.¹⁹¹ Het Hof schrapt de zaak vijf maanden later echter van de rol, omdat klager toen inmiddels over een verblijfsvergunning beschikte.¹⁹²

De *fact-finding mission* in de zaak *N.* tegen Finland is uitzonderlijk en een eendagsvlieg, want in latere jurisprudentie van het Hof zijn mij geen voorbeelden bekend¹⁹³ waarin het Hof in een asielzaak overging tot een *fact-finding mission*. Overigens heeft het Hof wel in 2011 getuigen gehoord in Straatsburg in een zaak tussen Georgië en Rusland,¹⁹⁴ waarin het ging over de arrestatie, opsluiting en collectieve uitzetting in 2006¹⁹⁵ van Georgiërs door Rusland.¹⁹⁶

Resumerend: in deze paragraaf is uitgebreider ingegaan op de (ontwikkeling van de) *fact-finding missions* van het Hof en de factoren die van invloed zijn op het wel of niet starten van een dergelijke missie. De inwerkingtreding van Protocol 11 in 1998 kan worden gezien als een keerpunt ten aanzien van de feitenvaststellingsmissies. Vanaf dat moment is het aantal door het EHRM gestarte *fact-finding missions* drastisch afgenomen. Een van de oorzaken is de enorme zaaklast waaronder het Hof gebukt gaat, en het organiseren van een *fact-finding mission* kost veel tijd en geld. Met het aannemen van een procedurele schending bespaart het Hof tijd en geld. Hiermee kwam de relatie tussen de toename van het aantal procedurele schendingen onder artikel 2 en/of 3 EVRM en het aantal afgenomen *fact-finding missions* aan het licht.

10.6 FEITENVASTSTELLING ONDER DE ARTIKELEN 2, 3 EN 8 EVRM EN ARTIKEL 1 EP EVRM

Nadat in het voorgaande is ingegaan op de wijze waarop het Hof de feiten vast kan stellen, gaat het er in deze paragraaf om in hoeverre de feitenvaststelling een rol speelt onder de EVRM-artikelen die centraal staan in deze studie. Het is al meerdere malen in dit hoofdstuk opgemerkt, maar de hoofdregel is en blijft dat in de meeste zaken de feiten in de nationale procedure door de nationale rechters al zijn vastgesteld.¹⁹⁷ In Straatsburg zal het Hof deze

191 Zie par. 25 van de uitspraak.

192 EHRM 9 oktober 1998, zaaknr. 32448/96, par. 17 (*Hatimi t. Zweden*).

193 Eerder, in een extradition case, wilde het Hof Rusland bezoeken, maar omdat Rusland niet meewerkte zag het hier vanaf (White & Ovey 2014, p. 30): EHRM 12 april 2005, *EHRC* 2005, 66 (*Shamayev e.a. t. Georgië en Rusland*).

194 Press Release van het Hof d.d. 4 november 2011, waarin ook te lezen is dat op 15 december 2009 deze zaak naar de Grote Kamer is doorverwezen. Op 13 juni 2012 is door de Grote Kamer een hoorzitting gehouden. EHRM 3 juli 2014, *EHRC* 2014, 224, par. 86 e.v. (*Georgië t. Rusland (I)*).

195 Artikel 4 VP.

196 Zie ook Leach 2011, p. 60.

197 Vgl. Harris e.a. 2014, p. 143; White & Ovey 2014, p. 29; Leach 2011, p. 55; Reid 2011, p. 14-15.

vervolgens – conform het subsidiariteitsbeginsel – toetsen op hun verenigbaarheid met het EVRM.¹⁹⁸ Toch zijn er ook gevallen waarin het Hof wél zelf de feiten onderzoekt. Bijvoorbeeld wanneer de vermeende schending (deels) voortkomt uit tekortkomingen in de rechtspraak of als klager ervan weerhouden is om alle nationale rechtsmiddelen uit te putten, en de feiten dus betwist worden.¹⁹⁹ Bestaat er in die gevallen verschil tussen de feitenvaststelling door het Hof onder artikel 2 en 3 EVRM en artikel 8 EVRM? Wanneer is het Hof proactief in het verzamelen van de relevante feiten en omstandigheden, en in welke gevallen is het terughoudend(er)? Brengt deze feitenvaststellingspraktijk indirecte procedurele implicaties met zich?

Artikel 2 en 3 EVRM

Uitgangspunt van het Hof bij het vaststellen van de feiten onder artikel 2 of 3 EVRM blijven de feiten zoals deze zijn vastgesteld door de nationale rechterlijke instanties. Toch stelt het Hof in sommige gevallen zelf de feiten vast,²⁰⁰ en kan het besluiten de klacht (ook) zelf aan een grondig onderzoek te onderwerpen.²⁰¹

Met name onder de standaard artikel 2 en 3 EVRM-zaken, en ook in de *non refoulement*-zaken onder 3 EVRM,²⁰² zijn de feiten niet altijd in de nationale procedure vast komen te staan en wordt het gebeurde vaak betwist/ontkend door de Staat. Bovendien is de vraag of sprake is van foltering of een onmenselijke behandeling sterk afhankelijk van de individuele omstandigheden van het geval. Of een bepaalde handeling de drempel van 'a minimum level of severity' haalt om binnen de *scope* van artikel 3 EVRM te vallen, is tenslotte afhankelijk van de feiten.²⁰³ Bovendien verlangt een voorgenomen uitzetting een *ex nunc*-toets om de bescherming van het 3 EVRM-recht te kunnen realiseren.²⁰⁴

Bij het vaststellen van de feiten maakt het Hof veel gebruik van feitenvaststellingsbevoegdheden (en daarmee de rapporten) van organisaties van de Raad van Europa, of andere NGO's of de VN.²⁰⁵ Zo doen de rapporten van

198 Zie hierover ook eerder in dit hoofdstuk.

199 White & Ovey 2014, p. 29

200 Harris e.a. 2014, p. 143 e.v.; White & Ovey 2014, p. 29-30; Haeck & Herrera 2011, p. 370.

201 Leach 2011, p. 56; Glas 2015, p. 322.

202 In hoofdstuk 11 wordt een aparte paragraaf aan gewijd aan deze categorie zaken onder 3 EVRM.

203 Zie Sadeghi 2009, p. 127-128.

204 Zie uitgebreid hoofdstuk 11.

205 Zie ook bijzonder kritisch over het gebruik van het Hof van secundaire bronnen (rapporten van NGO's): Sadeghi 2009. Het Hof zou naar het oordeel van de auteur te weinig kritisch zijn t.a.v. de rapporten (p. 134-146) en bovendien te veel *ad hoc* deze bronnen in zijn oordeel betrekken (p. 146-149). Zie ook haar suggesties, waaronder het stellen van eisen (certificaat) aan de rapporten voordat het Hof zich op het rapport baseert en inzichtelijk maken hoeveel gewicht het Hof precies aan het rapport toekent en instelling van een apart instituut (zoals de voormalige ECieRM) belast met alleen *fact-finding* (p. 149-151).

het CPT vaak dienst bij het bepalen van de detentieomstandigheden. Hierbij kan het Hof dan zelfstandig meer bronnen in zijn feitenvaststelling (en oordeel) betrekken dan in de nationale procedure is gebeurd. Dit kan overigens ook onderdeel uitmaken van de omgang met bewijs,²⁰⁶ en bevestigt de nauwe relatie tussen de feitenvaststelling en de omgang met bewijs(regels) door het Hof.

Onder artikel 38 EVRM kan het Hof oordelen op basis van vermoedens waarbij een niet meewerken van de Staat resulteert in een gegrondverklaring van de klacht van klager. Vooral in zaken waarin onduidelijkheid over de feiten bestaat, zal het Hof hiertoe overgaan, en dus zal dit met name onder 2 en 3 EVRM aan de orde zijn.

Verder kost het organiseren van een *fact-finding mission* naar het land waarnaar wordt uitgezet niet alleen veel tijd en geld, maar is een dergelijke missie ook lastig omdat dit land vrijwel nooit partij is bij het EVRM. Hierdoor is dit land niet verplicht om medewerking te verlenen (ex artikel 38 EVRM) aan een *fact-finding* delegatie van het Hof.²⁰⁷ Daarnaast gaat het vaak om falende Staten, waar het onderzoek slecht mogelijk is zonder daar gevestigd personeel. Om deze redenen maakt het Hof in dit type zaken veel gebruik van secundaire bronnen.²⁰⁸ Daarnaast ziet de beoordeling van het Hof onder artikel 2 en 3 EVRM steeds vaker op de aanwezigheid van een effectief officieel onderzoek in de nationale procedure, en bij een gebrek hieraan constateert het een schending van de procedurele component van een van deze artikelen.²⁰⁹

Zoals ook in de inleiding opgemerkt, houdt de feitenvaststelling nauw verband met het bewijs. Bij twijfel over wat er precies is gebeurd, wordt het al vaak een bewijskwestie. In het volgende bewijshoofdstuk zal daarom onder de standaard 2 en 3 EVRM-zaken en de uitzettingzaken onder artikel 3 EVRM uitgebreider in worden gegaan op de omgang met bewijs, en de daarmee verband houdende feitenvaststelling nu het Hof het vaststellen van de feiten en het bewijs tenslotte regelmatig gelijktijdig behandelt.²¹⁰

Artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM

Onder artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM spelen de feiten een veel kleinere rol dan onder de artikelen 2 en 3 van het Verdrag²¹¹ en ligt de nadruk op het doen en (na)laten van de nationale autoriteiten in de nationale procedure. Dit beeld is ten aanzien van artikel 8 EVRM bevestigd in de twee uitspraken

206 Dit komt in hoofdstuk 11 ook aan de orde.

207 Sadeghi 2009, p. 134.

208 Aldus Sadeghi 2009, p. 133-134.

209 Zie eerder in dit hoofdstuk, en zie ook hoofdstuk 4 en 5.

210 EHRM 24 juli 2014, *EHRC* 2014, 239, m.nt. H. van der Wilt, *JV* 2014, 341, par. 392-443 (*Al Nashiri t. Polen*). Zie hierover hoofdstuk 11.

211 Al eerder opgemerkt in dit hoofdstuk.

(Kamer in eerste instantie, en Grote Kamer) in de zaak *Hatton e.a.* tegen het Verenigd Koninkrijk.²¹² In beide uitspraken kijkt het Hof of de nationale autoriteiten voldoende rapporten hebben betrokken in hun besluit om het aantal (nacht)vluchten te laten toenemen met het vluchtschema van 1993. Het Hof neemt de rapporten mee die in de nationale procedure zijn overgelegd, maar heeft in de *Hatton e.a.* zaken niet uit eigen beweging *meer* rapporten geraadpleegd.

Helder is ook de nu volgende overweging van het Hof in de Grote Kamer uitspraak in de zaak *Hatton e.a.* waarin het aangeeft waaruit zijn onderzoek bestaat. Met het oog op de verenigbaarheid met artikel 8 EVRM onderzoekt het Hof de inhoudelijke gronden van het besluit van de nationale autoriteiten en om te kunnen beoordelen of voldoende recht is gedaan aan het belang van het individu in de nationale besluitvormingsprocedure.²¹³

'The Court considers that in a case such as the present one, involving State decisions affecting environmental issues, there are two aspects to the inquiry which may be carried out by the Court. First, the Court may assess the substantive merits of the government's decision, to ensure that it is compatible with Article 8. Secondly, it may scrutinise the decision-making process to ensure that due weight has been accorded to the interests of the individual.'²¹⁴

In milieu gerelateerde kwesties komt de Staat een *margin of appreciation* toe. De omvang van deze ruimte is afhankelijk van de context waarbij factoren als de aard van het recht, het belang voor het individu en de aard van de activiteiten een rol spelen.²¹⁵ Of de Staat binnen zijn *margin* is gebleven bij het vormgeven van het wettelijk kader, hangt af van de voor het individu beschikbare procedurele waarborgen.²¹⁶ Een *margin of appreciation* kan er dus aan in de weg staan dat het Hof een oordeel geeft over de inhoud van de zaak. Voor de vraag of het Hof vindt dat de Staat binnen deze ruimte is gebleven en op dit punt de Staat deze *margin* laat, hangt tegelijkertijd af van de voor het individu beschikbare procedurele waarborgen.

Het is aan het Hof om te bepalen hoeveel ruimte de Staat krijgt. Hierbij moet de balans worden gevonden tussen aan de ene kant de door de Staat gewenste ruimte (het gaat immers om het voeren van algemeen (complex) beleid) en aan de andere kant het standpunt van klagers die een beperktere

212 EHRM 2 oktober 2001, zaaknr. 36022/97, par. 94-107 (toets Hof onder artikel 8 EVRM) (*Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 19 augustus 2003, EHRC 2003, 71, m.nt. Janssen, par. 116-130 (toets Hof onder 8 EVRM) (Grote Kamer) (*Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*). Zie bovendien ook de in deel I besproken 8 EVRM-jurisprudentie.

213 Zie voor de toepassing in de onderhavige zaak: par. 124 e.v.

214 EHRM 19 augustus 2003, EHRC 2003, 71, m.nt. Janssen, par. 99 (Grote Kamer) (*Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

215 Zie par. 101 van de uitspraak.

216 Par. 101 van de uitspraak.

margin verlangen (de nachtrust is een ‘intimate’ aspect van hun 8 EVRM-recht). Voor de uitkomst is de context van de zaak bepalend.²¹⁷

Verder herhaalt de Grote Kamer van het Hof (onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie)²¹⁸ dat het aan de nationale autoriteiten is om de noodzakelijkheidstest van de inmenging uit te voeren. Daarnaast – en hier spreekt opnieuw het subsidiariteitsbeginsel – zijn de Staten volgens het Hof beter in staat om de lokale behoeften in te schatten.²¹⁹ Op dit punt stelt het Hof zich dus terughoudend op.²²⁰ Het Hof geeft echter wel een oordeel over alle procedurele aspecten van de zaak, waaronder de aanwezigheid van procedurele waarborgen en de vraag of voldoende rekening is gehouden met de standpunten van de betrokken individuen.²²¹

Wat is nu de voornaamste reden dat het Hof terughoudender is in het zelf vaststellen van de feiten onder artikel 8 EVRM? Komt dat omdat de feiten doorgaans minder vaak in geschil zijn? Of zijn het de *margin of appreciation* en de subsidiaire positie die dit verhinderen?

Onder artikel 8 EVRM zijn om te beginnen de feiten doorgaans minder vaak in geschil. Eerder in dit hoofdstuk wees ik op het citaat van een van de respondenten over de versteende nationale situatie op het moment dat het Hof een oordeel moet geven over de vermeende schending. Het geschil onder artikel 8 EVRM ziet op de vraag of de inmenging de lid 2-toets doorstaat. De feiten zijn echter niet versteend in asielzaken onder artikel 2 en/of 3 EVRM. In 3 EVRM-zaken (en soms 2 EVRM-zaken) waarin de asielzoeker dreigt te worden uitgezet, ziet de schending van artikel 3 EVRM op de toekomst. Het is aan het Hof om een oordeel te geven over de verenigbaarheid van de uitzetting met artikel 3 EVRM. De mogelijk met het EVRM strijdige gebeurtenis heeft zich in dit geval nog niet voorgedaan. Het gaat om een prognose die door partijen wordt betwist. Het Hof kan in dit type zaken een oordeel geven over de wijze waarop door de nationale autoriteiten de claim van klager is behandeld. Op dit punt vormt de nationale gang van zaken dus het vertrekpunt voor het oordeel van het Hof. Dit is conform de regel dat het Hof geen vierde instantie is, noch een feitenrechter. Maar het Hof kan ook besluiten om de 3 EVRM-claim zelf aan

217 Par. 103.

218 Het gaat hier om de zaak *Buckley*.

219 Zie par. 101.

220 Zie over onder meer de procedurele beoordeling van het EHRM een aantal van de bijdragen in de bundel *Procedural review in European fundamental rights cases* (Brems & Gerards 2017). Gerards is kritisch ten aanzien van de ontbrekende argumentatie van het Hof wanneer het een procedurele beoordeling van de klacht geeft en wanneer in de beoordeling juist materiële argumenten een rol spelen. Nussberger pareert dit punt van Gerards, nu de argumenten van de partijen onder meer bepalend zijn voor een procedurele of meer inhoudelijke beoordeling door het EHRM, en dit verklaart dat een logische rationale verklaring van het EHRM voor de keuze voor ofwel de procedurele of de materiële beoordeling niet kan worden gegeven.

221 Par. 104 van de uitspraak.

een grondig onderzoek te onderwerpen.²²² Het Hof houdt zich dan niet aan de regel dat het in principe alleen een oordeel geeft over conformiteit van de nationale procedure met het EVRM. Verder beoordeelt het Hof de klacht *ex nunc* in het geval dat de uitzetting nog niet heeft plaatsgevonden. Hierbij kan het dan bijvoorbeeld uit eigen beweging meer (actuele) rapporten raadplegen om vast te kunnen stellen of klager een reëel risico loopt op een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling bij uitzetting.²²³

In de gevallen waarin onder artikel 8 EVRM sprake is van een met artikel 3 EVRM vergelijkbare situatie is het Hof wel geneigd om onder artikel 8 EVRM aan te sluiten bij de wijze van toetsing onder 3 EVRM in asielzaken.²²⁴

Daarnaast komt de Staat een *margin of appreciation* toe onder artikel 8 EVRM. Bovendien geldt in alle zaken die het EHRM behandelt dat de nationale autoriteiten op grond van het subsidiariteitsbeginsel de primaire beschermers van de EVRM-rechten zijn. Het voorgaande heeft tot gevolg dat de toets van het Hof onder artikel 8 EVRM een meer procedureel karakter heeft,²²⁵ zoals ook te zien was in de hiervoor besproken *Hatton e.a.* zaak, en het Hof minder noodzaak ziet om de feiten zelf vast te stellen.

Ook onder het eigendomsrecht kan de vraag worden gesteld wat de voornaamste reden is dat het Hof terughoudender is in het zelf vaststellen van de feiten onder dit recht. Het antwoord luidt dat ook onder het eigendomsrecht de feiten in de procedure in Straatsburg doorgaans al vast staan. Het Hof beperkt zich dan tot de vraag of sprake is van een *fair balance* tussen het algemeen belang en het belang van het individu. Hierbij beoordeelt het Hof primair de nationale gang van zaken op conformiteit met het EVRM. De subsidiaire positie die het Hof inneemt ten opzichte van de Staten als primaire grondrechtenbeschermers blijft opnieuw ook een belangrijke reden voor het Hof om zich terughoudend op te stellen ten aanzien van het vaststellen van de feiten. Onder het eigendomsrecht komen de Staten ook een ruime *margin of appreciation* toe. Dit is een reden voor het Hof om zich terughoudend op te stellen ten aanzien van het in de plaats stellen van zijn eigen inhoudelijke oordeel voor dat van de nationale autoriteiten.

Een aanknopingspunt voor een actievare rol van het Hof onder artikel 1 EP EVRM zou kunnen worden gevonden in de hoogte van de schadevergoeding. Hoe stelt het Hof vast of er voldoende of onvoldoende schadevergoeding is betaald aan klager(s) in de nationale procedure? Hoe waardeert het Hof het

222 Zie hierover uitgebreider hoofdstuk 11, i.h.b. paragraaf 11.5.1 en 11.5.2.

223 Ook dit komt uitgebreider aan bod in hoofdstuk 11.

224 Zie paragraaf 11.4.2.1 van hoofdstuk 11.

225 Zie over de nadruk die het Hof legt op de proportionaliteit van de nationale procedure: Popelier & Van de Heyning 2017 en Harbo 2017.

deskundigenadvies?²²⁶ Twee Grote Kamer uitspraken van het Hof in onteigeningszaken²²⁷ laten zien dat het Hof bij het bepalen van de juiste hoogte van de betaalde schadevergoeding de in de nationale procedure naar voren gebrachte deskundigenrapporten als uitgangspunt neemt.²²⁸ Misschien dat het Hof alleen in het geval waarin dergelijke rapporten niet in de nationale procedure zijn betrokken *zelf* dergelijke rapporten in zijn oordeel betreft. Om zo vast te kunnen stellen of de hoogte van de schadevergoeding adequaat is. Als het Hof de betaalde schadevergoeding te laag vindt, ontbreekt vaak de *fair balance* en is klager met een onevenredig hoge last ('excessive burdens') geconfronteerd.²²⁹

Resumerend: wanneer we de feitenvaststellingspraktijk van het Straatsburgse Hof tussen enerzijds artikelen 2 en 3 EVRM en anderzijds artikel 8 EVRM en 1 EP EVRM met elkaar vergelijken, valt op dat onder de eerste twee artikelen het Hof vaker besluit tot een zelfstandige vaststelling van de feiten. Bijkomend gevolg hiervan is dat het Hof in de gevallen dat het recht op leven of het folterverbod in het geding is een actievere houding aanneemt.

Onder deze artikelen zijn de feiten vaker in geschil, of hebben de betwiste feiten zich nog niet voorgedaan (in het geval van uitzetting onder artikel 3 EVRM). De indirecte procedurele implicaties volgend uit de feitenvaststellingspraktijk van het Hof volgen dan ook vooral uit deze EVRM-bepalingen, en zien met name op het raadplegen van extra (secundaire) bronnen. Onder artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM zijn de feiten in de procedure voor het Hof in de meeste gevallen niet langer in geschil. De indirecte procedurele implicaties zijn onder deze artikelen daarom nauwelijks tot niet aanwezig. Nauwelijks, omdat het wel mogelijk is dat het Hof bij het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding (bij onduidelijkheid in de nationale procedure) onder het eigendomsrecht zelf extra bronnen raadpleegt.

226 Zie voor de waardering van bewijsmiddelen (waaronder deskundigenrapporten) in het Nederlandse bestuursrecht in nadeelcompensatie zaken: Van Ravels 2010.

227 EHRM 25 maart 1999, zaaknr. 31423/96 (*Papachelas t. Griekenland*); EHRM 25 oktober 2012, EHRC 2013, 28, m.nt. A. Jasiak (*Vistiņš en Perepjolkins t. Letland*).

228 EHRM 25 maart 1999, zaaknr. 31423/96, par. 48 en 12 (*Papachelas t. Griekenland*); EHRM 25 oktober 2012, EHRC 2013, 28, m.nt. A. Jasiak, par. 118-119 (*Vistiņš en Perepjolkins t. Letland*).

229 Voor het in kaart brengen van de toetsingspraktijk ten aanzien van de toekenning van schadevergoeding is artikel 41 EVRM relevant. Dit gaat echter het bestek van dit onderzoek te buiten. Zie in dit verband wel opnieuw: Van Emmerik 1997 en Somers 2016.

10.7 DE INDIRECTE PROCEDURELE IMPLICATIES VAN DE FEITENVASTSTELLINGS-
PRAKTIJK VAN HET HOF IN RELATIE TOT DE ARTIKELEN 6 EN 13 EVRM EN
DE MOGELIJKE TOEGEVOEGDE WAARDE

Wat is de mogelijke toegevoegde waarde van de indirecte procedurele implicaties voortvloeiend uit de feitenvaststellingspraktijk onder de artikelen 2, 3 en 8 van het Verdrag en artikel 1 EP EVRM in relatie tot de procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM? Komen de eisen die het Hof onder deze materiële artikelen indirect aan de nationale autoriteiten (rechter en bestuur) stelt (op punten) overeen met de eisen die voor hen voortvloeien uit artikel 6 en 13 EVRM?

Alleen het recht op leven en het folterverbod brengen een indirecte procedurele implicatie met zich, zoals ook hiervoor is te lezen. Bij het zelfstandig beoordelen van de feiten kan het Hof onder deze artikelen extra bronnen raadplegen. Dit levert een indirecte procedurele implicatie op nu dit ertoe kan leiden dat de beoordeling in Straatsburg als gevolg van deze extra informatie anders uitpakt dan de nationale beoordeling. Het Hof verlangt niet expliciet van de Staat dat hij het EHRM hierin volgt. Maar dit neemt niet weg dat het met het oog op onder meer efficiency raadzaam kan zijn dat de nationale autoriteiten zich bewust zijn van deze actievare rol van het Hof op een aantal punten, en in sommige zaken. In sommige gevallen kan dit betekenen dat de nationale rechters in navolging van de Straatsburgse rechters ook de feiten *ex nunc* moeten toetsen. Zo zorgen zij ervoor dat hun beoordeling beter aansluit bij de beoordeling van het EHRM.

De vervolgvraag is wat de relatie is tussen het uit eigen beweging raadplegen van meer bronnen en de procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM, en of deze indirecte procedurele implicatie eventueel van toegevoegde waarde is.

Artikel 6 EVRM brengt niet de verplichting met zich om zelfstandig (meer) bronnen te raadplegen. Dit volgt wel indirect uit artikel 2 en 3 EVRM voor de nationale rechter. Op punten bestaat hier wel wat overlap met het vereiste van *full jurisdiction* waarbij de nationale autoriteiten ex artikel 6 EVRM de klacht zowel op de feiten als het recht dienen te beoordelen.²³⁰ Toch verlangt dit artikel niet van de nationale autoriteiten dat zij zelfstandig de feiten vaststellen en daartoe extra bronnen raadplegen. In dit opzicht is deze indirecte procedurele implicatie van artikel 2 en 3 EVRM van toegevoegde waarde ten opzichte van artikel 6 EVRM. In die zin dat het een nieuwe verplichting voor de Staat oplevert. Ook klager zal in deze verplichting een toegevoegde waarde zien. Op grond van de eerstgenoemde artikelen moeten de nationale autoriteiten onder omstandigheden meer doen om de feiten vast te stellen, dan dat het geval is onder artikel 6 EVRM. Hiermee neemt de individuele rechtsbescherming toe. De nationale autoriteiten zullen een andere mening zijn toegedaan. Het

230 Zie hierover hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.2.3.

Hof formuleert indirect meer verplichtingen voor hen. Bovendien gaat het EHRM bij het zelfstandig vaststellen van de feiten niet langer alleen af op de feitenvaststelling in de nationale procedure. Tegelijkertijd is de procedurele onderzoeksplicht in de plaats gekomen voor het zelfstandig vaststellen van de feiten door het Hof. Daarmee is de toets van het Hof minder inhoudelijk en meer procedureel van aard geworden.²³¹ Dit onderstreept het belang van een inhoudelijke bescherming onder het EVRM op nationaal niveau.

Artikel 13 EVRM wordt in de meeste gevallen ingeroepen in combinatie met een materieel EVRM-recht, en artikel 2 of 3 EVRM brengt zelfstandig, en in combinatie met dit artikel de procedurele plicht tot het doen van een effectief officieel onderzoek met zich voor de nationale autoriteiten.²³² De in dit kader geformuleerde eisen waaraan dit onderzoek moet voldoen zien op de onafhankelijkheid van het onderzoek, de identificatie en eventuele bestraffing van de verantwoordelijken, de snelheid waarmee het onderzoek van start dient te gaan en de duur van het onderzoek en tot slot dienen de nabestaanden/slachtoffers in voldoende mate bij het onderzoek te worden betrokken. Van het tweede vereiste – de identificatie en verantwoordelijk houding/bestrafing van de verantwoordelijken – kan gezegd worden dat het overlapt vertoont met de indirecte verplichting onder de artikelen 2 en 3 EVRM om extra bronnen te raadplegen om de feiten vast te stellen. De ratio van het tweede vereiste van de procedurele onderzoeksplicht is tenslotte om de feiten boven tafel te krijgen ten aanzien van de (fatale) gebeurtenis en zo de verantwoordelijken te identificeren en verantwoordelijk te houden. Hiertoe zullen de nationale autoriteiten in sommige gevallen meer of extra informatie in hun onderzoek moeten betrekken, en daarmee lijkt dit vereiste sterk op de indirecte procedurele implicatie van de artikelen 2 en 3 EVRM. Dit heeft tot gevolg dat de mogelijke toegevoegde waarde van deze indirecte procedurele implicatie ontbreekt ten opzichte van artikel 13 EVRM. De verplichting tot het achterhalen van de feiten geldt immers reeds voor de nationale autoriteiten op grond van de (directere) procedurele onderzoeksplicht onder artikel 2 en/of 3 EVRM in combinatie met artikel 13 EVRM. De verplichtingen voor de rechter en het bestuur nemen onder artikel 13 EVRM dus niet direct toe als gevolg van de indirecte procedurele implicatie onder het recht op leven en het folterverbod.

10.8 CONCLUSIE

Het EHRM is en blijft een ‘grensrechter’. Dit betekent dat het in de regel voor de beoordeling van de EVRM-klacht uitgaat van de feiten zoals deze in de nationale procedure zijn vast komen te staan. In sommige gevallen maakt het

231 Met uitzondering overigens van de toets die het EHRM onder artikel 3 EVRM in uitzettingszaken toepast, zie hoofdstuk 11.

232 Zie uitgebreid hoofdstuk 4 en 5.

Hof echter een uitzondering op deze hoofdregel en stelt het wel zelf de feiten vast.

Onder de artikelen 8 EVRM (recht op privé- en familielevens) en 1 EP EVRM (recht op eigendom) laat het EHRM de Staten inhoudelijke beoordelingsruimte en beoordeelt het primair of bij de aantasting van deze rechten in de nationale procedure wel naar een *fair balance* is gezocht. Bovendien zijn de feiten onder deze artikelen in de procedure voor het Hof doorgaans niet langer in geschil. De indirecte procedurele implicaties die voortkomen uit de feitenvaststellingspraktijk van het Straatsburgse Hof ten aanzien van de artikelen 8 EVRM en 1 EP EVRM zijn daarom beperkt en in de meeste gevallen afwezig. Onder omstandigheden is het denkbaar dat het EHRM onder het eigendomsrecht de te betalen schadevergoeding beoordeelt en daarbij uit eigen beweging meer bronnen raadpleegt. In de regel beperkt de toets van het Hof zich echter tot de vraag of de nationale autoriteiten zorgvuldig hebben gehandeld in de procedure.

Onder de artikelen 2 en 3 EVRM zien we dat het Hof er een andere praktijk op nahoudt. In dit type zaken worden de feiten namelijk vaak betwist. Bovendien komt de Staat onder deze artikelen geen *margin of appreciation* toe, en voor een nationale belangenafweging is dan ook geen ruimte. Dit biedt het Hof ruimte te besluiten om zelf de feiten vast te stellen door het raadplegen van extra (secundaire) bronnen. Hierbij kan worden gedacht aan rapporten van NGO's of van instellingen van de Raad van Europa. Bij een klacht op grond van artikel 3 EVRM over een voorgenomen uitzetting, is de gevreesde foltering vaak een twistpunt tussen de klager en de Staat. Wanneer de uitzetting nog niet heeft plaatsgevonden moet het Hof wel de feiten en omstandigheden *ex nunc* beoordelen en de feiten dus zelf onderzoeken om de bescherming onder artikel 3 EVRM te kunnen realiseren. Ook in het geval van een voortdurende verdwijningszaak onder artikel 2 EVRM worden de gebeurtenissen door beide partijen doorgaans betwist. In deze gevallen is de situatie dus niet, om met een van de door mij geïnterviewde respondenten te spreken, 'versteend' op het moment dat de klacht in Straatsburg komt. De verstening van de situatie is wel het geval bij klachten op grond van artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM. Uit de wijze waarop het Hof onder de standaard artikel 2 en 3 EVRM-zaken (bijvoorbeeld dodelijk (gewelds)incident, foltering in detentie) en in *non refoulement*-zaken onder artikel 3 EVRM zelfstandig de feiten vaststelt, volgt de indirecte procedurele implicatie om in de nationale procedure ook onder omstandigheden al extra bronnen te raadplegen. Bovendien kunnen de nationale autoriteiten zo anticiperen op Straatsburg door ervoor te zorgen dat er zo min mogelijk onduidelijkheid over de feiten bestaat.

Het zelfstandig vaststellen van de feiten doet het Hof niet onder artikel 6 en 13 EVRM. In dit opzicht is de indirecte procedurele implicatie onder de artikelen 2 en 3 EVRM van toegevoegde waarde ten opzichte van artikel 6 EVRM. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat de procedurele onderzoeksplicht als onderdeel van het recht op leven en het folterverbod ertoe heeft geleid dat het Hof

onder deze rechten steeds minder vaak de feiten zelfstandig vaststelt. Onder deze artikelen in combinatie met artikel 13 EVRM rust verder reeds de plicht tot het doen van een effectief onderzoek. Nu het boven tafel krijgen van de feiten een van de doelen van dit onderzoek is, is de toegevoegde waarde van de indirecte procedurele implicatie die ziet op het zelfstandig vaststellen van de feiten door het Hof (in sommige gevallen) van beperkte toegevoegde waarde ten opzichte van artikel 13 EVRM.

Voorheen, en dan met name in de jaren '90 van de vorige eeuw, startte het Hof niet zelden een *fact-finding mission* om ter plaatse (of in Straatsburg) getuigen te horen of bijvoorbeeld een detentiecentrum te onderzoeken op met het EVRM strijdige praktijken. Tegenwoordig komt dit soort missies niet of nauwelijks meer voor, en lijkt het erop dat de procedurele onderzoeksplicht onder het recht op leven en het folterverbod hiervoor in de plaats is gekomen. Het EHRM verlangt nu van de Staat een effectief officieel onderzoek naar de toedracht van de gebeurtenis en een nalaten resulteert in een procedurele schending. Hiermee bespaart het Hof zich de tijd en het geld dat gepaard gaat met een *fact-finding mission* om een inhoudelijke beoordeling van de klacht te kunnen geven. Toch roept dit de vraag op of een procedurele schending in alle gevallen wel even bevredigend is voor de klager. Met een materiële schending wordt een duidelijk(er) signaal afgegeven richting de Staat om niet in strijd met het EVRM te handelen. Hoewel een procedurele schending ook een schending van het EVRM is en blijft, en bovendien structurele problemen kan verhelpen, kan het tegelijkertijd vanuit het perspectief van klager juist wenselijk zijn dat het Hof wél het land bezoekt om ook een inhoudelijk oordeel te geven over de verenigbaarheid met het EVRM. Tegelijkertijd sluit de tendens waarbij het Hof zowel voor de Staat meer procedurele positieve verplichtingen heeft geformuleerd onder materiële EVRM-rechten als zelf een meer terughoudende procedurele benadering kiest bij de beoordeling van de klacht wel aan bij het subsidiariteitsbeginsel.

Opvallend was verder dat het Hof een andere maatstaf hanteert wanneer het zijn eigen beoordelingspraktijk betreft. Dan gelden namelijk niet de 6 EVRM-verplichtingen, en stelt het Hof zich ten aanzien van de termijnen zeer formalistisch op. In de nationale procedure wijst het Hof excessief formalisme juist van de hand. Daarom is het opmerkelijk dat een mensenrechtenhof zelf wel strikt vasthoudt aan de indieningstermijnen van het verzoekschrift en in de ontvankelijkheidsfase dus geen maatwerk lijkt te willen leveren.

De indirecte procedurele implicaties voortkomend uit de Straatsburgse toetsingswijze van de feiten zijn beperkt gebleken, en alleen aanwezig onder de artikelen 2 en 3 EVRM. Onder deze artikelen kan het Hof besluiten om zelfstandig de feiten vast te stellen. Dit is indirect van belang voor de nationale autoriteiten, omdat dit tot een andere uitkomst kan leiden en dus afwijkend van het nationale oordeel. Steeds vaker onthoudt het Hof zich echter ook in de standaard 2 en 3 EVRM-zaken van een inhoudelijk oordeel. Het Hof beperkt

zich dan tot de vraag of de nationale autoriteiten een effectief onderzoek hebben gestart. Anders is dit in de 3 EVRM-uitzettingszaken, waarin het Hof wel vaker de geloofwaardigheid van het asielrelaas zelfstandig beoordeelt. Dit laatste komt in het volgende hoofdstuk over bewijs uitgebreid aan bod.

