

Aansprakelijkheid voor seksueel misbruik in het licht van de positieve verplichtingen: vervlechting van domeinen

*Renée Kool**

1 Inleiding

Deze bijdrage gaat over de aansprakelijkheid voor de staat wegens seksueel misbruik,¹ in het bijzonder in het licht van de positieve verplichtingen. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt namelijk dat de lidstaten actief hebben te waken voor seksueel misbruik, ook wanneer dit plaatsvindt binnen betrekkingen tussen burgers onderling. Deze opstelling heeft gevolgen voor de reikwijdte van het civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht en de afstemming daarvan tot het strafrecht. De opdracht tot adequate preventie en redressering die is te beluisteren in de rechtspraak van het EHRM raakt namelijk niet alleen aan de vraag naar rechtshandhaving via het aansprakelijkheidsrecht,² maar noodzaakt ook tot (hernieuwde) overdenking naar (de grenzen van) de convergentie tussen de onrechtmatige daad en het strafbare feit.³ Gevoegd bij de spanning die rechtshandhaving oproept in het (ogenschijnlijk) liberale seksuele discours roept dit de vraag op of het EHRM de lidstaten niet voor een te moeilijke opgave stelt.⁴

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. Na een korte schets van het seksuele discours (paragraaf 2), bespreek ik in hoofdlijnen de uitgangspunten besloten in de jurisprudentie van het EHRM (paragraaf 3). Tegen die achtergrond licht ik twee zaken uit: *O'Keefe tegen Ierland* (par. 4) en *Söderman tegen Zweden* (paragraaf 5),⁵ waarna deze worden geplaatst tegen de achtergrond van de ontwikkelingen binnen het nationale aansprakelijkheidsrecht (paragraaf 6). Een korte conclusie complementeert de bijdrage (paragraaf 7).

2 Het seksuele discours anno 2015

Vanaf de tachtiger jaren is binnen het Westerse discours sprake van een verhoogde maatschappelijke gevoeligheid voor seksueel misbruik.⁶ Waar in de zeventiger jaren een kortstondige liberalisering van de seksuele moraal gold, werd in de daarop volgende jaren de aandacht gericht op de 'zwarte kanten' van de seksualiteit en werd het pijnlijke, publieke geheim van het seksueel misbruik onthuld.⁷ Tegelijkertijd was – en is – sprake van een opwaardering van de seksuele identiteit in termen van mensenrechten. In dat kader spreekt Weeks van de opkomst van de 'sexual citizen', uitmondende in een 'new awareness of the importance of human sexual rights'.⁸ Voor de overheid brengt dit mee dat zij zich heeft te onthouden van te vergaande bemoeienis met het seksuele leven van haar burgers,⁹ maar tegelijkertijd heeft te waken voor schendingen van het recht op seksuele zelfbeschikking en daaraan verbonden consensualiteit.¹⁰ Tegen die achtergrond heerst een niet aflatende zorg om seksueel misbruik van minderjarigen. Sterker nog: het discours vertoont, zowel wat de betreft de strafbaarstelling als de handhaving daarvan, inmiddels trekken van 'voorzorg(strafrecht)'.¹¹ De prangende aanwezigheid van overkoepelende Europese voorschriften, verplichtende tot een adequate bestrijding van seksueel geweld op nationaal niveau verscherpt dit 'voorzorgprofiel'.¹² De rechtspraak van het EHRM inzake de positieve verplichtingen maakt deel uit van deze (politieke) realiteit.

3 Het EHRM over seksueel misbruik als mensenrechtenschending: grondtrekken

3.1 *Tussenstap*

Alvorens de uitgangspunten te schetsen die in de door het EHRM uitgevende positieve verplichtingen liggen besloten is het nodig te wijzen op de aard van de daarin gelegen aansprakelijkheid. Immers, hoewel het EHRM de staten verantwoordelijk acht voor de gevolgen van onrechtmatig particulier handelen, berust de grondslag daarvan niet op het onrechtmatig of strafbaar handelen van die specifieke handeling(en). Het zedendelict representeert immers een schending van de nationale strafrechtsorde, dat noodzaakt tot rechtsherstel in de vorm van bestraffing. Dit verwijt staat formeel gezien los van de aansprakelijkheid voor de daaruit voortvloeiende, via het civiele aansprakelijkheidsrecht te verhalen schadelijke gevolgen voor het slachtoffer.¹³ De verdragsrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid wegens tekortkomingen in te bieden bescherming tegen de mensenrechtenschending komt daar, als zelfstandige onrechtmatige overheidsdaad, bovenop. Het zedendelict vormt weliswaar de aanleiding tot het ontstaan van de overheidsaansprakelijkheid, maar niet de juridische oorzaak daarvan: die ligt in het tekort in van overheidswege geboden bescherming en constitueert de verplichting tot genoegdoening.¹⁴ Uit dien hoofde is de overheid verdragsrechtelijk verplicht om een 'efficiënte verantwoordelijkheidsdistributie' op te zetten,¹⁵ via welke de verantwoordelijkheden van particulieren jegens elkaar binnen de rechtsgemeenschap worden gewaarborgd.¹⁶ De uit dien hoofde geconstateerde aansprakelijkheid en daaraan verbonden verplichting tot het bieden van een effectieve remedie (art. 13 EVRM) is in beginsel (positief) correctief bedoeld: het is een aanwijzing voor de lidstaat om het volgende keer beter te doen.¹⁷ Deze traditionele opstelling van het EHRM waarin zij benadrukt geen bestraffende maatregelen op te willen leggen aan de lidstaten, is volgens Meurkens echter aan verandering onderhevig (zie paragraaf 3.3).¹⁸

3.2 *Grondtrekken en kleuring*

Met dit gegeven in het achterhoofd kunnen uit de jurisprudentie van het EHRM een aantal vaste aandachtspunten worden gedestilleerd op grond waarvan de overheidsaansprakelijkheid voor particulier seksueel misbruik worden gegrond. Vooropgesteld moet worden dat seksueel misbruik over het algemeen geldt als ernstige mensenrechtenschending, waarmee naast artikel 8 ook artikel 3 EVRM in het geding is. Daaruit vloeit voor lidstaten de opdracht voort om schendingen te voorkomen, hetgeen verplicht tot een adequate normstelling én effectieve handhaving daarvan.¹⁹

Van een adequate normstelling is sprake wanneer daar een voldoende preventief effect vanuit gaat ('effective deterrence').²⁰ Wanneer het zwaarwegende opzettelijke schendingen betreft, zoals het geval is bij seksueel misbruik, acht het EHRM inzet van het strafrecht aangewezen.²¹ Voor lichtere vormen van seksueel geweld kan ter afschrikking echter worden volstaan met civielrechtelijke regels uit hoofde waarvan aansprakelijkheid voor verdragsschendingen kan worden vastgesteld.²² Voorts geldt dat wanneer sprake is van een zwaarwegende publieke taak, er strengere maatstaven worden aangelegd ten aanzien van de door de staat te bieden bescherming ('inherent positive obligations').²³ Het gaat hier om taken die normaliter onder de verantwoordelijkheid van de centrale overheid vallen (bijv. onderwijs en jeugdzorg), maar door de betreffende staat zijn uitbesteed aan particulieren. Niettemin stelt het EHRM ook grenzen aan de statelijke aansprakelijkheid. Zo mag de te bieden bescherming geen onevenredig opgave vormen voor de overheid en is er geen sprake van Evenmin is sprake van een algemene plicht tot schadevergoeding voor de overheid of van een algemene aanspraak op strafvervolgning voor het slachtoffer.²⁴

Bovenstaande zijn niet meer dan algemene uitgangspunten. Als bekend moet het oordeel van het EHRM steeds worden begrepen in het licht van de omstandigheden van de voorliggende zaak, in samenhang met de aan de Staten gegunde 'margin of appreciation'. Binnen die context moet worden vastgesteld of sprake is van verwijtbaar tekort schieten van overheidswege. Bedacht moet worden dat het EHRM zich voor een afweging ziet geplaatst tussen de negatieve verplichtingen (krachtens welke de overheid zich dient te onthouden van bemoeienis met het private leven) en de positieve (welke bescherming via strafbaarstelling en/of interventie voorschrijven).²⁵ Het EHRM is zich hiervan bewust en geeft zich rekenschap van de complexiteit van de bestuurlijke taken, de onvoorspelbaarheid van het menselijk handelen en de noodzaak een keuze te maken wat betreft de inzet van de beperkte publieke middelen.²⁶ Daartoe legt het een proportionaliteitstoets aan: slechts wanneer vast kan worden gesteld dat de overheid wist, althans had moeten weten van het bestaan van het risico op een dreigende mensenrechtenschending, maar niettemin naliet in te grijpen, kan zij aansprakelijk worden gesteld. Er geldt derhalve een zeker kennisvereiste, dat zowel de identiteit van de potentiële slachtoffers als de bron van de vermeende dreiging omvat.²⁷ Daarbij mag het kennisvereiste niet verworden tot een 'impossible and disproportionate burden'.²⁸ Wat met de ene hand wordt gegeven, wordt echter met de andere teruggenomen. Van belang is namelijk voor ogen te houden dat het EHRM het kennisvereiste dynamisch opvat, ofwel uitlegt als de noodzaak tot een proactieve opstelling van de zijde van de overheid. Of, zoals verwoord in *K.U. tegen Finland*:

*'This knowledge is moreover not a statistic issue: it is the task of the state to adequately tackle new threats to human rights which may arise in a changing world (...) The fact that the obligation to provide 'protection by the law' arises from the moment the state 'ought to be aware' of such threats, moreover implies that the state may not remain passive: it requires active anticipation. The knowledge spectrum from 'does not know and ought not to know' over 'does not know but ought to know' to 'does know', illustrates an increasing level of 'conceptual proximity'.*²⁹

De achtergrond voor dit ruime kennisvereiste is de wens van het EHRM om daadwerkelijke, effectieve rechtsbescherming te bieden, welke is te verklaren vanuit haar focus op bescherming van individuele belangen.³⁰

Lavrijsen waarschuwt hier voor overspannen verwachtingen en refereert aan het oordeel van het EHRM in het richtinggevende Osman-arrest,³¹ waar werd aangenomen dat voor een verdragsschending van de zijde van de overheid geen sprake hoeft te zijn van 'gross negligence or willful disregard of the duty to protect life'.³² Steun voor deze observatie ligt, zoals hieronder wordt betoogd, ook besloten in de recente uitspraak van het EHRM in *O'Keefe tegen Ierland*. Daarmee is niet gezegd dat het enkele feit dat de overheid kennis draagt van een risico op een mogelijke verdragsschending tussen particulieren maar nalaat tijdig in te grijpen een verdragsschending constitueert. Dat oordeel moet steeds worden gezien in de omstandigheden van het geval, waartoe ook, zo blijkt onder andere uit *Söderman*, de al geëffectueerde, maar nog onvoldoende zijnde inspanningen tot afwending van dat risico door de Staat ondernomen van belang kunnen zijn.³³ Effectieve bescherming is derhalve geen resultaatsverbintenis, maar een inspanningsverbintenis.³⁴ Soms ook legt het EHRM een extra beperking aan op het kennisvereiste door te eisen dat sprake dient te zijn geweest van een ernstige tekortkoming ('significant flaw').³⁵ Vooruitlopende op de analyse kan echter wel worden opgemerkt dat de

uitleg van het kennisvereiste wanneer het gaat om seksueel misbruik tekenen draagt van een risico-aansprakelijkheid.

3.3 *Effectieve remedie en just compensation*

Indien is voldaan aan de toets van het kennisvereiste en de staat verwijtbaar tekort is geschoten, geldt dat het slachtoffer op effectieve wijze geredieerd moet worden voor de schade die hij of zij daardoor heeft geleden. Om dat mogelijk te maken moet zijn voorzien in een adequaat klachtmechanisme (art. 13 EVRM) en – na geconstateerde aansprakelijkheid – in ‘just satisfaction’ (art. 41 EVRM). Dat laatste omvat zowel de materiële schade, als de immateriële schade (non-pecuniary damages) die is veroorzaakt door het tekort in adequate bescherming tegen seksueel misbruik.³⁶ Hierbij geldt dat seksueel misbruik uit haar aard onomkeerbaar is, waardoor schadevergoeding ter remediëring van de gevolgen ervan voor de hand ligt.³⁷ Dat laatste loopt op nationaal niveau logischerwijs via de band van het aansprakelijkheidsrecht, ofwel de onrechtmatige overheidsdaad (art. 6:162 BW).³⁸ Het EHRM geeft zich daarbij rekenschap van de moeilijke taak om de schade vast te stellen respectievelijk te schatten, in het bijzonder wanneer het gaat om de vaststelling van de gevolgen van (lichamelijk en geestelijk) lijden. Het is dan ook in beginsel aan de nationale rechter de omvang van de schadevergoeding vast te stellen, met dien verstande dat deze bedragen niet lager mogen liggen dan die welke het EHRM in vergelijkbare zaken toekent.³⁹ Van belang hier ook is dat het EHRM de publieke erkenning van het slachtofferschap gelegen in de vaststelling van een verdragsschending ook ziet als vorm van redressering.⁴⁰

Reeds opgemerkt is dat de door het EHRM opgelegde verplichting tot genoegdoening niet punitief bedoeld is.⁴¹ Dat zou immers niet verenigbaar zijn met de status van het EHRM en de aan de lidstaten voorbehouden autonomie. Bovendien erkent het EHRM met deze opstelling ook de categorische scheiding tussen civiel recht en strafrecht die kenmerkend is voor de meerderheid van de nationale rechtsculturen vertegenwoordigd door de verzamelde lidstaten.⁴² Niettemin wijst Meurkens erop dat de meningen over de wenselijkheid van het gebruik van ‘punitive damages’ in het nationale aansprakelijkheidsrecht, maar ook in het internationale privaatrecht, onder invloed van veranderende conceptualiseringen van aansprakelijkheid en daaraan verbonden sturende werking van het privaatrecht aan verandering onderhevig zijn.⁴³ Sterker nog, zij wijst op een aantal recente uitspraken van het EHRM⁴⁴ en leest daarin steun voor het inlezen van een bestraffende component in de door het EHRM opgelegde genoegdoening, zij het dat deze steun niet woordelijk wordt uitgesproken.⁴⁵ Nu noemt Meurkens ‘slechts’ twee uitspraken en beiden hebben geen betrekking op seksueel misbruik, maar op ernstige schendingen van het recht op privacy. Niettemin sluiten haar observaties mijns inziens aan op de wijze waarop het EHRM in *O’Keefe* tot genoegdoening concludeert. Bovendien gaat het hier om een in de rangorde van de EVRM rechten ernstigere schending dan in de door Meurkens genoemde zaken en kan men zich de vraag stellen of nu het EHRM voor lichtere schendingen aanleiding lijkt te zien tot het bij wijze van ‘bestuurlijke bestraffing’ opleggen van geldelijke genoegdoening, dit anders zal liggen bij ernstiger tekortkomingen, zeker nu het draagvlak daarvoor onder Europeesrechtelijke- en nationaal georiënteerde civilisten lijkt toe te nemen.⁴⁶

4 **O’Keefe tegen Ierland**

Hoe nu pakt dit stramien uit in *O’Keefe* tegen Ierland en waarom acht ik het van belang deze zaak te bespreken? Voor mij ligt het struikelpunt in de te ruime, retrospectieve uitleg van het

kennisvereiste als constituerend element van de overheidsaansprakelijkheid en de daaraan verbonden 'bestrafing' van de aan Ierland opgelegde verplichting tot schadevergoeding. Vooruitlopende op de beschrijving van de zaak geef ik aan het eens te zijn met de *dissenters*, die spreken van een 'Kafkaiaans verwijt'.⁴⁷

4.1 *O'Keefe in het kort*

Louise O'Keefe wordt in de zeventiger jaren in haar jeugd misbruikt door L.H., een onderwijzer werkzaam voor de Rooms Katholieke Kerk (RKK). De RKK domineerde destijds het Ierse basisonderwijs; mogelijkheden tot het volgen van onderwijs van een andere signatuur waren er vrijwel niet. Op de betreffende school berustte de leiding bij een clericus, maar was geen sprake van kerkelijk toezicht. Wel werden door de Onderwijsinspectie periodieke controles uitgevoerd, maar die waren oppervlakkig en zeker niet gericht op mogelijk misbruik. Nadat het misbruik is uitgekomen melden de ouders dit aan de kerkelijke- en wereldlijke autoriteiten. Er wordt inadequaat gereageerd: L.H. geeft het misbruik toe, wordt op non-actief gesteld en gaat elders als leraar aan de slag waar hij in de daarop volgende twintig jaar nieuwe slachtoffers maakt. In het opsporingsonderzoek daar naar komt ook O'Keefe in beeld. Een veroordeling volgt, ook voor het misbruik van O'Keefe. Deze vordert daarop schadevergoeding via het Criminal Injuries Compensation Tribunal (CICT); die wordt toegekend maar biedt slechts partiële compensatie. Later start zij een civiele actie tegen L.H. en de Ierse Staat waarin zij zich (onder meer) beroept meer op 'vicarious liability'.⁴⁸ Er zou sprake zijn van een werkgever-werknemersrelatie op grond waarvan het onvoldoende toezicht op L.H. aan de Staat kan worden toegerekend. De Ierse rechter stelt L.H. aansprakelijk, maar de Staat niet en geeft als reden op dat de school destijds onder kerkelijk management stond. De Ierse Supreme Court deelt deze opvatting. L.H. heeft echter geen middelen, zodat O'Keefe met lege handen staat. Ze dient een klacht in bij het EHRM en stelt dat artikel 3 EVRM is geschonden: de Ierse overheid was immers eindverantwoordelijke voor het onderwijs op de National Schools en heeft destijds nagelaten adequate bescherming te bieden. Voorts ontbreekt een effectieve remedie, nu de wet geen middel geeft om schadevergoeding te eisen van de staat (art. 13 EVRM): het CITC biedt geen 'bodemprocedure' en de toegekende vergoeding is er slechts een *ex gratia* waarbij geen aansprakelijkheid voor de overheid vanwege een verdragsschending is aanvaard. Het EHRM deelt deze opvatting en stelt vast dat sprake is van bijzondere positieve verplichtingen: niettegenstaande het feit dat de dagelijkse schoolleiding in handen lag van de RKK, blijft de staat aansprakelijk voor het waarborgen van de (fysieke en psychische) veiligheid van schoolgaande kinderen.⁴⁹ Om tot die aannahme te komen volgt het EHRM een gekunstelde redenering: aangenomen wordt dat de Ierse autoriteiten anno 1973 wetenschap hadden, althans redelijkerwijs hadden moeten hebben van binnen het kerkelijk onderwijs aanwezige risico op seksueel misbruik. Die wetenschap wordt afgeleid uit het bestaan van enkele oude zedenwetten (ingevoerd rond 1861 en 1935) en rapporten over misstanden binnen de institutionele Ierse jeugdzorg. Een *expert-opinion*, waarin wordt bepleit dat men met de kennis van vandaag redelijkerwijs niet kan aannemen dat de Ierse overheid destijds had kunnen weten van het risico, wordt terzijde geschoven.⁵⁰ Het EHRM oordeelt dat de Ierse autoriteiten op grond van bestendige rechtspraak van het EHRM inzake de positieve verplichtingen op de hoogte hadden moeten zijn van de daaruit voortvloeiende zorgverplichtingen, in het bijzonder jegens kwetsbare individuen. Verschuilen achter het gegeven dat de uitvoering van het basisonderwijs op verzoek van de RKK is overgedragen aan (particuliere) derden, neemt de statelijke verantwoordelijkheid niet weg.⁵¹ Zeker niet nu, noch door de RKK, noch door de overheid, is voorzien in adequate klachtmechanismen.⁵² Benadrukt wordt dat het onderwijs een

zwaarwegende publieke verantwoordelijkheid met zich meebrengt.⁵³ De eis van exclusieve zeggenschap (aanwezig in eerdere uitspraken van het EHRM) wordt echter niet gesteld;⁵⁴ wel wordt erkend dat een vrije schoolkeuze binnen het toenmalige Ierse onderwijssysteem vrijwel onmogelijk was.⁵⁵

4.2 Evaluatie

Duidelijk is dat het EHRM zich in *O'Keefe* voor een lastige opgave stond: indien geen verdragsschending zou worden aangenomen zouden er geen adequate mogelijkheden zijn tot compensatie. De dader, L.H., was immers reeds in rechte aangesproken (zowel strafrechtelijk als civielrechtelijk), maar dit kon geen soelaas bieden. Niettemin roept het retrospectief oprekken van het kennisvereiste en het voorhouden van gebondenheid aan voorzienbare rechtsontwikkelingen gelegen in de toenmalige rechtspraak van het EHRM vraagtekens op. Deed zich anno 2016 een soortgelijke casus voor, dan zou de aansprakelijkstelling, gelet op de kennis van nu legitiem zijn, maar de feiten spelen begin jaren zeventig in het godvruchtige Ierland.⁵⁶ Waar het besef van risico's op grootschalig, kerkelijk seksueel misbruik destijds vrijwel volledig afwezig was binnen de samenleving, althans collectief werd verzwegen, rekent het EHRM het de Ierse autoriteiten aan dat zij een te groot vertrouwen hebben gesteld in de RKK. De geschiedenis heeft inmiddels geleerd dat zij daar niet alleen in stonden.

Daartegenover staat, zoals het EHRM terecht stelt, dat onderwijs deel uitmaakt van de kernactiviteiten van de Staat en derhalve extra oplettendheid vereist. Dat de Ierse autoriteiten de teugels destijds te gemakkelijk uit handen hebben gegeven is een feit, maar tegelijkertijd geldt dat het (basis)onderwijs ook elders van oudsher verschillende signaturen draagt, met daaraan verbonden aanspraken op autonomie. Die situatie gold destijds ook in Ierland. Een zwaarwegender bezwaar dan de oprekking van het kennisvereiste ligt echter in het argument van het EHRM dat de Ierse autoriteiten op de hoogte hadden kunnen zijn van hun aansprakelijkheid verplichtingen uit hoofde van de rechtspraak inzake de positieve verplichtingen. Die rechtspraak stond immers ten tijde van het misbruik van *O'Keefe* nog in de kinderschoenen. Toegegeven, er is sprake van een consistente lijn van uit hoofde van niet nagekomen positieve verplichtingen voortvloeiende overheidsaansprakelijkheid, maar die rechtspraak dateert van ná 1973, dus na het misbruik van *O'Keefe*.⁵⁷ Bovendien moet de uitleg van het verdrag, zoals het EHRM als regel aangeeft, worden geplaatst in de context van toen destijds levende opvattingen over de betekenis van het verdrag. In *O'Keefe* wordt het eerdere criterium van de aanwezigheid van een *real and immediate risk* waarvan de overheid redelijkerwijs op de hoogte had kunnen echter niet meer gesteld en wordt vanuit het heden een maatstaf van 'behoren' opgelegd aan het verleden. Daarmee construeert het EHRM een ruimer aansprakelijkheids criterium, dat neigt naar risico-aansprakelijkheid.⁵⁸ En ook de daaruit voortvloeiende compensatieverplichting krijgt zo een sterkere normatieve toon waardoor deze neigt naar 'bestrafing'.

5 Söderman tegen Zweden⁵⁹

Söderman is om andere redenen van belang voor de vraag naar de positionering van het aansprakelijkheidsrecht, namelijk vanwege redressering van seksueel misbruik via de band van het aansprakelijkheidsrecht. Daarnaast is er een gemeenschappelijk aandachtspunt met *O'Keefe*, namelijk het ontbreken van een adequaat compensatiemechanisme (art. 13 EVRM).

5.1 *Söderman* in het kort

Söderman's toenmalige stiefvader maakte via een in een wasmand verstoppte camera heimelijk opnames tijdens het douchen. Het blijkt bij gebrek aan een relevante strafbepaling niet mogelijk de stiefvader te veroordelen. De ten laste gelegde seksuele molestatie vereist namelijk dat het slachtoffer op de hoogte is geweest, wat niet het geval is. Strafvervolging ter zake van het vervaardigen van kinderpornografie is eveneens onmogelijk omdat de moeder van Söderman het beeldmateriaal destijds direct heeft vernietigd; niet vast te stellen is of de gemaakte afbeeldingen van pornografische aard zijn geweest. De Zweedse overheid is zich bewust van deze lacune in de wetgeving en is al langere tijd bezig daar een oplossing voor te vinden. Voor Söderman brengt dit geen soelaas, want zij ziet haar actie tot het verkrijgen van schadevergoeding stranden. De Zweedse wet schrijft namelijk voor dat het oordeel over de civiele vordering afhankelijk is van het besluit over de strafzaak; dat oordeel biedt – nu een vrijspraak is gevolgd – geen ingang voor schadevergoeding. De enige andere optie om schadevergoeding te krijgen is die welke is gebaseerd op 'negligence', maar ook dat is niet aan de orde, want de stiefvader heeft toegegeven dat het een 'wilful, yet impulsive act' betrof.⁶⁰ Het EHRM beoordeelt de zaak in het licht van artikel 8 EVRM, omdat de lichte vorm van seksueel misbruik dat Söderman ten deel is gevallen niet onder artikel 3 EVRM valt.⁶¹ Dat laat onverlet dat Söderman vanwege het tekort in strafrechtelijke bescherming en het vereiste van een veroordeling voor compensatie van staatswege, de kans wordt ontnomen om de dader op het vereiste niveau ter verantwoording te kunnen (doen) roepen en compensatie te vorderen. Weliswaar zou zij een onrechtmatigedaadactie tegen de Staat kunnen instellen, maar dat mag volgens het EHRM niet van haar worden verwacht.⁶² Evenmin kan van haar worden gevraagd om compensatie te vragen op grond van een algemene nationale regeling die compensatie van staatswege mogelijk maakt ná geconstateerde schending van het EVRM.⁶³ Deze voorzieningen schieten in de ogen van het EHRM tekort. Er is weliswaar sprake van een lichtere vorm van seksueel misbruik, maar de gewraakte handelingen omvatten niettemin 'the most intimate aspects of private life', hetgeen de marge wat betreft de keuze van het instrumentarium voor de lidstaten beperkt.⁶⁴

5.2 Evaluatie

Vooropgesteld moet worden dat uitspraken van het EHRM moeten worden begrepen in de context van de zaak en dat het Zweedse aansprakelijkheidsrecht een eigen signatuur kent.⁶⁵ Maar ook dan is de keuze voor compensatie via civiele weg in een zaak waarin de grondslag van de schadevergoeding duidelijk berustte op de wens van het slachtoffer de schender/dader publiek(recht)elijk ter verantwoording te kunnen roepen opmerkelijk. Temeer omdat het hier ging om opzettelijk handelen, welke categorie normaliter duidt op de noodzaak tot een adequate inzet van het strafrecht. Dat bleek in deze zaak niet mogelijk, maar feitelijk maakt het EHRM daar geen punt van. Dat kan zijn omdat de Zweedse wetgever al inspanningen had ondernomen om de wetgevingsomissie te dichten; er was geen sprake van onoplettendheid en/of volledig stilzitten. Dat kan het verwijt aan de Zweedse overheid hebben verzacht en vormt wellicht de achtergrond waarop het EHRM zich hier concentreert op een remedie via het aansprakelijkheidsrecht. Maar dat roept, gelet op de correctie die ligt besloten in een geconstateerde verdragsschending en daaruit voortvloeiende verplichting tot compensatie opnieuw de vraag op of, en in hoeverre het EHRM het aansprakelijkheidsrecht publiekrechtelijke eigenschappen toedicht, wellicht zelfs als een bestraffende functie.⁶⁶ Ook hier bespeur ik, net als in *O'Keefe*, een verandering van klankkleur die wijst op een verschuiving in de positionering van het aansprakelijkheidsrecht tegen de achtergrond van het traditioneel strikte onderscheid tussen publiek- en privaatrecht.

6 Waarheen leidt de weg...?

Zoals betoogd bespeur ik in de rechtspraak van het EHRM inzake de positieve verplichtingen betreffende seksueel misbruik de contouren van een veranderend profiel van het aansprakelijkheidsrecht. Waarnemingen van anderen, al dan niet betrekking hebbende op andersoortige schendingen sluiten daarbij aan. Dat die contouren juist duidelijk worden wanneer het gaat om zwaarwegende verdragsschendingen door particulieren, zoals onder andere bij seksueel misbruik is logisch. Juist dan gelden immers strikte eisen tot bescherming met daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid en de verplichting tot compensatie, veelal langs de band van de onrechtmatige overheidsdaad.⁶⁷ Nu kan men mij tegenwerpen dat het feit dat het aansprakelijkheidsrecht in de visie van het EHRM strekt tot remediëring van onrechtmatig overheidshandelen niet betekent dat het aansprakelijkheidsrecht dan ook een 'bestrafende dimensie' zou hebben. Verdragsschendingen moeten nu eenmaal worden geredresseerd, en het aansprakelijkheidsrecht leent zich daar als instrument het beste voor.

Hoewel ik open sta voor de tegenwerping dat wellicht niet teveel waarde moet worden gehecht aan ontwikkelingen waarover noch op nationaal niveau, noch op Europees niveau consensus bestaat, tekent zich mijns inziens toch op zijn minst een vergezicht af van een veranderend aansprakelijkheidsrecht. Nationale gedachteswisselingen over de rechtshandhavende functie van het aansprakelijkheidsrecht en de rechtspraak van het EHRM waarin de noodzaak wordt onderkend om 'publiek(rechte)lijk' genoegdoening te verschaffen aan slachtoffers van ernstige verdragsschendingen die voorkomen hadden moeten (en wellicht kunnen) worden leiden tot een kruisbestuiving tussen het private aansprakelijkheidsrecht en het strafrecht. Dat civilisten er nog steeds voor waken om het aansprakelijkheidsrecht te typeren in termen van bestraffing en men verkiest te spreken in termen van 'rechtshandhaving',⁶⁸ staat er niet aan in de weg dat het aansprakelijkheidsrecht preventieve trekken krijgt toegedicht.⁶⁹

Maar er is meer, want ook via andere wegen verwerft het civiele aansprakelijkheidsrecht een steeds publiek(rechtelijk)er profiel. Hoewel het hier niet de plaats is om daarover uit te weiden, wijs ik op het toenemende belang van schadevergoeding in het kader van het strafproces (de voeging van de benadeelde partij ex artikel 51f Sv)⁷⁰ en de bereidheid van de overheid om het slachtoffer via openbare fondsen tegemoet te treden in diens wens tot compensatie.⁷¹ Het verbindende element van dit gegeven met de hierboven besproken problematiek is dat het recht op allerlei niveaus wordt geconfronteerd met victimologische behoeften aan bescherming, met daaruit voortvloeiende aanspraken op schadevergoeding en eerherstel. Daarbij wordt het recht op allerlei wijze ingezet, via uitbreiding van strafwetgeving,⁷² verruiming van mogelijkheden tot schadevergoeding jegens de dader én – als betoogd – verruiming van de aansprakelijkheden voor de overheid in geval van tekortkomingen. Dit laatste verwijt lijkt via de positieve verplichtingen een tweeledige grondslag te krijgen. Enerzijds is er het directe verwijt van tekortschietende rechtsbescherming, een aan de overheid toe te rekenen verzuim derhalve. Anderzijds lijkt de overheidsaansprakelijkheid en daaraan gekoppelde verplichting tot compensatie ook dienst te doen als vervangend compensatiemechanisme voor het geval de dader onvoldoende verhaal biedt. Dat aspect speelt zowel in *O'Keefe*, als – zij het op andere wijze – in *Söderman*. Juridisch gezien vertaalt dit zich weliswaar in een verdragsschending (art. 13 EVRM), maar daaronder gaat een appèl schuil op maatschappelijke solidariteit met slachtoffers van door particulieren gepleegde ernstige verdragsschendingen.⁷³ Wanneer de Staat daar niet op adequate wijze aan tegemoet komt, levert dat een zelfstandig overheidsverzuim op, dat moet worden geredresseerd via het civiele aansprakelijkheidsrecht.

7 Afsluiting: steeds weer dat aansprakelijkheidsrecht ...

Al enkele decennia – en ongetwijfeld eerder – wordt gewezen op de toenadering tussen de onrechtmatige daad en het strafbare feit en de rol die de wens tot genoegdoening en schadeloosstelling daarbij spelen.⁷⁴ Aan die ontwikkeling is inmiddels een nieuw element toegevoegd: dat van redressering van verdragsschendingen op grond van nagelaten positieve verplichtingen. Ik heb dat hier toegespitst op de problematiek van het seksueel misbruik omdat op dat vlak sprake lijkt te zijn van voor het aansprakelijkheidsrecht relevante schaalvergroting. Dergelijke toepassingen van het aansprakelijkheidsrecht getuigen van een veranderend profiel van het aansprakelijkheidsrecht en de afbakening daarvan tot het publiek recht, in het bijzonder het strafrecht. Dat noodzaakt tot een herbezinning op de overeenkomsten en verschillen tussen het strafrechtelijk verwijt en de verantwoordelijkheid die ligt besloten in de onrechtmatige daad.⁷⁵ Daarbij dringt zich de vraag op in hoeverre op grond van de positieve verplichtingen toegekende compensatie via het aansprakelijkheidsrecht punitieve trekken vertoont, maar ook in hoeverre strafrechtelijke vergelding ‘pecuniaire trekken’ gaat vertonen.⁷⁶ Waar, zoals Lavrijsen aangeeft, de focus van het EHRM ligt op het bieden van individuele bescherming en redressering van de gevolgen van tekortkomingen dienaangaande, wordt aansprakelijkstelling en compensatie een ‘sociaal recht’.⁷⁷ Weliswaar is sprake van verschillende niveaus en grondslagen en kan de aansprakelijkheidstelling en daaraan verbonden compensatie uit hoofde van de positieve verplichtingen niet op één lijn worden gesteld met de uit het strafrechtelijk verwijt voortvloeiende aansprakelijkheid, de gemene deler ligt in de aanvaarding van de gedachte dát de overheid er zorg voor heeft te dragen dat dergelijke schendingen worden voorkomen en wanneer dat niet is gelukt, de schade gevolgen daarvan dient te redresseren via te creëren werkzame juridische mechanismen. Dat geeft aanleiding tot een andere profilering van het aansprakelijkheidsrecht én een herpositionering van het aansprakelijkheidsrecht tegenover het strafrecht. De tijd dat de beschermende en compenserende taken van het recht kunnen worden opgedeeld over het aansprakelijkheidsrecht en het strafrecht lijkt, mede onder invloed van de rechtspraak van het EHRM inzake de positieve verplichtingen, inmiddels voorbij.

* Dr. R.S.B. Kool is universitair hoofddocent bij het UCall, Universiteit Utrecht, Departement Rechtsgeleerdheid.

¹ Met de term ‘seksueel misbruik’ wordt een breed arsenaal aan handelingen bedoeld, strafbaar gesteld in titel XIV Wetboek van Strafrecht. Hoewel het vaak om minderjarige slachtoffers gaat kan het ook handelingen tussen meerderjarigen omvatten.

² Zie: W.H. van Boom, *Efficacious enforcement in Contract and Tort*, Den Haag: BJu 2006; A.G. Castermans, *De burger in het burgerlijk recht of de eigenschappen van perensap*, Den Haag: BJu 2009; R. Rijnhout e.a., ‘Beweging in het aansprakelijkheidsrecht’, *NTBR* 2013, afl. 5, p. 171-184; W.H. van Boom & S.D. Lindenberg (red.), *Politiek Privaatrecht*, Den Haag: BJu 2013 en R.C. Meurkens, *Punitve damages*, Deventer: Kluwer 2014. Maar ook de tegenstanders: J. Kortmann, *The Tort Law Industry*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2009; T. Hartlief, ‘Gij zult handhaven’, *NJB* 2007/15, p. 760-761 en ‘Wat staat het burgerlijk recht te doen’, *NJB* 2009/25.

² De term is ontleend aan Emaus; J.M. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: BJu 2013.

³ R.S.B. Kool, ‘(Crime) Victim’s Compensation: the Emergence of Convergents’, *Utrecht Law Review* 2013, afl. 3, p. 14-26.

⁴ EHRM 28 januari 2014, 35819/09 (zie ook; ECHR 2014/144, m.nt. R.S.B. Kool) en EHRM 12 november 2013, 7786/08 (zie ook; ECHR 2014/36, m.nt. K. Lindenberg). Omdat ik veelvuldig zal verwijzen naar deze uitspraken wordt hierna volstaan met een aanduiding van de naam en relevante rechtsoverweging.

⁶ R.S.B. Kool, *De Strafwaardigheid van seksueel misbruik*, Deventer: Kluwer 1999, hoofdstuk 2 en 4.

⁷ J.C.J. Boutellier, ‘Seksueel misbruik van kinderen: van pijnlijk geheim tot spektakel’, *Justitiële Verkenningen* 1986, afl. 9, p. 7-33 en R.S.B. Kool, ‘Schuivende panelen’, in: Wim Deetman, *Seksueel misbruik van minderjarigen in de Rooms-Katholieke Kerk*, Amsterdam: Balans 2012, deel II, p. 87-149.

⁸ J. Weeks, ‘The sexual citizen’, *Theory, Culture & Society* 1998, nr. 3-4, p. 35-52. Weeks heeft hier overigens de zogenoemde LGTB-categorie op het oog (Lesbian, Gay, Transgender & Bisexual). Zie ook: J. Weeks, ‘Seksuele deugden en alledaagse experimenten: het belang van “gewoon te zijn”’, *Ethiek en maatschappij* 2010, afl. 1, p. 5-23.

- ⁹ A. Giddens, *The transformation of intimacy. Sexuality, love and Eroticism in modern societies*, Cambridge: Polity Press, 1992. Voorts Weeks 1998, die spreekt van ‘a new “moral fluency” with incalculable consequences’ (p. 44) en K. Raes, ‘Seksuele bevrijding is ook een ethisch project. Over de instrumentalisering van de erotiek’, in: S. Haakma (red.), *Minnen met de zinnen: opvattingen over erotiek in verschillende culturen*, Utrecht: Prestige 1999, p. 11-39. Raes stelt dat de Seksuele Revolutie het seksuele slechts nog meer in een ‘consumptief keurslijf’ heeft gedrongen (p. 36).
- ¹⁰ Weeks 1998, p. 42, waar deze de seksuele emancipatie plaatst in het teken van het streven naar ‘equal relationships’.
- ¹¹ R.S.B. Kool, ‘Better safe, than sorry? Over de legitimiteit van strafbaarstelling van seksueel corrumpen van minderjarigen en grooming’, *DD* 2010, afl. 10, p. 1264-1294. Zie voor een overzicht van de wijzigingen van de zedelijkheidswetgeving onlangs: C. Kelk, ‘Uitdijende strafbaarheid van onzedelijk handelen’, *AA* 2015, afl. 6, p. 520-527.
- ¹² Verdrag inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik, *Trb.* 2008, 58 respectievelijk 2010, 156 (Verdrag van Lanzarote); Richtlijn ter bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen kinderpornografie 2011/92/EU, *PbEU* L 335. In breder verband is het Verdrag van Istanbul (2013) van belang: Verdrag inzake de bestrijding van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld, *Trb.* 2012, 2253. Daarin wordt verwezen naar het EVRM en de daaraan gerelateerde jurisprudentie.
- ¹³ Met dien verstande dat een strafrechtelijk veroordelend vonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan ex. art. 612 Rv in beginsel dwingend bewijs oplevert in een onrechtmatige daad procedure. Hier geldt echter ook dat de gedaagde via het leveren van tegenbewijs de in het vonnis gelegen aanspraak van aansprakelijkheid kan weerleggen.
- ¹⁴ L. Lavrijsen. ‘Protection by the Law: the Positive Obligations to Develop a Legal Framework to Adequately Protect ECHR Rights’, in: Y. Haeck & E. Brems, *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century*, Dordrecht: Springer 2014, p. 69-129, i.h.b. p. 72. Voorts: K. Lindenberg, ‘Zedendelicten en positieve verplichtingen’, in J.H. Gerards & C.H. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer, 2013, 501-530. Voorts in dezelfde bundel: J.H. Gerards en C.H. Sieburgh, ‘De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht. Bevindingen’, p. 531-549. Voorts: J. Simonis & J.L. de Wijkerslooth, ‘Het EVRM en het recht op strafrechtelijke handhaving’, in: P.D. Duyx & P.D.J. van Zeben, *Via Straatsburg*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 15-45.
- ¹⁵ De term is ontleend aan Somers, welke spreekt van een ‘systeemverantwoordelijkheid’; S. Somers, ‘De horizontale werking van mensenrechten en het verticale aansprakelijkheidsrecht’, *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht* 2014, nr. 4/5, p. 353-368, i.h.b. p. 361. Vgl. D. Xenos, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Londen: Routledge 2012, p. 273.
- ¹⁶ Het EHRM heeft dit vrijwel van meet af aan als uitgangspunt genomen en heeft dit voor het eerst neergelegd in *X & Y t. Nederland* (EHRM 26 maart 1985, 8978/80). Voor een overzicht: Council of Europe, *Child abuse and child pornography in the Court’s case-law. Research report*, 2011, p. 5; www.echr.coe.int/Documents/Research_report_child_abuse_ENG.pdf.
- ¹⁷ Somers 2014, p. 364-365.
- ¹⁸ Meurkens 2014, hoofdstuk 8, i.h.b. par. 8.2 en hoofdstuk 10.
- ¹⁹ O.a. EHRM 26 maart 1985, 8978/80, par. 24 (*X & Y t. Nederland*) en EHRM 4 december 2003, 39272/98, par. 150 resp. 153 (*M.C. t. Bulgarije*); EHRM 9 juni 2009, 34401/02, par. 128 (*Opuz t. Turkije*), EHRM 1 juli 2014, 25965/04, pr. 218 (*Rantsev t. Rusland*). Voor de eis van procedurele (rechts)handhaving in geval van seksueel misbruik: EHRM 26 november 2002, 3321/8/96 (*E. en anderen t. Verenigd Koninkrijk*), EHRM 10 oktober 2002, 38719/97 (*D.P. & J.C.t. Verenigd Koninkrijk*) en – voor de vraag of kan worden volstaan met (de dreiging van) civielrechtelijke schadevergoeding – EHRM 2 december 2008, 2872/02, par. 43-45 (*K.U. t. Finland*) en EHRM 8 mei 2015, 41107/10, par. 95 (*Y. t. Slovenië*). Voorts Lavrijsen 2014, par. 4.6.
- ²⁰ Xenos 2012, p. 192-193.
- ²¹ O.a. EHRM 10 mei 2001, 29392/95, par. 74 (*Z. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 26 november 2002, 33218/96 (*E. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 4 december 2003, 39272/98, par. 150 en 166 (*M.C. t. Bulgarije*). Ook: F. Tulkens, ‘The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights’, *Journal of International Criminal Justice*, 2011, nr. 9, p. 577-595, i.h.b. p. 593. Voorts Lavrijsen 2014, p. 115, waar deze wijst op de wisselwerking tussen de zwaarte van het bedreigde/geschonden recht en de te betrachten inspanningen (proportionaliteitsvereiste).
- ²² Zie Somers, 2014 en Söderman, par. 85.
- ²³ O.a. EHRM 1 april 2012, 19986/06, par. 34-35 (*Ilbeyi Kemaloglu en Meriye Kemaloglu t. Turkije*).
- ²⁴ Söderman, par. 83; Council of Europe 2011, p. 6. Voorts: EHRM 30 november 2004, 48939/99, par. 147 (*Oneryildiz t. Turkije*); EHRM 12 februari 2004, 47287/99 (*Perez t. Spanje*).
- ²⁵ Vgl. L. Lazarus, ‘Positive Obligations and Criminal Justice: Duties to Protect or Coerce’, in: J. Roberts & L. Zedner (ed), *Principled Approaches to Criminal Law and Criminal Justice*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 15 en 24. Zij duidt de positieve verplichtingen aan als ‘coercive sting’. In gelijke zin: P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.
- ²⁶ Zie EHRM 10 mei 2001, 29392/95, par. 74 (*Z. en anderen t. Verenigd Koninkrijk*): ‘The Court acknowledges the difficult and sensitive decisions facing social services and the important countervailing principle of respecting and preserving family life.’ Voorts: EHRM 9 juni 2009, 34401/02, par. 129 (*Opuz t. Turkije*), waar het EHRM rept over ‘the difficulties in policing modern societies’ en in gelijke zin EHRM 24 juli 2012, 41526/10, par. 139 (*Dordevic t. Kroatië*).
- ²⁷ Xenos 2012, p. 75-76, sprekende over ‘corresponding conditions of proximity’. Voorts L. Lavrijsen, ‘The scope of rights and the scope of obligations?’, in: E. Brems & J. Gerards, *Shaping Rights in the ECHR. The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2014a, p. 162-182, i.h.b.

p. 169 en Lavrijsen 2014, p. 72 resp. 115. In het bestek van het Nederlandse straf(proces)recht: F. Vellinga-Schootstra en W.H. Vellinga, *Positive obligations en het Nederlandse straf(proces)recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 15.

²⁸ O.a. EHRM 26 november 2002, 33218/96 (*E. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 88; EHRM 20 oktober 1998, 87/1997/871/1083, par. 115-116 (*Osman t. Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 2 december 2008, 2872/02, par. 48 (*K.U. t. Finland*). Voor een andere uitkomst: EHRM 10 oktober 2002, 38719/97, par. 100 (*D.P. en J.C. t. Verenigd Koninkrijk*); in deze zaak ging het om ernstig en langdurig seksueel misbruik van meerdere kinderen, wat niettemin niet aan de staat werd toegerekend omdat de autoriteiten daarvan gezien de omstandigheden niet van op de hoogte hadden hoeven te zijn.

²⁹ EHRM 2 december 2008, 2872/02, par. 93 (*K.U. t. Finland*). Opgemerkt zij dat het in deze zaak ging om een internet-gerelateerde kwestie. Over de proximity-test ook: Lavrijsen 2014, p. 102.

³⁰ Het principe van effectieve rechtsbescherming werd door het Hof al in 1979 geformuleerd (EHRM 9 oktober 1979, 6289/73, par. 24 (*Airy t. Ierland*)).

³¹ Lavrijsen 2014, p. 78 en par. 4.5.16; Lavrijsen 2014a, p. 173-175. Vgl. P. Leach, 'Positive Obligations from Strasbourg – Where do the Boundaries Lie?', *Interrights Bulletin* 2006, p. 1-9, <http://www.interrights.org/files/45/Bulletin%2015.3.pdf>.

³² EHRM 28 oktober 1998, 87/1997/871/1083, par. 116 (*Osman t. Verenigd Koninkrijk*).

³³ Zie Lindenbergh 2014, p. 524, waar deze erop wijst dat deze buffer tegen overheidsaansprakelijkheid kan bestaan uit de aanwezigheid van gevorderde wetgevingsaspiraties. Dat laatste speelde in *Söderman* (zie par 6). Daartegenover staat dat in *K.U. tegen Finland* de al genomen inspanningen, tegen de achtergrond van de aard van het risico (digitale verspreiding van kinderpornografie) onvoldoende werden geoordeeld; EHRM 2 december 2008, 2872/02, par. 46-48 (*K.U. t. Finland*).

³⁴ Lavrijsen 2014, p. 104; ook Xenos 2012, p. 75-76. Overigens is Lavrijsen van mening dat het stellen van zo'n voorwaarde afbreuk doet aan de omvang van de beschermingsverplichting (p. 105).

³⁵ L. Lavrijsen, 'No "Significant Flaws" in the Regulatory Framework: E.S. v. Sweden and the Lowering of Standards in the Positive Obligations Case-Law of the European Court of Human Rights', *Human Rights & International Legal Discourse* 2013, p. 145-164.

³⁶ Overigens wordt art. 13 EVRM wisselend toegepast. Soms speelt het een rol in het licht van een geconstateerde schending van art. 3 en/of 8 EVRM, andermaal wordt aan art. 13 een meer zelfstandige betekenis toegekend. In dat geval gaat het om het inadequate karakter van de remediëring op nationaal niveau als zodanig, los van enig ander vast te stellen schending. Dit laatste speelde een rol in *O'Keefe* (zie par. 5). Zie voorts: Council of Europe 2011.

³⁷ EHRM 23 januari 2014, 24125/06, par. 80 (*W. t. Slovenië*).

³⁸ Somers 2014, p. 364.

³⁹ EHRM 23 januari 2014, 24125/06, par. 83 (*W. t. Slovenië*). Uitgangspunt is dat de nationale rechter, althans wat betreft de materiële schade, het best geëquipeerd is om de omvang ervan vast te stellen zij het dat geen substantieel lagere bedragen mogen worden vastgesteld dan het Hof in vergelijkbare gevallen toekent; o.a. EHRM 10 april 2008, 21071/05, par. 49 (*Wasserman t. Rusland*).

⁴⁰ Vgl. EHRM 23 januari 2014, 24125/06, par. 79 (*W. t. Slovenië*). Ook: Lavrijsen 2014, p. 108.

⁴¹ Meurkens 2014, par. 8.2.

⁴² Meurkens 2014, hoofdstuk 6.

⁴³ Meurkens 2014, p. 235-248. Voorts hoofdstuk 8 en par. 10.2, i.h.b. p. 359 waar zij vaststelt dat in de stand van het recht vandaag de dag in verschillende Europese staten al sprake is van een *de facto* aanvaarding van andere dan geldelijke overwegingen bij het toekennen van schadevergoeding. Zie ook de in voetnoot 3 genoemde bronnen.

⁴⁴ EHRM 19 juni 2013, 27306/07 (*Krone Verlag GMBH t. Oostenrijk*) en EHRM 25 juni 2013, 30812/07 (*Trévalec t. België*).

⁴⁵ Meurkens 2014, par. 10.2.1.2, zie i.h.b. p. 356 waar zij schrijft: 'punitive damages are technically *not* (it.org.) awarded by the European Court of Human Rights'.

⁴⁶ Zie ook I. Giesen, 'Collectieve actie in Nederland en de EU: and the winner is....', *NTBR* 2013, p. 292, waar deze stelt dat de afwijzing van *punitive damages* tekort doet aan de noodzaak om recht te doen aan veranderende maatschappelijke opvattingen over de functie van het civiele aansprakelijkheidsrecht.

⁴⁷ O'Keefe, Jointly dissenting opinion of judges Zupancic, Gyulumyan, Kalaydjieva, De Gaetano & Wojtyczek, par. 9.

⁴⁸ Het beroep op rechtstreekse aansprakelijkheid werd afgewezen; van zodanige 'negligence' voortspruitende uit een 'duty of care' was volgens het Hof geen sprake gelet op de tussenpositie van de kerkelijk manager; O'Keefe, par. 185.

⁴⁹ O'Keefe, par. 146 resp. 168.

⁵⁰ O'Keefe, par. 147.

⁵¹ O'Keefe, par. 150-151 resp. 158.

⁵² Op grond van de 1965 Rules berustte de supervisie over het denominale onderwijs bij de Staat via de Inspectie; ook gold een klachtenprocedure. Daarin werd echter voorgeschreven dat de ouders zich met klachten als eerste moesten wenden tot het schoolhoofd. Deze werd geacht de klacht vervolgens voor te leggen aan de Inspectie, de laatste besliste of een procedure werd gestart (O'Keefe, par. 125). In de praktijk kwamen klachten echter niet verder dan het (kerkelijke) schoolhoofd.

⁵³ O'Keefe, par. 145-147. Verwezen wordt naar EHRM 13 juni 1979, 6833/74 (*Marckx t. België*), EHRM 9 oktober 1979, 6289/73 (*Airey t. Ierland*). Zie ook: Xenos, 2012, par. 3.4.2.

⁵⁴ Dat was wel het geval in EHRM 1 april 2012, 19986/06 (*Ilbeyi Kemaloglu en Meriye Kemaloglu t. Turkije*).

⁵⁵ Vgl. EHRM 1 april 2012, 19986/06, par. 34-35 (*Ilbeyi Kemaloglu en Meriye Kemaloglu t. Turkije*).

⁵⁶ Zie voor een mogelijke oplossing: Lavrijsen 2014a, p. 173-175 Deze bepleit een concretisering van het normatieve kennisvereiste, te bewerkstelligen via een twee fasen model: nadat is geconstateerd dat het verdragsrecht in abstracto van

toepassing is, wordt de vraag of dat een verdragsschending impliceert bepaald aan de hand van een concrete toets aan de omstandigheden van het geval, met daarin besloten de vraag of het legitiem was om te verwachten dat de Staat in deze omstandigheden haar verplichting tot het bieden van bescherming na kon komen. Hoewel dit het probleem van een te open uitleg van het kennisvereiste niet geheel oplost, lijkt zo'n stappenplan – en de daarin gelegen motiveringsplicht – ons iets verder te brengen richting concretisering daarvan.

⁵⁷ Vgl. Lindenberg 2013.

⁵⁸ Vgl. EHRM 28 oktober 1998, 23452/94, par. 116 (*Osman t. VK*); EHRM 29 oktober 2013, 11160/07 (*D.F. t. Letland*).

Voorts: Tulkens 2011, p. 590, waar zij verwijst naar de overweging van het EHRM in *Oneryildiz t. Turkije* waarin wordt opgemerkt dat geen sprake was van 'negligence' in de zin van een miskenning van risico's, maar van een bewuste aanvaarding daarvan.

⁵⁹ EHRM 12 november 2013, 7786/08 (*Söderman t. Sweden*), EHRC 2014/36, m.nt. K. Lindenberg. Voor een diepgaander analyse: Lindenberg 2013.

⁶⁰ *Söderman* par. 113.

⁶¹ *Söderman*, par. 78-79 resp. 86.

⁶² *Söderman*, par. 90-91.

⁶³ *Söderman*, par. 116-117.

⁶⁴ *Söderman* par. 79. Zie ten aanzien van de zwaardere vormen van seksueel misbruik o.a. EHRM 20 maart 2012, 26692/05 (*C.A.S. en C.S. t. Roemenië*), par. 72. Deze zaak zag overigens primair op een handhavingstekort.

⁶⁵ S. Friberg & M. Sunnqvist, 'Crime and tort in Sweden: theoretical distinction, practical connection', in: M. Dyson, *Comparing Tort and Crime*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, p. 173-223.

⁶⁶ In die zin ook: Somers 2014; Somers 2014, p. 364. Hij betoogde dat standpunt ook in zijn voordracht op het op 23 oktober 2015 gehouden symposium *Positieve verplichtingen voortvloeiend uit het EVRM* (zie www.ucall.uu.nl).

⁶⁷ Vgl. Xenos 2012, p. 137: 'In the context of private interactions in which known issues of conflict interest exist, the protection of human rights cannot solely be guaranteed by some positive reactive responses and *ad hoc* (it. org.) balances.'

⁶⁸ J.M. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: BJu 2013.

⁶⁹ Vgl. het pleidooi van Emaus voor een constitutionalisering van het aansprakelijkheidsrecht; Emaus 2013. Ook Lavrijsen spreekt van 'a constitutionalized jurisprudence', echter zonder de gevolgen voor het aansprakelijkheidsrecht te duiden (Lavrijsen 2014, p. 128).

⁷⁰ Onderzoek wijst uit dat de animo onder slachtoffers om de civielrechtelijke route te bewandelen zeer gering is; W. Schrama en T. Geurts, *Civiel schadeverhaal door slachtoffers van strafbare feiten*, Den Haag: WODC 2012; J.D. M. van Dongen, M.R. Hebly & S.D. Lindenergh, *Je hebt geluk als je van een pauw mag plukken*, Rotterdam: Erasmus Universiteit 2013 en J.D.W.E. Mulder, *Compensation. The Victim's Perspective*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013.

⁷¹ Gedoeld wordt op de *Voorschotregeling benadeelde partij* (Aanwijzing Slachtofferzorg, *Stcrt.* 2010, 20476) op grond waarvan slachtoffers van overheidswege de schadevergoeding krijgen uitgekeerd die hen jegens de dader in de strafzaak is toegekend indien deze na ommekomst van acht maanden nog niet succesvol is geëxecuteerd. Tot juni 2016 gold de regeling zonder maximering voor zwaardere misdrijven, vanaf volgend jaar gaat de regeling gelden voor alle misdrijven, zij het gemaximeerd tot 500 euro. Maar ook de bereidheid om tijdelijke regelingen in het leven te roepen voor grotere schadeveroorzakende gebeurtenissen spreekt boekdelen (bijv. de Tijdelijke Regeling inzake Project X of de Tijdelijke Regeling ter compensatie van seksueel misbruik binnen justitiële jeugdinstellingen). Te denken valt aan de voorschotregeling ex artikel, welke vanaf 1 juni 2016 voor alle misdrijven gaat gelden (zij het gemaximeerd tot 500 euro).

⁷² Kelk 2015.

⁷³ Voor een rechtsfilosofische benadering van deze herpositionering van het aansprakelijkheidsrecht in het licht van de herwaardering van fundamentele rechten, in samenhang met de behoefte aan procedurele rechtvaardigheid wijs ik op het debat rondom 'civil recourse'. O.a. R.A. Duff, 'Repairing Harms and Answering for Wrongs', in: J. Oberdieck (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 2014, hoofdstuk 10.

⁷⁴ O.a. A.M. Hol en J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995; T. Cleiren, 'Het slachtoffer eenpersoon met rechten?', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex Libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 479-492.

⁷⁵ Kool 2013. Zo ook: Duff 2014.

⁷⁶ R.S.B. Kool, *Going public: de revival van de schadevergoedingsstraf?*, <http://blog.ucall.nl/index.php/2014/06/going-public-de-revival-van-de-schadevergoedingsstraf/>

⁷⁷ Lavrijsen 2014, p. 78.