



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Due diligence en positieve verplichtingen: elkaar versterkende grondslagen voor overheidsaansprakelijkheid op verschillende niveaus?

Gijselaar, E.C.

Citation

Gijselaar, E. C. (2024). Due diligence en positieve verplichtingen: elkaar versterkende grondslagen voor overheidsaansprakelijkheid op verschillende niveaus? *Boom Strafblad*, 5(6), 335-341. doi:10.5553/BSb/266669012024005006004

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4196365>

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

Artikel

Due diligence en positieve verplichtingen: elkaar versterkende grondslagen voor overheidsaansprakelijkheid op verschillende niveaus?

mr. dr. drs. E.C. (Ellen) Gijselaar*

1. Introductie

Positieve mensenrechtelijke verplichtingen en due diligence worden in het mensenrechtendiscours niet altijd even scherp uit elkaar gehouden.¹ Toch hebben zij een andere achtergrond. Positieve verplichtingen zijn verplichtingen die staten dwingen om actief op te treden tegen mensenrechtenschendingen. In de context van gendergerelateerd geweld gaat het dan om verplichtingen om te voorzien in een effectief bestuurlijk en juridisch systeem, preventieve maatregelen te nemen, onderzoek in te stellen, te vervolgen en te berechten en te bestraffen.² Het transponeren van EHRM-rechtspraak naar verplichtingen die relevant zijn op (inter)nationaal niveau vraagt om een goed begrip van genoemde verplichtingen, maar ook van het belang ervan voor de bestrijding van seksueel geweld. Zoals al eerder aangestipt door Pitcher en Samadi is dit niet bij elke schakel van de

strafrechtelijke keten – wetgeving, opsporing, vervolging en berechting – even duidelijk.³

Een due diligence-norm is binnen het internationaal publiekrecht een bekende maatstaf voor het beoordelen van de onrechtmatigheid van het handelen van staten. Deze norm regelt doorgaans de interstatelijke aansprakelijkheid. Tegenwoordig komt de due diligence-norm echter ook steeds vaker voor in de context van mensenrechtenverdragen, waarin subjectieve rechten worden geformuleerd. In de context van gendergerelateerd geweld tegen vrouwen is de norm terug te vinden in het Verdrag van Istanbul. Dit verdrag beoogt een systematische hervorming van de bejegening van slachtoffers van gendergerelateerd geweld en een integrale aanpak van dit type geweld. Omdat *‘the use of the standard [of due diligence] (...) has been crucial to the advancement of our understanding of state responsibility for violence perpetrated by non-state actors’*⁴ is er opvallend weinig kritiek geuit op het gebruik van dit concept binnen deze context.⁵ Wanneer de norm en de concrete verplichtingen zoals geformuleerd in het Verdrag van Istanbul worden afgezet tegen de door het EHRM geformuleerde positieve verplichtingen, rijst de vraag wat hun toegevoegde

335

* Ellen Gijselaar is universitair docent straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden.

1 Zie V. Stoyanova, 'Due diligence versus positive obligations: Critical reflections on the Council of Europe Convention on violence against women', in: J. Niemi, L. Peroni en V. Stoyanova (Eds.), *International law and violence against women: Europe and the Istanbul Convention*, London: Routledge 2020, p. 2-3.

2 Zie hierover meer uitgebreid E.C. Gijselaar en M. Samadi, 'Van genderneutraliteit naar gendersensitiviteit: de invloed van positieve verplichtingen op de aanpak van gendergerelateerd geweld tegen vrouwen', *Boom Strafbblad* 2024, nr. 3, p. 176 e.v.

3 K.M. Pitcher en M. Samadi, 'De opsporing en vervolging van seksueel geweld door de jaren heen vanuit een genderperspectief', *Boom Strafbblad* (2)2021, nr. 5, p. 187.

4 K. Bourke-Martignoni, 'The History and Development of the Due Diligence Standard in International Law and Its Role in the Protection of Women against Violence', in: C. Benninger-Budel (Ed.), *Due Diligence and Its Application to Protect Women from Violence*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2008, p. 52.

5 Vgl. Stoyanova 2020, p. 2.

waarde is.⁶ In deze bijdrage wordt een eerste verkenning gedaan naar het antwoord op deze vraag. De bijdrage is vooral exploratief van aard en vormt een startpunt voor vervolgonderzoek.

Gekeken zal worden welke rol due diligence traditioneel inneemt in het internationale recht en er zal een vergelijking worden gemaakt met de rol die deze norm speelt in het Verdrag van Istanbul (par. 2). Daarna verken ik de relatie tussen due diligence en positieve verplichtingen (par. 3). Vervolgens behandel ik wat de wisselwerking tussen positieve verplichtingen en verplichtingen uit het Verdrag van Istanbul is (par. 4). In paragraaf 5 ga ik in op de eventuele gevolgen van deze wisselwerking voor de nationale rechter. Tot slot ga ik in op de potentiële interstatelijke aansprakelijkheid die gepaard gaat met onrechtmatig handelen doordat niet is voldaan aan de due diligence-norm (par. 6).

2. Een korte verkenning van due diligence (in het Verdrag van Istanbul)

Het begrip positieve verplichtingen geniet in strafrechtelijk Nederland inmiddels algemene bekendheid. Dat geldt in mindere mate voor due diligence.⁷ Uit een ILA-rapportage uit 2014 volgt dat due diligence een ‘fundamental feature of many disparate areas of international law’ is.⁸ Het is een bekende maatstaf voor het beoordelen van de onrechtmatigheid van *interstatelijk* (nalen en) handelen van staten.⁹ Due diligence duidt op het bestaan van een inspanningsverplichting: het nemen van alle redelijkerwijs mogelijke maatregelen teneinde een bepaald schadelijk gevolg zo veel mogelijk te voorkomen.¹⁰ Wanneer die plicht ontstaat en op welke

wijze daaraan invulling moet worden gegeven, is afhankelijk van verschillende factoren. Een tweede rapportage van ILA uit 2016 biedt op dit punt meer duidelijkheid. Het blijkt kort gezegd te gaan om ‘reasonableness’ (1), ‘control’ (2), ‘degree of risk’ (3), en ‘knowledge of an activity or potential risk’ (4).¹¹ Wat de exacte inhoud is van de verplichting, is logischerwijs sterk contextueel bepaald. Om te kunnen oordelen dat een staat is tekortgeschoten, hoeft niet vast te komen te staan dat de nagelaten maatregelen de gewraakte activiteit daadwerkelijk hadden voorkomen.¹²

In het mensenrechtenrecht ontbreekt de term due diligence doorgaans.¹³ Binnen het VN-mensenrechtenverdragssysteem wordt eerder het kader van de verplichtingen ‘to respect’, ‘to protect’ en ‘to fulfil’ gehanteerd.¹⁴ Zo bepaalt artikel 2 IVBPR dat ‘Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure [...] the rights recognized in the present Covenant’. Dit komt sterk overeen met artikel 1 EVRM,¹⁵ waaruit de positieve verplichtingen zijn afgeleid.¹⁶ Het gaat hier om verplichtingen om te beschermen en na te komen.

Alhoewel het bij het Verdrag van Istanbul¹⁷ om een verdrag van de Raad van Europa gaat, is er toch voor gekozen om in artikel 5 due diligence als term te hanteren. Het tweede lid van dit artikel bepaalt namelijk dat:

Parties shall take the necessary legislative and other measures to exercise due diligence to prevent, investigate, punish and provide reparation for acts of violence covered by the scope of this Convention that are perpetrated by non-State actors.

In het *Explanatory Report* bij het verdrag valt te lezen dat hiermee aansluiting wordt gezocht bij (ontwikkelingen in) een aantal internationale mensenrechteninstrumenten, ‘interpretations’ en rechterlijke uitspraken met betrekking tot gendergerelateerd geweld:

These include CEDAW Committee General Recommendation No. 19 on violence against women (1992), Article 4 of the United Nations General Assembly Declaration on the Elimination of Violence against Women (1993), the Convention on the Prevention of Violence

would not occur’. Zie Report of the International Law Commission, 53rd Session, UN Doc. A/56/10 (2001), p. 154.

6 Dat het hier gaat om een complexe relatie volgt onder andere uit: Stoyanova 2020.

7 Due diligence is een term die in meerdere contexten voorkomt, waaronder in de *corporate* wereld. Binnen het internationale recht heeft de term echter een specifieke betekenis. Omdat het mensenrechtenrecht ook deel uitmaakt van het internationaal recht, is het aannemelijk dat er bewust naar deze term wordt verwezen.

8 D. French en T. Stephens, *International Law Association Study Group on Due Diligence in International Law. First Report*, 7 maart 2014, p. 6.

9 R.P. Barnidge Jr., ‘The Due Diligence Principle Under International Law’, *International Community Law Review* (8) 2006, nr. 1, p. 121. Zie bijvoorbeeld Internationaal Gerechtshof 26 februari 2007, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), Judgment, I.C.J. Reports 2007, r.o. 430.

10 Zie voor een voorbeeld van een typische internationaalrechtelijke due diligence-norm: art. 3 van de Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities: ‘The State of origin shall take all appropriate measures to prevent significant transboundary harm or at any event to minimize the risk thereof.’ Dit artikel wordt als volgt toegelicht: ‘(7) The obligation of the State of origin to take preventive or minimization measures is one of due diligence. It is the conduct of the State of origin that will determine whether the State has complied with its obligation under the present articles. The duty of due diligence involved, however, is not intended to guarantee that significant harm be totally prevented, if it is not possible to do so. In that eventuality, the State of origin is required, as noted above, to exert its best possible efforts to minimize the risk. In this sense, it does not guarantee that the harm

11 T. Stephens en D. French, *ILA Study Group on Due Diligence in International Law, Second Report*, juli 2016, p. 6-13.

12 Zie in de voor deze bijdrage relevante context bijvoorbeeld CEDAW 6 augustus 2007, 5/2005 (Goekce t. Oostenrijk). In deze zaak wordt niet vereist dat met de maatregelen de dood van Goekce zou zijn voorkomen.

13 French en Stephens 2014, p. 6.

14 Ontleend aan H. Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and US Foreign Policy*, Princeton: Princeton University Press 1996.

15 Dit artikel houdt in dat de verdragsstaten een ieder die ressorteert onder hun rechtsmacht de rechten en vrijheden die zijn vastgesteld in het EVRM dienen te verzekeren.

16 Zie hierover E.C. Gijsselaar, *Positieve verplichtingen en aansprakelijkheid. De invloed van positieve verplichtingen uit het EVRM op het Nederlandse civiele overheidsaansprakelijkheidsrecht en het materiële strafrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 35-36.

17 Zie over dit verdrag meer uitgebreid: I. Boerefijn, ‘Het Verdrag van Istanbul. Een nieuw instrument voor het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld’, *NTM/NJCM-bull.* 2017/30.

*against Women (Convention of Belém do Pará, 1994) (...) as well as the Council of Europe Recommendation Rec(2002)5 of the Committee of Ministers to member states on the protection of women against violence (2002). Furthermore, the content of Article 5 reflects the case-law of the European Court of Human Rights.*¹⁸

In het eerstgenoemde instrument worden staten opgeroepen om gepaste en effectieve maatregelen te treffen ‘to overcome all forms of gender-based violence, whether by public or private act’.¹⁹ Met het als tweede genoemde instrument, de *UN Declaration on the Elimination of Violence Against Women*, wordt intiem partnergeweld gezien als een mensenrechtenkwestie. Met die erkenning kunnen mensenrechtelijke instrumenten worden ingezet om de benodigde overheidsactie in gang te zetten. Deze en andere internationale oproepen vinden op Europees niveau gehoor met de aanbeveling van het Ministercomité van de Raad van Europa.²⁰ In de laatste zin in het citaat wordt bedoeld op *Opuz/Turkije*. In deze zaak overwoog het EHRM dat de ‘positive obligation to protect the right to life (...) requires state authorities to display due diligence, for example by taking preventive operational measures, in protecting an individual whose life is at risk’.²¹ De beschreven initiatieven streven naar een systemische hervorming van de bejegening van slachtoffers en/of een integrale aanpak van gendergerelateerd geweld. De verankering van gendergerelateerd geweld in de verschillende internationale (mensenrechten)instrumenten en de daarbij gemaakte koppeling met de ongelijke machtsverdeling in de samenleving, brengt mee dat het van belang is te erkennen dat het hier om een mondiale kwestie gaat die *iedereen* aangaat, oftewel een interstatelijke kwestie.²²

Het Verdrag van Istanbul bevat verschillende concrete verplichtingen die aangeven welke maatregelen staten moeten nemen om te voldoen aan de due diligence-norm.²³ Het gaat daarbij allereerst om materieelrechtelijke verplichtingen, zoals de strafbaarstelling van bepaalde vormen van geweld en dwang jegens vrouwen (hoofdstuk V). Daarnaast worden in het verdrag verplichtingen geformuleerd die betrekking hebben op de opsporing en vervolging van seksuele misdrijven. Zo wordt voorgeschreven dat de opsporing en vervolging een zekere mate van voortvarendheid (onverwijld en

adequaat) dienen te hebben, ook wat het veiligstellen van bewijsmateriaal betreft (hoofdstuk VI). Ook wordt aangestuurd op een geïntegreerde aanpak, waarbij politie tezamen met andere hulpverlenende instanties ondersteuning biedt aan het slachtoffer (hoofdstuk IV). Artikel 5 lid 2 van het Verdrag van Istanbul reikt (uiteraard) verder dan de specifieke bepalingen die in (de verschillende hoofdstukken van) het verdrag zijn opgenomen.²⁴

3. Positieve verplichtingen versus due diligence: een eerste verkenning

Op basis van een eerste vergelijking tussen due diligence en positieve verplichtingen valt een aantal zaken op. Allereerst zijn niet alle positieve verplichtingen geformuleerd als inspanningsverplichting. Het kan ook om resultaatsverplichtingen gaan. Een voorbeeld hiervan zijn verplichtingen tot strafbaarstelling en de verplichting om een ‘law-enforcement machinery’ in het leven te roepen ‘for the prevention, suppression and punishment’ op grond van deze strafbaarstellingen.²⁵ Dat betekent concreet dat het strafprocesrecht van de verdragsstaten voldoende bevoegdheden moet bevatten om strafbare feiten te kunnen onderzoeken, vervolgen en bestraffen. Wanneer het om het functioneren van autoriteiten in concrete zaken gaat, kan due diligence wel een rol spelen.²⁶ Zo dient een onderzoek bijvoorbeeld te worden opgestart ‘where an individual raises an arguable claim’²⁷ of ‘makes a credible assertion’ dat in strijd met artikel 3 EVRM is gehandeld.²⁸ Genoemde maatstaven lijken een zekere mate van ‘discretion’ en ‘flexibility’ te impliceren ‘that are suggestive of the due diligence standard’.²⁹ De verplichting om preventieve maatregelen te treffen lijkt op het eerste gezicht de grootste gelijkenis te tonen met de due diligence-norm. Deze norm wordt namelijk alleen overschreden wanneer ‘the State was at fault because it knew (or should have known) about the risk of harm, but failed to take diligent measures to prevent it’.³⁰ Bij het vaststellen van de verplichting om preventieve maatregelen te nemen, kunnen verschillende criteria worden herkend die ook een rol spelen bij de beoordeling van de due diligence-norm. Het zogenoemde *Osman*-criterium, dat door het EHRM wordt gehanteerd, bevat vergelijkbare criteria: de kennis van het risico op schade, de aanwezigheid van een (reëel en onmiddellijk)

337

18 Explanatory Report, par. 58.

19 CEDAW General Recommendation No. 19 (30 januari 1992), *Violence against women*, onder 24.

20 Zie voor een meer uitgebreide bespreking van de genoemde ontwikkelingen: Pitcher en Samadi 2021, p. 183-184 en Gijselaar en Samadi 2024, p. 175-176.

21 Explanatory Report, par. 58 onder verwijzing naar EHRM 9 juni 2009, 33401/02 (*Opuz t. Turkije*), r.o. 128 e.v. Due diligence vindt (binnen de context van gendergerelateerd geweld) zijn oorsprong in *Velazquez Rodriguez t. Honduras*, een arrest van het Inter-Amerikaanse Hof voor de Rechten van de Mens. Zie IAHRM 29 juli 1988, Ser. C. No. 4 (1988) (*Velazquez Rodriguez t. Honduras*), r.o. 172-177. Het is ook terug te vinden in zaken die hebben voorgelegen bij CEDAW. Zie bijvoorbeeld CEDAW 6 augustus 2007, 5/2005 (*Goekce t. Oostenrijk*), r.o. 12.1.1-12.3.

22 Vgl. met betrekking tot het (h)erkennen van gendergerelateerd geweld als zodanig: Gijselaar en Samadi 2024, p. 175-176.

23 Stoyanova 2020, p. 1.

24 Stoyanova 2020, p. 2.

25 Zie in het kader van art. 2 EVRM, EHRM 24 oktober 2002, 37703/97 (*Mastromatteo t. Italië*), r.o. 67.

26 Zie met betrekking tot *human rights law* in algemene zin French en Stephens 2014, p. 17.

27 EHRM 28 oktober 1998, 24760/94 (*Assenov e.a. t. Bulgarije*), r.o. 102.

28 EHRM 6 april 2000, 26772/95 (*Labita t. Italië*), r.o. 131.

29 Stoyanova 2020, p. 14.

30 V. Stoyanova, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: Within and Beyond Boundaries*, Oxford: Oxford University Press 2023, p. 23 onder verwijzing naar Stephens en French 2016.

risico en de ‘*reasonableness of the failure to take any measures*’. Bij het laatste criterium onderzoekt het EHRM of er maatregelen genomen hadden kunnen worden die binnen de macht van de autoriteiten lagen en die naar redelijke verwachting het risico hadden kunnen afwenden.³¹ Het verschil met de (algemeen geformuleerde) due diligence-norm is zo op het eerste gezicht vooral gelegen in het ontbreken van het vereiste van de individualiseerbaarheid. Om een verplichting om preventieve maatregelen te treffen te kunnen aannemen, moet er op de een of andere manier een verband kunnen worden gelegd tussen het risico en een persoon (of groep personen) die mogelijk slachtoffer kan (of kunnen) worden.³²

Een laatste opvallende parallel is die tussen due diligence en de verplichting om een ‘*effective regulatory framework of protection*’ in het leven te roepen. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de verplichting om detectie- en aangifte/rapportagemechanismen in het leven te roepen.³³ Kennis over het risico en de ‘*reasonableness*’ van de te nemen maatregelen kan ook hier worden teruggevonden in de rechtspraak van het EHRM.³⁴ Het gaat hier anders dan bij de verplichting om preventieve maatregelen te nemen om een vrij algemeen geformuleerde verplichting. Het vereiste dat sprake moet zijn van identificeerbare groep personen in een concrete situatie geldt hier niet.³⁵

4. Wisselwerking tussen positieve verplichtingen en due diligence-verplichtingen uit het verdrag

Zoals in paragraaf 2 is beschreven zijn verschillende mensenrechteninstrumenten een belangrijke inspiratiebron geweest voor het Verdrag van Istanbul. De mensenrechtennormen en uitleg daarvan in de verschillende concrete zaken door nationale en internationale toezichthouders zijn dan ook erg relevant voor de doorontwikkeling van de normen in het verdrag. Tegelijkertijd beschouwt het EHRM het EVRM als ‘*living instrument*’ dat om zijn (actuele) betekenis te behouden conform de maatstaven van de tijd moet worden uitgelegd. Gesterkt door (internationale) consensus kan het Hof een nieuwe uitleg van een bepaling van het EVRM geven.³⁶ De bepalingen in het Verdrag van Istanbul bieden die gelegenheid. Het is dan ook niet verrassend dat het EHRM inmiddels in verschillende uitspraken refereert naar due diligence en/of naar de concrete verplichtingen uit het Verdrag van Istanbul.³⁷ Zo heeft het EHRM in de zaak *Talpis t. Italië*, over ernstig huiselijk geweld van een man tegen zijn echtgenote en kinderen, bijvoorbeeld gewezen op ‘*special diligence (...) in dealing with domestic violence cases*.’ Het gaat hier om een op artikel 49 gebaseerde verplichting ‘*to take the necessary legislative or other measures to ensure that investigations and judicial proceedings in relation to all forms of violence covered by the scope of this Convention are carried out without undue delay while taking into consideration the rights of the victim during all stages of the criminal proceedings*’.³⁸

In dezelfde zaak komt diligence ook aan de orde in het kader van de verplichting om preventieve maatregelen te nemen.³⁹ Sinds *Kurt t. Oostenrijk* is de ‘reëel en onmiddellijk gevaar’-toets om de verplichting om preventieve maatregelen vast te stellen nader geëxpliciteerd. In dat verband wordt verwezen naar de concrete verplichting in artikel 51 (risico-inventarisatie en risicobeheer).⁴⁰ Eerder wees Pinto de Albuquerque al in zijn dissenting opinion onder *Valiulienė* dat:

*the emerging due diligence standard in domestic violence cases is stricter than the classical Osman test, in as much as the duty to act arises for public authorities when the risk is already present, although not imminent. If a State knows or ought to know that a segment of its population, such as women, is subject to repeated violence and fails to prevent harm from befalling the members of that group of people when they face a present (but not yet imminent) risk, the State can be found responsible by omission for the resulting human rights violations. The constructive anticipated duty to prevent and protect is the reverse side of the context of widespread abuse and violence already known to the State authorities.*⁴¹

Het laat zich ook goed indenken dat het EHRM in de (nabije) toekomst nog verder gaat. Zo is het bijvoorbeeld eenvoudiger om aan te nemen dat de verplichting om een reguleringskader in het leven te roepen niet is vervuld wanneer gebruik kan worden gemaakt van specifieke verplichtingen die in het Verdrag van Istanbul zijn terug te vinden, zoals de verplichting om trainingen aan te bieden (art. 15) of het waarborgen van effectieve sa-

31 Zie over het *Osman*-criterium Gijselaar 2021, p 51-55.

32 Vgl. Gijselaar 2021, p. 53.

33 Zie bijvoorbeeld EHRM 28 januari 2014, 35810/09 (*O’Keeffe t. Ierland*), r.o. 149.

34 Vgl. Stoyanova 2020, p. 24-25.

35 Vgl. Gijselaar 2021, p. 353.

36 Zie hierover Gijselaar 2021, p. 31-33.

37 Een snelle zoektocht op HUDOC leert dat sinds de totstandkoming van het Verdrag van Istanbul op 11 mei 2011 in 22 zaken met betrekking tot gendergerelateerd geweld is verwezen naar ‘*diligence*’. In enkele zaken wordt ook verwezen naar een ‘*General Recommendation*’ van CEDAW als aanleiding om ‘*more diligent in conducting a thorough investigation*’ te zijn. Zie bijvoorbeeld EHRM 4 augustus 2020, 48756/14 (*Tërshana t. Albanië*), r.o. 157.

38 EHRM 2 maart 2017, 41237/14 (*Talpis t. Italië*), r.o. 129-132. Zie eerder ook EHRM 9 juli 2019, 41261/17 (*Volodina t. Rusland*), r.o. 92.

39 EHRM 2 maart 2017, 41237/14 (*Talpis t. Italië*), r.o. 124.

40 EHRM 15 juni 2021, 62903/15 (*Kurt t. Oostenrijk*), r.o. 167 (verwijzend naar art. 51 Verdrag van Istanbul). Zie hierover meer uitgebreid Gijselaar en Samadi 2024, p. 180-181.

41 Dissenting opinion van Pinto de Albuquerque onder EHRM 26 maart 2013, 33234/07 (*Valiulienė t. Litouwen*).

menwerking tussen verschillende verantwoordelijke autoriteiten (art. 18).⁴² Datzelfde geldt ten aanzien van de verplichting om preventieve maatregelen te nemen. Wanneer kan worden geput uit de verschillende in het Verdrag van Istanbul opgenomen concrete verplichtingen, vergemakkelijkt dat het vaststellen van een schending. In dat geval kan namelijk worden overwogen dat bepaalde maatregelen aangewezen waren. Naast het hiervoor aangehaalde artikel 51 kan ook worden gedacht aan preventieve interventie- en behandelprogramma's voor plegers van huiselijk geweld (art. 16 lid 1). Een dergelijke verplichting 'clearly shapes the standard of reasonableness'. Meer in het bijzonder:

*It is harder to make an argument that it is not reasonable to undertake those specific measures. It is also harder to make an argument that since the State has less control and fewer resources, a relaxation of the obligation should follow.*⁴³

Een betoog van de staat dat hier onvoldoende financiële middelen of capaciteit voor beschikbaar waren, zal zeer waarschijnlijk niet slagen.

5. Aanknopingspunten voor de Nederlandse praktijk

Om te beoordelen of er sprake is van overheidsfalen, kan de Nederlandse rechter aan verschillende typen normen toetsen. Ten eerste hebben EVRM-bepalingen, op grond waarvan positieve verplichtingen zijn geformuleerd, rechtstreekse werking. Deze bepalingen kunnen als een ieder verbindende bepalingen in de zin van de artikelen 93 en 94 Grondwet worden beschouwd.⁴⁴ De tekst en de totstandkomingsgeschiedenis van het Verdrag van Istanbul bieden geen grond om aan te nemen dat de verdragsluitende staten hebben beoogd rechtstreekse werking aan de due diligence-norm te verlenen. Wel werken sommige concrete verplichtingen uit het Verdrag van Istanbul rechtsreeks door. Wanneer zij niet worden nagekomen, is sprake van onrechtmatig handelen. Daar staat niet aan in de weg dat de wetgever of overheid keuze- of beleidsvrijheid toekomt wat betreft de te nemen maatregelen.⁴⁵ Volgens de wetgever hangt 'een aantal bepalingen (...) specifiek samen met de materie van het verdrag en zou door burgers in rechte kunnen worden

afgedwongen als de overheid in gebreke blijft'.⁴⁶ Ook is het volgens de wetgever voorstelbaar dat burgers 'de overheid in rechte kunnen aanspreken' waar het gaat om 'een aantal verplichtingen voor verdragsluitende staten om bepaalde handelingen of activiteiten wettelijk strafbaar te stellen (met name hoofdstuk V van het verdrag)'.⁴⁷ Boerefijn wijst erop dat het 'interessant [zal] zijn te zien hoe de rechter zich te zijner tijd zal opstellen wanneer een slachtoffer van huiselijk geweld de overheid in gebreke stelt inzake, bijvoorbeeld, een professional die over onvoldoende expertise beschikt waardoor zij geen passende hulp krijgt'.⁴⁸ Hiermee doelt zij op het niet vervullen van de verplichting om professionals te trainen (art. 15).

Daarnaast kan (ook) de nationale rechter de hiervoor beschreven concrete verplichtingen uit het Verdrag van Istanbul gebruiken om de positieve verplichtingen nader in te vullen. Zij bieden in onderlinge samenhang bezien potentieel soelaas bij zaken die gaan over het niet (kunnen) bieden van ambulante hulpverlening.⁴⁹ Ter illustratie kan wederom worden geput uit het werk van Boerefijn. Zij wijst op de 'geheel niet denkbeeldige situatie dat een vrouw geen veilige opvang krijgt wegens een capaciteitsprobleem en op een adres terecht komt waar haar gewelddadige partner haar vindt en haar opnieuw mishandelt'. In dat verband haalt Boerefijn artikel 23 van het verdrag aan. Dit artikel bevat een verplichting om 'wetgevende of andere maatregelen te nemen die nodig zijn voor het opzetten van passende, gemakkelijk bereikbare opvangplaatsen in voldoende aantallen teneinde veilig onderdak te bieden aan slachtoffers, in het bijzonder vrouwen en hun kinderen, en hen proactief te bereiken'. Het *Explanatory Report* maakt duidelijk dat de verplichting in het leven is geroepen 'to ensure immediate, preferably around-the-clock, access to safe accommodation for victims, especially women and children, when they are no longer safe at home.' 'Temporary housing alone or general shelters such as those for the homeless, are not sufficient and will not provide the necessary support or empowerment', zo valt te lezen.⁵⁰ Boerefijn vraagt zich af of de rechter dit ziet als een bepaling waaruit een afdwingbaar recht op toegang tot opvang kan worden afgeleid.⁵¹ Ik denk dat deze bepaling op z'n minst genomen een rol speelt in de verdere inkleuring van de positieve verplichting om een effectief reguleringskader in het leven te roepen. Het wordt met deze concrete verplichting makkelijker gemaakt om in een concrete zaak overheidsfalen aan te nemen.⁵² Gelet op eerdere rechtspraak van het EHRM is het niet aannemelijk dat de Staat zich in dit type zaken kan verschuilen

339

42 Vgl. Stoyanova 2020, p. 26. Volgens haar is het makkelijker om causaliteit vast te stellen 'when there are certain standards than can be used as initial baselines'.

43 Zie Stoyanova 2020, p. 10. Zij stelt dat het Verdrag van Istanbul 'is an expression of the coalescence around certain more specific measures that States have to undertake'.

44 Een verdragsbepaling komt alleen rechtstreekse werking toe in de zin van de art. 93 en 94 Gw wanneer deze onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht te worden toegepast. Vgl. HR 1 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3044.

45 HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549.

46 Kamerstukken II 2014/15, 34038 (R2039), 7, p. 2.

47 Kamerstukken II 2014/15, 34038 (R2039), 7, p. 2.

48 Boerefijn 2017, p. 391.

49 In 2020 was sprake van een ontoereikende capaciteit aan opvangplaatsen voor acute crisissituaties. Vgl. Regioplan, *Opvangplaatsen voor acute crisissituaties*, 6 maart 2020, p. 24.

50 Explanatory Report, par. 133.

51 Boerefijn 2017, p. 392.

52 Uit een zaak als *Bălșan t. Roemenië* lijkt te volgen dat het EHRM de kaders omtrent opvang ook daadwerkelijk betrekt in zijn beoordeling. Vgl. EHRM 23 mei 2017, 49645/09 (*Bălșan t. Roemenië*), r.o. 63.

achter een tekort aan financiële middelen die hem ten dienste staan voor het inrichten van een systeem als dusdanig.⁵³ Mocht daarover (nog) twijfel bestaan, dan biedt het Verdrag van Istanbul bij dergelijke gevallen extra munitie om te betogen dat sprake is van reguleringsfalen.

De positieve verplichting om feitelijke maatregelen te nemen, kan al dan niet in combinatie met de concrete due diligence-normen worden gebruikt om onrechtmatig overheidshandelen vast te stellen. Dat kan worden toegelicht aan de hand van de zaak *Hümeýra*. Uit de rapportage van de inspectie⁵⁴ volgt dat de aanpak van de stalking in deze zaak ernstig tekort is geschoten omdat de politie en andere organisaties onvoldoende aandacht hebben gehad voor de bescherming van Hümeýra. Zij waren onvoldoende gericht op het stoppen van de stalking en hebben niet goed samengewerkt. Dat de politie onvoldoende aandacht heeft gehad voor de bescherming van Hümeýra blijkt volgens de inspectie uit het achterwege blijven van een goede risico-inschatting. Een dergelijke analyse zou de politie ervan hebben weerhouden om zich alleen op de strafzaak te richten en niet op de veiligheid van het slachtoffer.⁵⁵ De positieve verplichting om preventieve maatregelen te nemen, biedt concrete aanknopingspunten om aan te toetsen.⁵⁶ Ondersteunend is hierbij de in paragraaf 4 beschreven (algemene) verplichting in artikel 18: de veiligheid van het slachtoffer dient bij beschermingsmaatregelen centraal staan te staan.

met de verschillende concrete verplichtingen die in het verdrag zijn opgenomen. Wat is dan wel de aanleiding geweest om de due diligence-norm op te nemen? Maakt dit onderdeel uit van een groter plan? Is het een strategie om 'broader participation in an international regime' te bevorderen? In de ILA-rapportage uit 2016 wordt hierover (in algemene zin) het volgende overwogen:

*Less rigid focus on the equivalence of obligations may encourage broader participation in an international regime, and thus, paradoxically, over time the regime may be strengthened (or, in relation to customary rules, State practice and opinio juris might develop the necessary extent and clarity to support its crystallisation). Moreover, and as a related point, the content of due diligence duties themselves are not fixed. They can and do evolve over time. Hence while a broad due diligence obligation may be an initial strategy to promote participation, once involvement increases the strictness of the applicable standard can be enhanced and mature into a more demanding system of legal accountability.*⁵⁸

Dit roept de vraag op of de opstellers van het Verdrag van Istanbul bewust ruimte hebben gelaten voor een dergelijke evolutie van verplichtingen. Dat dit geen onrealistisch scenario is, volgt wel uit de ontwikkelingen op het gebied van milieu en klimaat, een ander terrein waar positieve mensenrechtelijke verplichtingen steeds meer worden ingezet om staten tot actie te dwingen. Binnen een landsgrensoverschrijdende context is bijvoorbeeld de uit de due diligence voortvloeiende verplichting om een milieueffectbeoordeling uit te voeren inmiddels bij verschillende gelegenheden door het Internationaal Gerechtshof behandeld en geleidelijk aangescherpt.⁵⁹ Meer recent en (wellicht) nog relevanter is de (uitkomst) van het adviesverzoek dat bij het Internationaal Gerechtshof voorligt over de verantwoordelijkheid van Staten voor het beschermen van mensenrechten en het voorkomen van klimaatverandering.⁶⁰ Beide voorbeelden illustreren hoe 'the strictness of the applicable standard can be enhanced and mature into a more demanding system of legal accountability'. Wellicht hebben de opstellers van het Verdrag van Istanbul deze geleidelijke aanscherping van verplichtingen voor ogen gehad.

340

6. Staatsaansprakelijkheid op internationaal niveau?

Er blijft nog een (andere) belangrijke vraag open: waarom hebben de opstellers ervoor gekozen om de verplichting als due diligence te formuleren? Waarom werd uitgerekend voor deze terminologie gekozen? Is het doel geweest om zo veel mogelijke landen mee te krijgen? Door due diligence als een open norm of beginsel te gebruiken, worden moeilijkheden vermeden 'that can arise in agreement on precise rules (which may be impossible to achieve) and in the enforcement of such rules (which may be controversial if indeed achievable)'.⁵⁷ Dit strookt niet

7. Tot besluit

International Law en *International Human Rights Law* werden lang beschouwd als afzonderlijke, elkaar aanvullende rechtsgebieden. De in deze bijdrage beschreven ontwikkelingen laten evenwel zien dat er convergentie tussen de rechtsgebieden is. Positieve verplichtingen

53 Zie eerder ten aanzien van mechanismen voor detectie en rapportage van seksueel misbruik van kwetsbare kinderen: E.C. Gijssels, annotatie ('Dubbele kwetsbaarheid & seksueel misbruik: alle pijlen op jeugdbeschermingsautoriteiten') bij: EHRM 3 november 2022, nr. 59227/12, ECLI:CE:ECHR:2022:1103JUD005922712 (*Loste t. Frankrijk*), TVP 2023, afl. 4) p. 141.

54 Inspectie Justitie en Veiligheid, *Inspectieonderzoek naar de aanpak van de stalking door Bekir E.*, Den Haag 2019. Zie over femicide M. Samadi, 'Femicide of moord? Over het belang van een feministisch perspectief bij gendergerelateerde moorden', *RMThemis* 2024, afl. 3, p. 117-129.

55 Het lijkt hier om meer dan een incident te gaan. Zie bijvoorbeeld ook de commissie-Eenhoorn naar aanleiding van de moord op Linda van der Giesen in 2015: Commissie-Eenhoorn, *Conclusies en aanbevelingen onderzoeksrapport Twee Steden*, 17 mei 2016, p. 23.

56 Zie voor een beschrijving van de rechtspraak over de preventieve maatregelen op dit terrein Gijssels en Samadi 2024, p. 180-182.

57 Stephens en French 2016, p. 3.

58 Stephens en French 2016, p. 3.

59 Internationaal Gerechtshof 20 april 2010, ECLI:NL:XX:2010:BM7381 (*Argentina t. Uruguay*).

60 ICJ Request for Advisory Opinion: Obligations of States in Respect to Climate Change, 29 maart 2023.

tingen, de due diligence-norm en (andere) concrete verplichtingen uit het Verdrag van Istanbul smelten steeds meer samen. Dat maakt de rechtspraak diffuus. Niet overal is duidelijk wat precies met ‘*diligence*’ wordt bedoeld. Om dit te verhelderen is verder onderzoek nodig.

Er is al een sterke wisselwerking tussen het Verdrag van Istanbul en de rechtspraak van het EHRM. De nationale rechter kan hierin ook een rol spelen. Verplichtingen kunnen verder worden geïnterpreteerd in het nationale (civiele) recht. Dit versterkt de dialoog tussen de rechterlijke instanties. Het is bepaald niet ondenkbaar dat het EHRM vervolgens ook weer op de Nederlandse rechtspraak voortbouwt.⁶¹

Het moge duidelijk zijn dat het bij gendergerelateerd geweld tegen vrouwen om een *common concern* gaat. Het gaat hier om meer dan de enkele aantasting van nationale belangen. Door een due diligence-norm op te nemen in het Verdrag van Istanbul krijgt de problematiek een prominente plaats in de nationale en internationale context. De grote vraag is of dit uiteindelijk ook kan leiden tot staatsaansprakelijkheid op het hoogste niveau. Waar het om milieu en klimaat gaat, lijkt dit al vrij snel te worden aangenomen. Indachtig CEDAW en de inspanningen van de VN om de gelijkheid tussen man en vrouw te bevorderen, lijkt in diezelfde lijn bepleit te kunnen worden dat het ook bij gendergerelateerd geweld tegen vrouwen gaat om een structureel probleem dat ons allemaal aangaat. Ook hier zou op interstatelijk niveau geoordeeld moeten kunnen worden door bijvoorbeeld het Internationaal Gerechtshof.

Voorlopig liggen de mogelijkheden echter nog vooral dicht bij huis. De Nederlandse (civiele) rechter kan (rechtstreeks) toetsen aan verplichtingen die uit het internationaal recht voortvloeien. Daarmee kan op nationaal niveau een minimumniveau van bescherming worden gewaarborgd. Daarnaast kunnen ontwikkelingen in de Nederlandse rechtspraak ook fungeren als katalysator voor de verdere ontwikkeling van due-diligence normen en positieve verplichtingen. Deze mogelijkheid dient niet onbenut te blijven, zeker nu het EHRM (en mogelijk ook de opstellers van het Verdrag van Istanbul) een dialoog tussen rechters voor ogen heeft gehad.

61 Zo bouwt het EHRM in *KlimaSeniorinnen* in de context van milieu Voort op de *Urgenda*-uitspraak van de Nederlandse Hoge Raad. Vgl. EHRM 9 april 2024, 53600/20 (*Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e.a. t. Zwitserland*).