



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**EHRM 19 juli 2018, Sarishvili-Bolkvadze t. Georgië, nr. 58240/08,
ECLI:CE:ECHR:2018:0719JUD005824008**
Hendriks, A.C.

Citation

Hendriks, A. C. (2018). EHRM 19 juli 2018, Sarishvili-Bolkvadze t. Georgië, nr. 58240/08, ECLI:CE:ECHR:2018:0719JUD005824008. *European Human Rights Cases*, 19(10), 628-631. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/68587>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/68587>

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

EHRC 2018/203, EHRM, 19-07-2018, 58240/08 (annotatie)**Instantie:** Europees Hof voor de Rechten van de Mens**Datum uitspraak:** 19-07-2018**Publicatie:** EHRC 2018/203 (Sdu European Human Rights Cases), aflevering 10, 2018**Annotator:**

- prof. mr. A.C. Hendriks

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2018:0719JUD005824008**Zaaknummer:** 58240/08**Rechtsgebied:** Grondrechten, Europees recht (incl. EU-recht)**Rubriek:** Uitspraken EHRM**Rechters:**

- Nußberger (President)
- Møse
- Potocki
- O'Leary
- Mits
- Kucsko-Stadlmayer
- Chanturia

Partijen: Sarishvili-Bolkvadze
tegen
Georgië

Regelgeving:

- **EVRM - 2**

Inhoudsindicatie

Recht op leven, Overlijden in ziekenhuis, Patiëntveiligheid, Medische nalatigheid, Enkele medische fout, Gepast juridisch kader, Geen vergunningen, Schadevergoeding

Ga direct naar

- **Samenvatting**
- **Uitspraak**
- **Beslissing/besluit**
- **Noot**

Samenvatting

Klaagsters zoon, G.B., was overleden een maand nadat hij op het werk van een kraan was gevallen. Na het ongeval was G.B. overgebracht naar de afdeling intensive care van het ziekenhuis met een gebroken schedel en hersenschade. Hij werd later behandeld vanwege een maagbloeding. Korte tijd daarop werd G.B. overgebracht naar een algemene afdeling in het ziekenhuis. Nadat hij daar last kreeg van een ontsteking en weer werd teruggebracht op de afdeling intensive care, overleed hij. Klaagster gaf volgens het strafrechtelijk dossier geen toestemming voor een autopsie.

De autoriteiten startten een strafrechtelijk onderzoek en in juni 2004 concludeerde een deskundigencommissie dat er een fout was gemaakt bij de behandeling van G.B.. Het strafrechtelijk onderzoek werd vervolgens gesloten, heropend en opnieuw gesloten. De openbaar aanklager kon vervolgens, zoals ook de deskundigencommissie, geen causaal verband leggen tussen de medische fout en het overlijden van G.B.. Klaagster weigerde niettemin in te stemmen met

uitstel van de begrafenis van haar zoon om nader onderzoek uit te kunnen voeren naar de precieze doodsoorzaak en het eventueel causaal verband tussen medische nalatigheid of een andere vorm van foutief handelen en het overlijden van G.B.. Ondertussen ontsloeg het ziekenhuis de betrokken neurochirurg en kregen twee betrokken intensivisten een waarschuwing.

Klaagster startte naast een strafrechtelijke procedure ook een civiele procedure tegen het ziekenhuis, de medische staf en het ministerie van Arbeid, Gezondheid en Sociale Zaken wegens medische nalatigheid. De nationale gerechten oordeelden met de deskundigencommissie dat er een medische fout had plaatsgevonden, dat sommige betrokken artsen niet beschikten over de vereiste vergunningen en dat het ziekenhuis bepaalde handelingen had verricht waarvoor het niet beschikte over de noodzakelijke toelating. Het Constitutionele Hof kende klaagster, in mei 2008, uiteindelijk 2.700 EUR materiële schadevergoeding toe; klaagsters claim om immateriële schadevergoeding werd afgewezen omdat daarvoor geen rechtsbasis bestond.

Het Hof benadrukt allereerst zijn rechtspraak aangaande de verantwoordelijkheid van de autoriteiten bij zaken over medische nalatigheid. Onder verwijzing naar de in Lopes de Sousa Fernandes t. Portugal (EHRM 19 december 2017 (GK), nr. 56080/13, ECLI:CE:ECHR:2017:1219JUD005608013, «**EHRC**» 2018/47 m.nt. Lavrysen) uiteengezette criteria voor de positieve materiële verplichtingen van de staat op grond van art. 2 EVRM, wijst het Hof op het feit dat een staat deze verplichtingen alleen heeft in een aantal uitzonderlijke omstandigheden. In dit geval kan het overlijden niet als een bewust in gevaar brengen van het leven van een patiënt worden aangemerkt, zodat de eerste categorie van uitzonderlijke omstandigheden niet van toepassing is. Ook verder kan niet worden vastgesteld dat het handelen hier verder ging dan een enkele medische fout. De onderhavige zaak is dan ook niet vergelijkbaar met zaken waarin patiënten urgente medische zorg is onthouden. Dit betekent dat niet de daarvoor geldende criteria moeten worden toegepast, maar het Hof in meer algemene zin moet onderzoeken of de staat heeft voldaan aan zijn verplichtingen tot regulering van de zorg onder art. 2 EVRM, waaronder de verplichting om ervoor te zorgen dat ziekenhuizen voldoen aan hoge professionele standaarden en de levens van de patiënten voldoende zijn gewaarborgd. Nu in het onderhavige geval is gebleken dat de benodigde vergunningen en bevoegdheden voor verschillende medische handelingen ontbraken en niet duidelijk is geworden hoe de implementatie van de relevante regelgeving precies vorm heeft gekregen, is kwestieus hoe aan de verplichting tot bescherming van de levens van patiënten tegemoet is gekomen. Het Hof constateert op dit punt dan ook een schending van art. 2 EVRM.

Waar het gaat om de procedurele onderzoeksverplichtingen oordeelt het Hof dat de strafrechtelijke procedure voldoende zorgvuldig en adequaat is geweest en dat het oordeel dat causaliteit niet kon worden vastgesteld niet onredelijk was. Dat in de civiele procedure wel medische nalatigheid is vastgesteld, kan worden verklaard door het verschil in toetsingskader tussen het civiele en het strafrecht. Voor wat betreft het ontbreken van een vergoedingsmogelijkheid voor immateriële schade in het civiele recht heeft het Hof eerder al geoordeeld dat een dergelijke mogelijkheid er in art. 2-zaken altijd moet zijn. Nu is gebleken dat zo'n mogelijkheid er in Georgië nooit is, is op dit punt wel sprake van een schending van art. 2 EVRM.

Uitspraak

1. Alleged violation of Article 2 of the Convention

55. The applicant complained that the Government had not fulfilled their positive obligation to protect her son's life from medical negligence on the part of the doctors, and had failed to adequately respond to her son's death. She relied on Article 2 of the Convention, which, in so far as relevant, reads as follows:

"1. Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally..."

56. The Government contested that argument.

A. Admissibility

57. The Government submitted that the applicant had lost her victim status under Article 34 of the Convention in view of the positive outcome of the domestic civil proceedings against the hospital. As regards the Supreme Court's refusal to

award non-pecuniary damages, they further argued, without referring to the relevant domestic case-law, that the domestic law had entitled the applicant to claim non-pecuniary damages if a criminal element had been established by the investigation (see paragraph 52 above). Noting the applicant's objections to the implementation of the exhumation orders and the subsequent inability of the investigation to establish that a crime had been committed, the Government argued that that fault could only be attributable to the applicant.

58. The applicant did not respond to the Government's submission.

59. The Court reiterates that a decision or measure favourable to the applicant is not in principle sufficient to deprive him or her of the status as a "victim" unless the national authorities have acknowledged, either expressly or in substance, and then afforded redress for, the breach of the Convention (see, *inter alia*, *Dalban v. Romania* [GC], no. 28114/95, § 44, ECHR 1999^{VI}, and *Mindrova v. Ukraine* (dec.), no. 32454/06, § 21, 31 January 2017).

60. Furthermore, the Court has already had occasion to indicate in the context of different Convention Articles that an applicant's "victim" status may also depend on the level of compensation awarded at domestic level, where appropriate, or at least on the possibility of seeking and obtaining compensation for the damage sustained, having regard to the facts about which he or she complains before the Court (see *Kuric and Others v. Slovenia* [GC], no. 26828/06, § 262, ECHR 2012 (extracts)).

61. Turning to the circumstances of the present case, the Court observes that the applicant's inability, under the applicable domestic law, to seek and obtain compensation for non-pecuniary damages with respect to her son's death is closely connected to the merits of her complaint under the procedural limb of Article 2 of the Convention. The Court therefore considers that the adequacy of civil redress, a criterion relevant to the consideration of the Government's objection, should be examined under the substantive provision of the Convention relied on by the applicant.

62. The Court further notes that the application is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention or inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

B. Merits

1. The parties' submissions

63. The applicant submitted that the Government had failed to respect their positive obligations under Article 2 of the Convention to protect her son's life, and to provide adequate redress through the domestic proceedings.

64. The Government submitted that the domestic law, as it stood at the material time, contained various regulations concerning the licensing of hospitals and the medical standards therein, without elaborating on the mechanisms for their enforcement, if any. Acknowledging that the pertinent regulations appeared to have been breached, they submitted that appropriate redress had been provided through the civil proceedings.

65. As concerns the criminal investigation launched into the matter, the Government stated that it had not yielded any tangible results owing to the applicant's repeated refusal to allow an exhumation of the body, a crucial procedure for determining the exact cause of her son's death, as confirmed by various expert opinions on the matter.

2. The Court's assessment

66. The applicant's complaint relating to the State's obligations under Article 2 of the Convention has two limbs: substantive and procedural. The Court will address them in turn.

(a) The substantive aspect

(i) General principles

67. The general principles relating to the States' positive substantive obligations under Article 2 of the Convention in the

context of health care and medical negligence were recently summarised by the Court in the case of *Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal* [GC] (no. 56080/13, §§ 185-196, 19 December 2017, with further references). In the context of alleged medical negligence, the States' substantive positive obligations relating to medical treatment are limited to a duty to regulate, that is to say, a duty to put in place an effective regulatory framework compelling hospitals, whether private or public, to adopt appropriate measures for the protection of patients' lives (see *Lopes de Sousa Fernandes*, cited above, §§ 186 and 189). In the very exceptional circumstances described below the responsibility of the State under the substantive limb of Article 2 of the Convention may also be engaged in respect of the acts and omissions of health-care providers.

68. The first type of exceptional circumstances concerns a specific situation where an individual patient's life is knowingly put in danger by denial of access to life-saving emergency treatment. It does not extend to circumstances where a patient is considered to have received deficient, incorrect or delayed treatment (see *Lopes de Sousa Fernandes*, cited above, § 191). The second type of exceptional circumstances arises where a systemic or structural dysfunction in hospital services results in a patient being deprived of access to life-saving emergency treatment and the authorities knew or ought to have known about that risk and failed to undertake the necessary measures to prevent that risk from materialising, thus putting the patients' lives, including the life of the particular patient concerned, in danger (see *Lopes de Sousa Fernandes*, cited above, § 192).

69. In order for a case to fall in these exceptional categories, four cumulative criteria must be met. Firstly, the acts and omissions of the health-care providers must go beyond a mere error or medical negligence, in so far as those health-care providers, in breach of their professional obligations, deny a patient emergency medical treatment despite being fully aware that the person's life is at risk if that treatment is not given. Secondly, the dysfunction at issue must be objectively and genuinely identifiable as systemic or structural in order to be attributable to the State authorities, and must not merely comprise individual instances where something may have been dysfunctional in the sense of going wrong or functioning badly. Thirdly, there must be a link between the dysfunction complained of and the harm which the patient sustained. Finally, the dysfunction at issue must have resulted from the failure of the State to meet its obligation to provide a regulatory framework in the broader sense indicated above (see *Lopes de Sousa Fernandes*, cited above, §§ 194-196).

(ii) Application of these principles to the present case

70. Turning to the circumstances of the present case, the Court observes that no question of knowingly putting an individual patient's life in danger by denial of access to life-saving emergency treatment arose either at domestic level or before the Court. Therefore the present case does not fall within the first exceptional category to directly engage State responsibility for the acts and omissions of health-care providers.

71. As to the second category of exceptional circumstances, the Court will assess whether the four cumulative criteria (see paragraph 69 above) are satisfied. Even considering the serious deficiencies identified by the experts in respect of the hospital (see paragraph 28 above), the Court notes that it has not been established, in accordance with the first criterion, that the actions of the health-care providers went beyond a mere error or medical negligence in that they, in breach of their professional obligations, denied the patient emergency medical treatment despite being fully aware that the person's life was at risk if that treatment was not given. In particular, the expert opinions as well as the court findings on the matter speak of medical negligence and errors (see paragraphs 28, 29, and 32 above) rather than the deprivation of emergency care as such. While some of the 29 doctors participating in G.B.'s treatment lacked adequate qualifications, the case files demonstrate that the emergency surgery was performed by a surgeon whose qualifications were never questioned. As to the question of whether the surgery itself was timely, the opinion of the majority of experts supports a conclusion that the possible delay was a result of a mere medical error, while one of the experts even warned against making a categorical suggestion that the emergency surgery was belated (see paragraph 28 above). Therefore the present situation is different from cases where patients were deprived of emergency medical treatment (contrast, *Asiye Genç v. Turkey*, no. 24109/07, § 82, 27 January 2015).

72. The requirement that the four criteria be met cumulatively (see paragraph 69 above) in order to engage the State's responsibility for the negligence of health-care providers implies that the Court need not continue with its assessment if

even one is not met. Therefore, in view of the findings concerning the first criterion (see paragraph 71 above), the Court concludes that the present case does not fall in the second exceptional category.

73. Against this background, the Court will assess whether the State has complied with its regulatory duties under Article 2 of the Convention (see paragraph 67 above). In particular, States are expected to make adequate provision for securing high professional standards among health professionals and the protection of the lives of patients in the context of their substantive positive obligations under Article 2 of the Convention (see, among other authorities, *Lopes de Sousa Fernandes*, cited above, § 187; *Powell v. the United Kingdom* (dec.), no. 45305/99, ECHR 2000□V; and *Bilbija and Blazevic v. Croatia*, no. 62870/13, § 100, 12 January 2016).

74. The States' obligation to regulate health-care services includes the duty to ensure the effective functioning of that regulatory framework. The Court has found such regulatory duties to encompass necessary measures to ensure implementation, including supervision and enforcement (see *Lopes de Sousa Fernandes*, cited above, § 189). Notably, the fact that the hospital and several doctors involved in the treatment of the applicant's son had been operating without the requisite licences is not in dispute between the parties. Furthermore, the findings of the experts and domestic courts in this regard were unambiguous: the hospital had indeed been carrying out unlicensed medical activities in several fields – cardiology and clinical transfusion in relation to the applicant, and several doctors involved in the applicant's son's treatment had lacked either the necessary licences or qualifications, in violation of domestic law (see paragraphs 27, 30, 33, and 38 above).

75. In addition to establishing that the applicant's son had died as a result of medical negligence, the domestic courts also found that the participation in the patient's treatment of doctors not holding the appropriate medical licences reinforced the conclusion that he had not been offered adequate medical care, in violation of domestic law (see paragraphs 30, 33, and 38 above).

76. Against this background, while the Government expressly acknowledged the irregularities referred to above (see paragraphs 64 and 74-75 above), apart from noting the licensing requirement in domestic law (see paragraphs 44-45 above), they did not clarify how the implementation of the pertinent regulatory provisions were ensured in practice, if at all. As it appears from the relevant domestic rules and regulations as they stood at the material time, there existed a framework for supervising compliance with the relevant licensing requirements (see paragraphs 47-48 above). However, the licences of the hospital in certain areas as well as the licences and certifications of some of its doctors treating the applicant's son were, at least at the material time, in sharp contrast with the various requirements geared at protecting the patients' lives (see paragraphs 27, 30, 33, and 38 above).

77. In the light of the foregoing, the Court finds, on the facts of the present case, that there has been a violation of the State's substantive positive obligation under Article 2 of the Convention to provide an effectively functioning regulatory framework that would ensure compliance with the applicable regulations geared at the protection of the patients' lives.

(b) The procedural aspect

78. The general principles relating to the States' procedural obligations under Article 2 of the Convention in the context of health-care and medical negligence are summarised in the case of *Lopes de Sousa Fernandes* (cited above, §§ 214-221, with further references).

79. In determining whether the State has fulfilled its positive obligation under Article 2 of the Convention to set up an effective independent judicial system, the Court will examine whether the available legal remedies, taken together, as provided for in law and applied in practice, secured the effective legal means capable of establishing the relevant facts, holding accountable those at fault, and providing appropriate redress to the victim (see *Rõigas v. Estonia*, no. 49045/13, § 105, 12 September 2017).

80. The procedural limb of the applicant's complaint under Article 2 of the Convention has two aspects: the effectiveness of a criminal-law remedy in view of the investigative authorities' termination of the criminal investigation, and the applicant's inability to claim and obtain non□pecuniary damages in civil proceedings.

(i) Criminal-law remedy

81. The Court notes at the outset that the investigator's second decision to terminate the criminal proceedings was amenable to appeal. The applicant does not appear to have appealed it (see paragraph 25 above). However, in the absence of the Government's objection in that regard, the Court is not in a position to rule, of its own motion, on whether this complaint is inadmissible for non-exhaustion of domestic remedies (see *International Bank for Commerce and Development AD and Others v. Bulgaria*, no. 7031/05, § 131, 2 June 2016, with further references, and *Alimov v. Turkey*, no. 14344/13, § 57, 6 September 2016).

82. The applicant did not allege that the death of her son had been caused intentionally. Nor do the facts of the case suggest otherwise. Therefore, Article 2 of the Convention did not necessarily require a criminal-law remedy (see *Vo v. France* [GC], no. 53924/00, § 90, ECHR 2004-VIII). In so far as such a remedy was provided and the applicant availed herself of it, the Court observes that she appears to be challenging the termination of criminal investigations against the doctors involved in her son's treatment. In other words, the applicant complained about the outcome of the criminal investigation.

83. However, the procedural obligation under Article 2 of the Convention is not an obligation of result but of means only. Thus, the mere fact that proceedings concerning medical negligence have ended unfavourably for the person concerned does not in itself mean that the respondent State has failed in its positive obligation under Article 2 of the Convention (see, among other authorities, *Lopes de Sousa Fernandes*, cited above, § 221, with further references).

84. Furthermore, Article 2 does not entail the right to have third parties prosecuted – or convicted – for a criminal offence. Rather, the Court's task, having regard to the proceedings as a whole, is to review whether and to what extent the domestic authorities submitted the case to the careful scrutiny required by Article 2 of the Convention (see *Armani Da Silva v. the United Kingdom* [GC], no. 5878/08, § 257, ECHR 2016, with further references).

85. The Court observes in this connection that two criminal investigations were opened into G.B.'s death and subsequently closed due to the prosecuting authorities' inability to attribute criminal responsibility to the medical staff. The pertinent decisions were not taken hastily or arbitrarily but were duly reasoned. They were based, among others, on the findings of the relevant forensic experts that it was impossible to establish a causal link between the medical negligence and the death without carrying out an autopsy, or an exhumation in the case of a deceased person who had been buried (see paragraphs 12, 15, and 28 above).

86. The applicant did not dispute her refusal to allow the implementation of two judicial exhumation orders obtained by the prosecution as part of the two investigations (see paragraphs 17 and 24 above). Her counter-argument that the authorities had been obliged to perform an autopsy irrespective of the family's wishes immediately after the patient's death is not supported by the domestic law as it stood at the material time (see paragraph 43 above).

87. Admittedly, medical negligence was established as part of the separate civil proceedings. Normally such a divergence may be explained by the different substantive conditions of liability in civil and criminal law (see *Molga v. Poland* (dec.), no. 78388/12, § 88, 17 January 2017).

88. Finally, the Court takes note of the fact that despite the termination of the first investigation, the prosecutor demonstrated special diligence and wrote to the Ministry of Labour, Health and Social Affairs of the AAR, stating that a medical error had been committed in the course of G.B.'s treatment that called for "the implementation of adequate measures to prevent similar violations" (see paragraph 19 above).

89. Accordingly, the Court does not consider that the termination of the criminal proceedings in respect of medical negligence fell foul of the procedural requirements of Article 2 of the Convention.

(ii) Civil remedy

90. The Court reiterates that the choice of means for ensuring the positive obligations under Article 2 of the Convention

is in principle a matter that falls within the Contracting State's margin of appreciation. There are different avenues for ensuring Convention rights, and even if the State has failed to apply one particular measure provided by domestic law, it may still fulfil its positive duty by other means. However, for this obligation to be satisfied, such proceedings must not only exist in theory but also operate effectively in practice (see, among other authorities, *Lopes de Sousa Fernandes*, cited above, § 216, with further references).

91. Turning to the circumstances of the applicant's case, the Court notes that the civil proceedings against the hospital resulted in an unequivocal finding that medical negligence had been committed during the treatment of the applicant's son, and that some of the doctors treating him did not hold appropriate licences to practice medicine, in violation of domestic law. The Court is therefore satisfied that the remedy in question was successful in establishing the relevant facts related to the applicant's complaints. However, what is at stake in the instant case is whether the remedy in question offered adequate redress for the purposes of the procedural limb of Article 2 of the Convention.

92. The Court has considered in the context of an applicant's victim status that whether redress is "appropriate" and "sufficient" in order to remedy a breach of a Convention right at national level, generally depends on all the circumstances of the case, having regard, in particular, to the nature of the Convention violation at stake (see, among other authorities, *Kuric and Others*, cited above, § 260).

93. In assessing the reasonableness of the quantum of the non-pecuniary awards at domestic level, the Court has reasoned that even compensation which is lower than the amount it would itself award may nevertheless be considered reasonable, provided that the relevant decision of the domestic courts is consistent with the legal tradition and standard of living in the country (see *mutatis mutandis*, *Cocchiarella v. Italy* [GC], no. 64886/01, § 97, ECHR 2006-V, and *Mindrova*, cited above, § 24). Conversely, it has found that a disproportionately lower award of non-pecuniary damages than the damages that the Court generally awards in comparable cases may be insufficient and manifestly unreasonable (see, *mutatis mutandis*, *Firstov v. Russia*, no. 42119/04, §§ 35 and 38, 20 February 2014).

94. While the applicant was awarded pecuniary damages in the amount of GEL 6,953 (approximately EUR 2,701) (see paragraph 40 above), her request for non-pecuniary damages was dismissed. The Supreme Court reasoned that the domestic legal system did not afford a deceased victim's surviving next-of-kin the ability to claim and receive non-pecuniary damages in cases of death resulting from medical negligence (see paragraphs 41-42 above). Therefore, the present limb of the applicant's complaint concerns the effectiveness of civil redress on account of her inability to claim and obtain non-pecuniary damages in relation to her son's death as a result of medical negligence.

95. The Government's argument that such an award would have been made possible had the criminal proceedings been successful in establishing that a crime had been committed (see paragraphs 52 and 57 above) was not supported by any practical examples. By contrast, the case-law of the Supreme Court on the matter is unequivocal: both civil and criminal law and procedure excluded such a possibility (see paragraphs 53-54 above). Therefore, neither type of proceedings could have resulted in an award of non-pecuniary damages in view of the domestic law and practice at the material time.

96. Accordingly, in contrast to the above-mentioned case-law of the Court (see paragraph 92 above), the present case does not concern the assessment of the quantum of non-pecuniary damages but rather the total, unconditional exclusion of such an award by domestic law, as interpreted and applied in practice. Against this background, the Court has previously noted that in cases involving a breach of Articles 2 and 3 of the Convention, which rank as the most fundamental provisions of the Convention, compensation for non-pecuniary damage resulting from the breach should, in principle, be available as part of the range of redress (see *Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom*, no. 46477/99, §§ 97 and 101, ECHR 2002-II; *Bubbins v. the United Kingdom*, no. 50196/99, § 171, ECHR 2005-II (extracts); *Reynolds v. the United Kingdom*, no. 2694/08, §§ 65-68, 13 March 2012; and *Movsesyan v. Armenia*, no. 27524/09, § 73, 16 November 2017).

97. Consequently, in the face of the Supreme Court's affirmation of the applicant's "undisputed" psychological distress related to the death of her young son (see paragraph 42 above), the unconditional legislative restriction unjustifiably deprived the applicant of the opportunity to claim an enforceable award of compensation for non-pecuniary damage through the civil remedy available to her.

98. There has accordingly been a violation of the procedural obligation of Article 2 of the Convention.

II. Application of Article 41 of the Convention

99. Article 41 of the Convention provides:

"If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party."

100. The applicant did not submit a claim for just satisfaction. The Court considers that there are no circumstances justifying it to award her any sum (see *Nagmetov v. Russia* [GC], no. 35589/08, §§ 74-82, 30 March 2017).

101. The Court notes that in case of a finding of a violation of the Convention, there is a possibility under the relevant domestic law to request a re-opening of the civil proceedings (see paragraph 50 above).

For these reasons, the Court, unanimously,

Joins to the merits the Government's objection concerning victim status, and dismisses it;

Declares the application admissible;

Holds that there has been a violation of the substantive limb of Article 2 of the Convention;

Holds that there has been no violation of the procedural limb of Article 2 of the Convention with respect to the criminal remedy;

Holds that there has been a violation of the procedural limb of Article 2 of the Convention with respect to the civil remedy.

Noot

1. De uitspraak van het Hof in de zaak *Sarishvili-Bolkvadze t. Georgië* heeft betrekking op een gestelde schending van het recht op leven (art. 2 EVRM). Het Hof constateert dat art. 2 EVRM zowel in materiële als (deels) in procedurele zin is geschonden. De klacht was ingediend door de moeder van G.B., die in het ziekenhuis was komen te overlijden. Klaagster is van mening dat haar zoon overleed als gevolg van een medische fout. Zij stelt in het verlengde daarvan dat de Georgische autoriteiten hun positieve verplichtingen inzake het recht op leven niet waren nagekomen en dat het nationale recht onvoldoende mogelijkheden bood op rechtsherstel, in bijzonder het krijgen van een passende schadevergoeding (par. 63). Daarmee vertoont deze zaak gelijkenissen met de de zaak *Lopes de Sousa Fernandes t. Portugal* (EHRM 19 december 2017 (GK), nr. 56080/13, ECLI:CE:ECHR:2017:1219JUD005608013, «**EHRC**» **2018/47**, m.nt. Lavrysen). Ook in laatstgenoemde zaak ging het om een nabestaande, te weten een weduwe, die stelde dat haar man slachtoffer was van een schending van art. 2 EVRM doordat hij als gevolg van een foutieve behandeling in het ziekenhuis was komen te overlijden (*Lopes de Sousa Fernandes*, par. 168). Het Hof haalt deze Portugese zaak veelvuldig aan in de zaak *Sarishvili-Bolkvadze t. Georgië* (vanaf par. 67). Dit roept de vraag op of beide zaken wel zo vergelijkbaar waren, ook al zijn de uitkomsten verschillend, en of het Hof de criteria van de Grote Kamer in de zaak *Lopes de Sousa Fernandes* op juiste wijze toepast op de zaak *Sarishvili-Bolkvadze*. Mijs inziens was er in de zaak *Sarishvili-Bolkvadze* sprake van een voor de volksgezondheid en patiëntveiligheid veel grotere bedreiging dan in de zaak *Lopes de Sousa Fernandes*. Het enkele feit dat het Hof ten aanzien van klagster in *Sarishvili-Bolkvadze* concludeert tot een schending van art. 2 EVRM als gevolg van medische nalatigheid maakt onvoldoende duidelijk hoezeer de patiëntveiligheid in het geding was.

2. Indien een patiënt komt te overlijden wil dat niet per definitie zeggen dat er sprake is geweest van een medische fout bij de zorgverlening. En zelfs indien er sprake is geweest van medische nalatigheid, kan niet worden geconcludeerd

dat er een causaal verband bestaat tussen de fout en het overlijden van de betrokkene, laat staan dat het de bedoeling was om de betrokkene te doden. Het is ook daarom dat de Grote Kamer van het Hof al eerder heeft uitgemaakt dat art. 2 EVRM bovenal de verplichting legt op de staat om via regulering het recht op leven te beschermen, en te voorzien in op de situatie toegesneden regels om de doodsoorzaak te achterhalen. Bij overlijdensgevallen in de zorg is er dan geen verplichting om overlijdensgevallen strafrechtelijk te onderzoeken; een civielrechtelijke en tuchtrechtelijke rechtsgang kunnen volstaan (*Calvelli en Ciglio t. Italië*, EHRM 17 januari 2002 (GK), nr. 32967/96, ECLI:CE:ECHR:2002:0117JUD003296796, «**EHRC**» **2002/22** m.nt. Van der Velde, par. 51 en *Mastromatteo t. Italië*, EHRM 24 oktober 2002 (GK), nr. 37703/97, ECLI:CE:ECHR:2002:1024JUD003770397, «**EHRC**» **2002/107** m.nt. De Jonge, par. 89-90).

3. Over de omvang van de reguleringsplicht van de overheid is de afgelopen jaren discussie geweest. Een gewone Kamer van het Hof oordeelde in de zaak *Lopes de Sousa Fernandes t. Portugal* (EHRM 15 december 2015, nr. 56080/13, ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD005608013, «**EHRC**» **2016/41** m.nt. Hendriks) dat het Hof bij een gestelde schending van de reguleringsplicht jegens een patiënt dient te kijken of de autoriteiten hebben gedaan wat redelijkerwijs van hen had kunnen worden verwacht, in het bijzonder of zij voldaan hebben aan hun verplichting om de fysieke integriteit te beschermen en de verplichting om toegang tot gepaste zorg te waarborgen (*Lopes de Sousa Fernandes*, Kameruitspraak, par. 110). Omdat er in deze zaak sprake was geweest van een patiënt die was komen te overlijden na een zeldzame complicatie bij een behandeling, waarover hij niet goed was geïnformeerd, en er bovendien sprake was geweest van gebrekkige samenwerking tussen zorgverleners, stelde de Kamer een materiële schending vast van art. 2 EVRM. Het is terecht dat de Grote Kamer van het Hof deze vergaande conclusie van de Kamer in 2017 nuanceerde. De Grote Kamer maakt in zijn uitspraak onderscheid tussen uitzonderlijke omstandigheden, waarin sprake is van het weigeren van gezondheidszorg in het algemeen of van spoedzorg in het bijzonder, en van situaties waarin de overheid niet heeft voldaan aan zijn plicht om de zorg te reguleren, waaronder met betrekking tot medische nalatigheid. In de zaak *Sarishvili-Bolkvadze t. Georgië* oordeelt het Hof, in het verlengde van de Grote-Kameruitspraak in de zaak *Lopes de Sousa Fernandes*, dat er geen sprake is geweest van zo'n uitzonderlijke situatie, maar wel dat de autoriteiten tekort waren geschoten met betrekking tot de regulerende functie. Art. 2 EVRM was dus geschonden, zowel materieel als (deels) procedureel, maar de schending was niet uitzonderlijk.

4. In de zaak *Sarishvili-Bolkvadze* overweegt het Hof verder dat de verplichting van de overheid om de zorg te reguleren moet zijn gericht op het waarborgen van hoge professionele standaarden in de zorg en het beschermen van het leven van patiënten (par. 77), maar aangaande medische nalatigheid beperkt blijven tot het reguleren als zodanig (par. 67). De autoriteiten zijn vervolgens wel verplicht om het effectief functioneren van het regulerende systeem te waarborgen (par. 74). Hoe pakt dit uit in de zaak *Sarishvili-Bolkvadze*? Daar hadden we, ontegenzeggelijk, te maken met een ziekenhuis dat niet beschikte over alle noodzakelijke vergunningen om de zorg te verlenen die was geboden aan G.B. en waar artsen en andere zorgverleners werkzaam waren die evenmin altijd bekwaam en bevoegd waren om alle werkzaamheden te verrichten die tot hun takenpakket behoorden. Dit werd ruiterlijk door de Georgische autoriteiten erkend. Dat het Hof daarop concludeert dat Georgië niet helemaal zijn materiële verplichtingen was nagekomen, zoals neergelegd in het nationale regulerende kader, kan daarom niet verbazen. Deze tekortkomingen waren echter van een geheel andere aard dan die in de zaak *Lopes de Sousa Fernandes*. In laatstgenoemde zaak was 'slechts' sprake van een – nota bene zeldzame – calamiteit en een gebrekkige samenwerking tussen verschillende artsen. In de zaak *Sarishvili-Bolkvadze* was het probleem veel omvangrijker en ernstiger: er was (minstens) sprake van een ziekenhuis en de aldaar werkenden artsen en andere zorgverleners die niet over de noodzakelijke vergunningen beschikten om zorg te verlenen.

5. Indien in een land ziekenhuizen, artsen en andere zorgverleners zorg aanbieden zonder te voldoen aan de wettelijke en professionele verplichtingen is het de vraag of het Hof zich niet in krachtiger bewoordingen moet uitspreken over de eventuele gevolgen in termen van art. 2 EVRM. Dat volgens het Hof niet was komen vast te staan dat sprake was van een systemisch of structureel tekortschietend systeem van gezondheidszorg, doet hieraan niet af. Het laten bieden van zorg door instellingen en professionals die niet over de noodzakelijke vergunningen beschikken vormt een groot gevaar voor de volksgezondheid en de patiëntveiligheid, waaronder het recht op leven. Hoeveel meer tekortkomingen moet een systeem van gezondheidszorg vertonen om te kunnen spreken van een disfunctionerend systeem? Uit niets in de bovenstaande casus blijkt dat G.B. wist dat hij zich liet behandelen in een ziekenhuis waarbinnen de professionele standaarden en de patiëntveiligheid niet waren gewaarborgd. Evenmin wordt duidelijk waarom de Georgische

autoriteiten niet (eerder) hebben ingegrepen. Een dusdanig gebrekkig systeem van gezondheidszorg vormt een ernstige bedreiging van het recht op leven en had aanleiding kunnen zijn voor het Hof om deze gebreken rechtstreeks als een ernstige schending van art. 2 EVRM aan te merken.

6. Hier staat tegenover dat er in de zaak weliswaar wordt aangenomen dat er sprake is geweest van medische nalatigheid, maar niet goed valt te begrijpen waarom klaagster geen toestemming heeft gegeven voor een autopsie bij haar overleden zoon. Had dit niet in haar nadeel moeten werken? Door haar weigering zijn ziekenhuis, artsen en andere zorgverleners, en uiteindelijk de overheid, in een situatie van bewijsnood beland. Iemand die stelt dat er sprake is geweest van een mensenrechtenschending kan mijns inziens worden aangesproken op de verplichting om maximaal mee te werken aan het onderzoek, tenzij daarvoor gegronde redenen zijn. Uit de uitspraak blijkt niets van dat laatste.

7. Het is eveneens opmerkelijk dat het betrokken ziekenhuis naar aanleiding van deze zaak de betrokken neurochirurg heeft ontslagen en twee betrokken intensivisten een waarschuwing heeft gegeven. Waarom gebeurde dit precies? Geeft het ziekenhuis hiermee niet aan dat de medische nalatigheid heel ernstig, zo niet verwijtbaar, is geweest?

8. De conclusie van dit alles is, dat het Hof in de zaak *Sarishvili-Bolkvadzedze* materiële verplichtingen van de overheid aangaande de organisatie van de zorg wel erg beperkt uitlegt, in de zin van enkel een verplichting om te zorgen voor een regulerend kader omwille van de patiëntveiligheid. Het Hof gaat grotendeels voorbij aan de omstandigheid dat de autoriteiten het *de facto* toestaan dat ziekenhuizen, artsen en andere zorgverleners zorg aanbieden zonder te beschikken over de noodzakelijke diploma's. Het is spijtig dat het Hof dit laatste aspect in de bovenstaande zaak niet nader heeft uitgewerkt en volstaat met een niet-uitzonderlijke schending van art. 2 EVRM.

prof. mr. A.C. Hendriks, Hoogleraar gezondheidsrecht, Universiteit Leiden
