



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

12 | Conclusie deel II

12.1 INLEIDING

In de voorgaande hoofdstukken is de toetsingspraktijk ten aanzien van de feitenvaststelling en de omgang met bewijs onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en 1 EP EVRM uiteengezet. In dit concluderende hoofdstuk volgen de indirecte procedurele implicaties die hieruit zijn af te leiden. Daarnaast wordt gekeken of deze van toegevoegde waarde zijn in relatie tot de procedurele eisen van de artikelen 6 en 13 EVRM.

Om te beginnen volgt een weergave van de bevindingen betreffende de feitenvaststelling (paragraaf 12.2), gevolgd door de conclusies rond de bewijspraktijk van het Hof (paragraaf 12.3). Voorafgaand aan de concluderende slotparagraaf (12.5), wordt stil gestaan bij de potentiële extra waarde van de indirecte procedurele implicaties ten opzichte van de artikelen 6 en 13 EVRM (paragraaf 12.4).

12.2 INDIRECTE PROCEDURELE IMPLICATIES UIT DE FEITENVASTSTELLINGSPRAKTIJK VAN HET HOF

Het meest duidelijk zijn de indirecte procedurele implicaties die voortkomen uit de toetsingspraktijk van het EHRM rond de feitenvaststelling onder de artikelen 2 en 3 EVRM, en de uitzettingszaken onder artikel 3 EVRM. Wanneer deze artikelen aan de orde zijn, zijn de feiten vaak nog in geschil. Dit maakt dat het EHRM zich dan genoodzaakt ziet om deze feiten zelfstandig vast te stellen door middel van het raadplegen van meer bronnen, waaronder rapporten van het CPT en rapporten van instellingen van de Raad van Europa. Ook in uitzettingszaken onder artikel 3 EVRM kan het Hof zelfstandig de feiten vaststellen in uitzettingszaken. In deze zaken vormt de geloofwaardigheid van het asielrelaas doorgaans het twistpunt. Dit is meer uitgebreid aan bod gekomen in hoofdstuk 11.

Waar vroeger, en dan met name in de jaren '90, het Hof met regelmaat een *fact-finding mission* startte om de feiten vast te stellen en een inhoudelijk oordeel over de klacht te kunnen vellen, is de procedurele onderzoeksplicht onder de standaard 2 en 3 EVRM-zaken daar in veel gevallen voor in de plaats gekomen. Met een procedurele schending bespaart het Hof tijd en geld. Hoewel het Hof de feiten dus het vaakst onder de artikelen 2 en 3 EVRM zelf zal vast-

stellen, heeft de introductie van de procedurele onderzoeksplicht onder voormelde artikelen het zelfstandig vaststellen van de feiten door het Hof (middels een *fact-finding mission* of met behulp van extra bronnen) doen afnemen.

Op grond van artikel 38 EVRM is de Staat verplicht om medewerking te verlenen aan het Hof. Hierbij gaat het onder meer om het overleggen van bewijsstukken en het beantwoorden van vragen van het Hof. Indien de Staat dit nalaat, kan dit ertoe leiden dat het Hof ten aanzien van de gegrondheid van de klacht van klager oordeelt op basis van vermoedens waarbij dit in het voordeel van klager uitpakt.¹ Feitenvaststelling en bewijskwesities spelen vooral onder het recht op leven en het folterverbod een rol. Daarom zal artikel 38 EVRM in dit type zaken het vaakst aan de orde zijn in de procedure voor het Hof. Het niet meewerken van de Staat kan dan in zijn nadeel zijn. Toch levert dit geen indirecte procedurele implicatie op. Dit ziet namelijk niet op de toetsingswijze van het Hof, maar vooral op de procedure voor het Hof en het niet meewerken van de Staat. Hieraan kan het Hof eventueel een schending van artikel 38 EVRM verbinden. De nationale autoriteiten dienen zich ervan bewust te zijn dat het Hof onder artikel 38 EVRM kan oordelen op basis van vermoedens en de klacht van klager dan doorgaans gegrond verklaart. Toch is het lastig om hier in de nationale procedure op te anticiperen, omdat dit pas in Straatsburg speelt. Dit vooruitlopen op Straatsburg is wel mogelijk met betrekking tot het op voorhand doen van een grondig nationaal onderzoek naar het asielrelaas van klager.

In de procedure voor het Hof waarin het recht op privé- en familieleven (artikel 8 EVRM) en het eigendomsrecht (artikel 1 EP EVRM) op het spel staan, worden de feiten zelden betwist. Het geschil concentreert zich op de vraag naar de EVRM-conformiteit van de nationale belangenafweging. De indirecte implicaties zijn hier dus afwezig, met uitzondering van de gevallen waarin het Hof onder het eigendomsrecht zelfstandig de schadevergoeding beoordeelt.

12.3 INDIRECTE PROCEDURELE IMPLICATIES UIT DE BEWIJSREGELSPRAKTIJK VAN HET HOF

12.3.1 EHRM-toetsingspraktijk in asielzaken onder artikel 3 EVRM

In asielzaken onder artikel 3 EVRM zijn de indirecte procedurele implicaties ten aanzien van het bewijs en de bewijsregels het meest aanwezig. Een incorrecte behandeling van de 3 EVRM-klacht in de nationale procedure kan ertoe leiden dat het Hof het relaas van klager zelfstandig aan een geloofwaardigheidstoets onderwerpt. Het Hof gaat hiertoe over wanneer de nationale bewijsstandaard afwijkt van die van Straatsburg of wanneer onvoldoende objectieve

1 Hoofdstuk 10, paragraaf 10.4.1 en 10.4.2.1.

bronnen zijn betrokken in het nationale oordeel. Ook kan het Hof de bewijslast verlagen of wat bewezen moet worden naar beneden bijstellen om zo tegemoet te komen aan de lastige (bewijs)positie waarin klager zich bevindt. Daarnaast toetst het EHRM de uitzetting *ex nunc* en dit leidt automatisch tot een oordeel dat afwijkt van het nationale oordeel. Het EHRM moet dan wel *ex nunc* toetsen om zo bescherming te bieden aan het EVRM-recht van klager. Bovendien draagt de toekomstige situatie, inclusief de eventuele onomkeerbare schade, bij aan het belang van een *ex nunc*-toets. Deze eventuele onomkeerbare schade is zowel een van de redenen als een *trigger* voor het Hof (en overigens ook voor de Staat)² om het relaas aan een grondig onderzoek te onderwerpen.

De afwijkende Straatsburgse bewijspraktijk in uitzettingszaken brengt dus een aantal indirecte procedurele implicaties met zich, waarop de Staat al kan anticiperen in de nationale procedure.

12.3.2 *Ex nunc*-toets onder artikel 8 EVRM

Ook onder artikel 8 EVRM kan het Hof, net als onder artikel 3 EVRM in asielzaken, een *ex nunc*-toets uitvoeren. Het gaat hier dan om een met artikel 3 EVRM vergelijkbare situatie. Hierbij kan gedacht worden aan zaken waarin een minderjarige delinquent het land moet verlaten, een ontvoeringszaak waarin moet worden besloten of het kind terug moet worden gestuurd naar een van de ouders of om gezinsherenigingszaken.

Om met het laatste te beginnen. Het Hof neemt in zijn beoordeling of klager wel of niet met een beroep op artikel 8 EVRM verblijf zou moeten krijgen in het nieuwe thuisland ook de gebeurtenissen mee die zich hebben voorgedaan tussen het besluit van het uitvoerende orgaan en het oordeel van de rechter. Deze toetsingswijze kan mijns inziens als een *ex tunc plus*-toets worden gekwalificeerd.³ De beoordeling van de gebeurtenissen onder artikel 8 EVRM in voormelde type zaken is inherent aan de positie die het Hof inneemt, en conform eerdere Staatsburgse jurisprudentie. De *ex tunc plus*-toets kan dus wringen met de *ex tunc* toets die de nationale vreemdelingenrechter aan de dag legt. Het is daarom aan te bevelen dat de nationale rechters het besluit van het uitvoerende orgaan *ex nunc* toetsen.⁴

Daarnaast kan het Hof in uithuisplaatsingszaken besluiten om, indien het dit nodig acht, extra informatie en veranderde omstandigheden mee te nemen. Dit is onder andere ingegeven door het belang van het kind dat op het spel staat.⁵

2 Zie deel I.

3 Hoofdstuk 11, paragraaf 11.4.2.1.

4 Zie eerder Klaassen, paragraaf 11.4.2.1.

5 Opnieuw: paragraaf 11.4.2.1.

In beginsel neemt het Hof bij de behandeling van de klachten onder artikel 8 EVRM de feiten zoals deze zich op nationaal niveau hebben voorgedaan als vertrekpunt. Het EHRM vaart dus op de nationale beslissingen. Toch kan het onder omstandigheden expliciet actuele informatie en omstandigheden in zijn beoordeling betrekken. In het geval van een ruime *margin* kiest het Hof zelf voor een procedurele benadering en toetst het de procedure vooral op zorgvuldigheid, en toetst het minder of niet de inhoud van de klacht op verenigbaarheid met het EVRM.

12.3.3 Karakteristieken van mensenrechtenbeoordeling

Typend voor de beoordelingspraktijk van het EHRM van vermeende schendingen van mensenrechten is de sterk op het individu georiënteerde benadering en daarnaast de bijzondere bescherming van kwetsbare groepen. Deze twee elementen kunnen gezamenlijk worden aangeduid als karakteristieken van mensenrechtenbeoordeling, en vinden hun basis in de voorgaande hoofdstukken van deel II.

12.3.3.1 Een op het individu georiënteerde benadering

Illustratief voor en tegelijkertijd een bevestiging van de op het individu georiënteerde benadering of de beoordeling op maat van het EHRM, is in de eerste plaats de beoordelingspraktijk van het Hof in asielzaken. Klager beroept zich in deze categorie zaken op artikel 3 EVRM om de voorgenomen uitzetting te voorkomen. Bij het beoordelen van de 3 EVRM-claim van klager kijkt het Hof in de regel naar de nationale procedure. Wanneer het Hof de klacht echter toch zelfstandig inhoudelijk beoordeelt, is dit ingegeven door meerdere redenen.⁶ In dat geval kijkt het Hof in eerste instantie naar de algemene situatie in het land en de persoonlijke omstandigheden van klager. Het Hof kijkt naar de algemene veiligheidssituatie in het land, en op het moment dat deze zeer onveilig is, stelt het de bewijslast in het voordeel van de klager naar beneden bij. Dit betekent dat klager dan niet verplicht is om bewijs aan te dragen voor 'further special distinguishing features'. Hieruit spreekt de beoordeling op maat van het Hof.⁷ In de gevallen waarin klager behoort tot een groep die structureel slecht wordt behandeld in het land waarnaar hij dreigt te worden uitgezet, kan het Hof dit verdisconteren in wat het nog *meer* aan speciale onderscheidende kenmerken van klager verlangt bij de onderbouwing van zijn claim. Het Hof zal in dat geval de hoeveelheid gevraagd bewijs naar beneden bijstellen.

⁶ Zie voor deze redenen onder meer: paragraaf 11.5.1 en 11.6.

⁷ Zie ook hoofdstuk 11, i.h.b. paragraaf 11.5.2, 11.5.5 en 11.7.

In de tweede plaats wordt de nadruk op het individu in de jurisprudentie van het Straatsburgse Hof ook goed zichtbaar bij de toepasselijkheid van artikel 8 EVRM in milieu- en leefomgevingszaken. Of artikel 8 EVRM van toepassing is, hangt af van de vraag of aan het 'minimum level of severity'-vereiste is voldaan. Dit is onder meer afhankelijk van wat de Staat zoal aan maatregelen heeft getroffen om de ernst van de hinder voor betrokkene te beperken. Dit kan dan bijvoorbeeld gaan om het aanbieden van alternatieve woonruimte of het intrekken van vergunningen ten behoeve van de gezondheid.⁸ Indirect brengt dit de verplichting met zich om onder artikel 8 EVRM in de nationale procedure rekening te houden met de belangen van het individu.⁹ De nationale maatregelen die wel of niet zijn genomen om de hinder te beperken kunnen in Straatsburg bepalend zijn voor de toepasselijkheid van artikel 8 EVRM.

In de derde plaats wordt de nadruk die het Hof legt op de bescherming van de rechten van het individu goed zichtbaar in de jurisprudentie waarin het 'beste belang van het kind' een rol speelt. Niet alleen verlangt het Hof van de Staat dat binnen de nationale besluitvormings- en rechterlijke procedure voldoende gewicht toekomt aan het belang van het kind. Ook in de eigen toets krijgt het belang van het kind gewicht. Zoals een aantal keer is opgemerkt in voorgaande hoofdstukken beoordeelt het Hof primair de klacht aan de hand van het verloop van de nationale procedure.¹⁰ Toch weerhield dit het Hof er niet van om in de Grote Kamer uitspraak in de zaak *Jeunesse*¹¹ zijn eigen belangenafweging in de plaats te stellen voor die van de Staat.¹² Naar verwachting zal het Hof terughoudend zijn op dit punt. Tot slot heeft de Grote Kamer in deze zaak overwogen dat een beroep op algemene beleidsoverwegingen teneinde een individuele uitzetting te realiseren discutabel is gelet op de bijzondere omstandigheden waaraan dan voorbij wordt gegaan.¹³ Een gestandaardiseerde aanpak in de gevallen waarin de rechten van kwetsbare personen in het geding zijn, heeft dus niet de voorkeur van het Hof.

Hoewel de toets van het Hof ziet op het beoordelen van de vermeende mensenrechtenschending in het individuele geval, en de beoordeling op maat van het Hof dit bevestigt, lijkt het Hof niet in alle gevallen voor deze aanpak te kiezen. Het EHRM kan ook de voorkeur geven aan algemene regeltoepassing op basis van duidelijke criteria. Dit brengt immers rechtszekerheid met zich en dit is ook een belangrijk beginsel.¹⁴

8 Zie hoofdstuk 11, i.h.b. paragraaf 11.4.2.1.

9 Vgl. ook Gerards 2017, onder paragraaf 2.2 over de verplichting tot individualisering.

10 Zie hoofdstuk 10 en 11.

11 EHRM 3 oktober 2014, AB 2014, 433, m.nt. A.J.Th. Woltjer, EHRC 2014, 262, m.nt. M. den Heijer, JV 2014, 343, m.nt. P. Boeles (Grote Kamer) (*Jeunesse t. Nederland*).

12 Zie hoofdstuk 11, paragraaf 11.4.2.1.

13 Par. 121 van de uitspraak.

14 Zo merkte Nussberger op, zie eerder paragraaf 11.4.2.1 van hoofdstuk 11.

12.3.3.2 Kwetsbare groepen in de jurisprudentie van het Hof

Met de op het individu georiënteerde benadering van het Straatsburgse Hof houdt de categorie 'kwetsbare groepen' ('vulnerable groups') die zich in de EHRM jurisprudentie heeft ontwikkeld nauw verband. Deze categorie heeft een bijzondere positie verworven in de Straatsburgse jurisprudentie, omdat kwetsbare personen naar het oordeel van het Hof bijzondere bescherming dienen te krijgen. Tot deze 'kwetsbare groep' worden in de Straatsburgse jurisprudentie achtereenvolgens onder meer Roma, mensen met een geestelijke handicap, mensen met HIV, (minderjarige)¹⁵ asielzoekers en kinderen gerekend.

De waarde die het Hof hecht aan de bescherming van deze categorie personen volgt zowel uit wat het Hof in dit verband expliciet van de nationale autoriteiten verlangt¹⁶ als meer impliciet uit welk gewicht het Hof zelf toekent aan de bescherming van deze kwetsbare personen. Zo heeft het gegeven dat asielzoekers kwetsbaar zijn, bijgedragen aan het bijstellen van de bewijslast in het voordeel van de asielzoeker.¹⁷ In de zaak *Valentin Câmpeanu*¹⁸ kent de Grote Kamer van het Hof procesbevoegdheid toe aan een NGO, en dit is mede ingegeven doordat de inmiddels overleden *Valentin Câmpeanu* als een kwetsbaar persoon werd aangemerkt.¹⁹ Dit brengt de indirecte verplichting met zich voor de Staten om zowel ten aanzien van de bewijslast als het toekennen van procesbevoegdheid coulant(er) te zijn in de gevallen waarin de rechten van kwetsbare personen in het geding zijn.

12.4 DE INDIRECTE PROCEDURELE IMPLICATIES IN RELATIE TOT DE ARTIKELEN 6 EN 13 EVRM EN DE MOGELIJKE TOEGEVOEGDE WAARDE

De toegevoegde waarde van de indirecte procedurele implicaties is meer aanwezig bij artikel 6 EVRM dan bij artikel 13 EVRM. De indirecte verplichtingen die onder de materiële EVRM-rechten kunnen gelden voor de nationale autoriteiten zijn naar hun aard niet toepasbaar onder het al procedurele artikel 6 EVRM.

15 EHRM 13 december 2011, zaaknr. 15297/09, par. 61- 62 (*Kanagaratnam t. België*); EHRM 19 januari 2012, zaaknr. 39472/07; 39474/07, par. 102 (*Popov t. Frankrijk*).

16 Zie hierover uitgebreid deel I, in het bijzonder de hoofdstukken over 3 EVRM en 8 EVRM, en daarnaast: EHRM 23 maart 2016, *EHRC* 2016, 131, m.nt. M. den Heijer, *JV* 2016, 132, m.nt. T.P. Spijkerboer, par. 127 (Grote Kamer) (*F.G. t. Zweden*).

17 Zie ook hoofdstuk 11, i.h.b. paragraaf 11.5.2, 11.5.5 en 11.7.

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

19 Hoofdstuk 10, paragraaf 10.4.2.2. Vgl. ook t.a.v. kwetsbaarheid van fysieke en geestelijke beperkte kinderen: EHRM 18 juni 2013, *EHRC* 2013, 210, m.nt. A.E.M. Leijten (*Necheva e.a. t. Bulgarije*) (overlijden van deze kwetsbare kinderen als gevolg van een tekort aan eten en medicijnen overlijden komt veel gewicht toe in de belangenafweging van het Hof).

Zo verplicht het recht op een eerlijk proces niet tot een zelfstandige vaststelling van de feiten waarbij extra bronnen worden geraadpleegd (met de kanttekening van het *full jurisdiction*-vereiste onder artikel 6 EVRM). Evenmin verlangt het van de nationale autoriteiten dat een grondig onderzoek wordt gedaan naar de geloofwaardigheid van een asielrelaas (en de daarbij behorende bewijsimplicaties). Een verplichting om *ex nunc* te toetsen vloeit ook niet voort uit artikel 6 EVRM. Het voorgaande maakt dat de indirecte verplichtingen onder de materiële artikelen 3 en 8 EVRM dus nieuw zijn, en daarmee van toegevoegde waarde kunnen zijn.

De toegevoegde waarde van de indirecte procedurele implicaties is echter beperkter ten opzichte van artikel 13 EVRM. In uitzettingszaken onder artikel 3 EVRM geldt dat zelfstandig of in combinatie met artikel 13 EVRM voor de nationale autoriteiten de plicht bestaat tot het doen van een grondig onderzoek naar de geloofwaardigheid van het asielrelaas. In dit opzicht brengen de indirecte implicaties geen extra eisen voor de nationale autoriteiten met zich, omdat deze eisen al directer uit artikel 13 EVRM (in combinatie met artikel 3 EVRM) volgen.²⁰ Anders is dit voor de indirecte verplichting om in sommige 8 EVRM-zaken *ex nunc* te toetsen, want dit vereiste is niet een-op-een terug te vinden onder artikel 13 EVRM zelfstandig of in combinatie met artikel 8 EVRM. Hiermee is dit indirecte vereiste dus nieuw ten opzichte van artikel 13 EVRM, en daarmee kan het van toegevoegde waarde zijn. Vooral vanuit het perspectief van klager bezien zal dit als een meerwaarde worden aangemerkt, omdat de individuele rechtsbescherming op Straatsburgs niveau toeneemt.

De indirecte procedurele implicaties vertonen dus nauwelijks overeenkomsten met de eisen van artikel 6 EVRM. Een belangrijke bevinding van deel I van deze studie was dat onder de materiële EVRM-rechten zelfstandige, niet tot artikel 6 en 13 EVRM terug te voeren, procedurele plichten zijn gecreëerd. Daarnaast werden in sommige gevallen juist typische 6 EVRM-eisen onderdeel van een materieel Verdragsrecht. Bovendien bleef de verplichting hierbij dan niet altijd beperkt tot de rechterlijke fase, maar leek deze ook te gelden voor het bestuur.²¹ Juist in het laatste zit een belangrijke toegevoegde waarde. De werkingssfeer van 6 EVRM-eisen wordt dan over de band van een materieel EVRM-artikel uitgebreid en de verplichtingen voor de nationale (uitvoerende) autoriteiten nemen toe. Anders dus dan de indirecte procedurele implicaties van deel II, vertoont een aantal van de procedurele waarborgen die explicieter zijn ingelezen door het Hof onder artikel 2, 3 en 8 EVRM en 1 EP EVRM juist wel op punten overeenkomsten met artikel 6 EVRM. Het is denkbaar dat dit kan worden verklaard doordat artikel 6 EVRM het EHRM niet bindt, en de nationale autoriteiten in principe de primaire beschermers van de mensenrechten zijn en blijven.

20 Zie deel I.

21 Of zelfs in asielzaken/belastinggeschillen: zie hoofdstuk 5, 6 en 7.

12.5 CONCLUSIE

Om een volledig beeld te krijgen van de verplichtingen onder het EVRM is het nuttig gebleken om ook de toetsingspraktijk van het Hof zelf te bestuderen. Zeker wanneer het Hof fungeert als een 'fourth instance' brengt dit duidelijk indirecte procedurele implicaties met zich. In dat geval beperkt het Hof zich namelijk niet tot een beoordeling van de nationale procedure op EVRM-conformiteit, maar beoordeelt het de klacht zelfstandig.

Het meest proactief is de opstelling van het Hof gebleken in de zaken waarin de feiten worden betwist. Dit komt voor in de standaard artikel 2 en 3 EVRM-zaken, en met name in 3 EVRM-uitzettingszaken. Deze laatste categorie zaken levert dan ook de meeste indirecte procedurele implicaties op. Deze implicaties zien vooral op de omgang met de bewijsregels, het betrekken van meer objectieve en actuele bronnen in het oordeel en de *ex nunc*-toets die het Hof in uitzettingszaken hanteert. De toegevoegde waarde van deze implicaties zagen we het duidelijkst ten opzichte van de procedurele eisen van artikel 6 EVRM. Artikel 6 EVRM verplicht de nationale autoriteiten immers niet om het relaas van klager aan een geloofwaardigheidsonderzoek te onderwerpen (inclusief de genoemde bewijsregels/meer bronnen en de *ex nunc*-toets). Van beperktere toegevoegde waarde zijn deze implicaties echter ten opzichte van de procedurele eisen van artikel 13 EVRM. Dit artikel wordt gekleurd door het materiële recht dat in het geding is. De verplichting om het asielrelaas grondig te toetsen volgt al explicieter uit artikel 3 EVRM in combinatie met artikel 13 EVRM.²² Dit bevestigt overigens wel het belang van dit grondige onderzoek van het relaas. Niet alleen verlangt het Hof dit tenslotte van de nationale autoriteiten, maar ook zelf toetst het de 3 EVRM-claim in uitzettingszaken grondig(er).

Verder kan het Hof ook onder artikel 8 EVRM besluiten de feiten en omstandigheden *ex nunc* te toetsen. Dit speelt dan met name in met artikel 3 EVRM vergelijkbare gevallen, of in uithuisplaatsingszaken. Het feit dat in deze laatste categorie zaken de belangen van een minderjarig kind op het spel staan, is waarschijnlijk van invloed op de *ex nunc*-toets van het Hof. Bovendien is de toetsingswijze van het Hof te kwalificeren als een *ex tunc plus*-toets. Het Hof beoordeelt immers de gehele nationale gang van zaken. Inclusief dus de feiten en omstandigheden die zich voordoen tussen het besluit van de uitvoerende instantie en de rechter. Dit pleit in meer algemene zin, dus ook buiten artikel 8 EVRM, voor een *ex nunc*-toets van de besluiten door de nationale rechter.

Is het wenselijk dat het Hof zich onder deze artikelen (soms) actiever opstelt? Dat hangt ervan af. Aan de ene kant neemt de individuele rechtsbescherming ten aanzien van de inhoudelijke beoordeling van de klacht op Straatsburgs niveau toe. Het Hof doet immers meer dan dat er in de nationale

22 Zie deel I.

procedure is gedaan (denk aan onderzoek/*ex nunc*-toetsing). Aan de andere kant heeft het Hof niet de bevoegdheid om de Staat te sommeren een ander inhoudelijk besluit te nemen of rechterlijk oordeel te vellen. Met andere woorden: ook al wordt klager op inhoudelijke punten in het gelijk gesteld, feitelijk gezien verandert er niet heel veel. Tegelijkertijd kan dit ook weer worden genuanceerd, omdat met een inhoudelijke schending van een EVRM-bepaling wel een duidelijk signaal wordt afgegeven richting de nationale autoriteiten.

Onder artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM bleek het Hof terughoudend met het zelf vaststellen van de feiten en de omgang met het bewijs. Belangrijkste reden hiervoor is dat de feiten onder deze rechten doorgaans niet langer in geschil zijn in de procedure voor het Hof. Het geschil concentreert zich op de vraag of op nationaal niveau naar een *fair balance* is gezocht. Het EHRM legt in deze zaken de nadruk op de procedurele nationale gang van zaken en laat na, vanwege de ruime *margin of appreciation* onder deze artikelen, om een meer inhoudelijk oordeel te vellen. Gezegd zou kunnen worden dat deze procedurele benadering van het Hof aansluit bij zijn positie als 'grensrechter'. Is een zuiver procedurele toets van het EHRM wenselijk? Enerzijds hebben procedurele implicaties en verplichtingen doorgaans een breder bereik dan materiële implicaties en verplichtingen omdat de laatste meer zaaksafhankelijk zijn. Anderzijds is het onbevredigend voor klager wanneer de klacht louter op procedurele punten wordt beoordeeld en een inhoudelijk oordeel uitblijft.

Kortom: een eenduidig antwoord op de vraag of het wenselijk is dat het Hof zich in sommige gevallen actiever opstelt en in sommige gevallen juist terughoudender, is niet te geven. In meer algemene zin hangt dit af vanuit welk perspectief (dat van het Hof, de Staat of klager) de vraag wordt beantwoord. Op zaaksniveau is het antwoord afhankelijk van de omstandigheden van de specifieke zaak. Daarbij kan een aantal factoren wel als handvatten dienen. Hoe onomkeerbaarder tenslotte de gevolgen, en hoe fundamenteeler het recht, des te meer reden om zowel op nationaal niveau als op Straatsburgs niveau optimale bescherming te bieden aan de klager.

