

daadwerkelijke verkrijging van de noodzakelijke medische behandeling. De Deense artsen hadden immers aangegeven dat de aandoening zeer complex was en een behandeling geïndiceerd bestaande uit diverse medicaties en meerdere vormen van therapie, begeleiding en dagbesteding. Dan is de enkele vaststelling dat betrokkene toegelaten zal worden tot een psychiatrische instelling in Turkije dat de juiste medicijnen op voorraad heeft, als gedaan door de Deense rechter, aan de magere kant. Aldus volg ik wel dat de Denen om individuele en specifieke garanties hadden moeten vragen. Maar vervolgens beperkt het Hof die garanties tot de beschikbaarheid van een 'regular and personal contact person' (par. 64). Dat is niet enkel verrassend omdat de behandelend psychiater nog een heel aantal andere voorwaarden had genoemd, maar ook in het licht van de eerdere overweging dat de behandeling in de uitzettende staat niet de 'benchmark' is (par. 46, zie ook *Paposhvili*, par. 189). De aanwijzing van het Hof lijkt weinig ruimte te laten voor een afwijkend, maar mogelijk nog steeds adequaat, Turks behandelplan.

mr. dr. M. den Heijer
Docent Internationaal Publiekrecht, Universiteit van Amsterdam

237

Orlovi e.a. t. Bosnië-Herzegovina

Europees Hof voor de Rechten van de Mens
1 oktober 2019, 16332/18,
ECLI:CE:ECHR:2019:1001JUD001633218
(Kjølbro (President), Vehabović, Lemmens,
Motoc, Ranzoni, Schukking, Paczolay)
Noot prof. dr. A.C. Buyse, mr. C.M.S. Loven

**Recht op eigendom. Onrechtmatige
inbezitneming van eigendom na Bosnische
burgeroorlog. Restitutie van eigendom.
Positieve verplichting Staat. Specifieke
maatregelen tenuitvoerlegging uitspraak.**

[EVRM art. 6, 46; EVRM Eerste Protocol art. 1]

Klagers in deze zaak hebben tijdens de Bosnische burgeroorlog (1992-1995) hun huis en de grond en gebouwen waarvan zij eigenaar waren tijdelijk gedwongen moeten verlaten. Vervolgens heeft de gemeente op verzoek van een Servisch-Orthodoxe parochie in 1997 een deel van deze grond onteigend om daarop een kerk te kunnen bouwen. Klagers zijn over deze beslissing nooit geïnfomeerd. De kerk werd in 1998 gebouwd, terwijl pas in 2004 een bouwvergunning werd verleend. Al vanaf 1999 hebben klagers restitutieprocedures gevoerd om hun grond en gebouwen terug in eigendom te krijgen. Zowel de 'Commission for Real Property Claims of Displaced Persons and Refugees' (CRPC) als het regionale ministerie voor vluchtelingen zaken hebben in respectievelijk 1999 en 2001 vastgesteld dat klagers inderdaad de rechtmatige eigenaars zijn van het stuk grond waar het in deze zaak over gaat en dat zij recht hebben op volledige restitutie. Vervolgens hebben klagers via het ministerie voor vluchtelingen zaken en middels civiele procedures tegen de kerk geprobeerd om volledige tenuitvoerlegging van de beslissing van de CRPC en het ministerie af te dwingen. Alhoewel klagers het grootste deel van hun grond weer in bezit hebben gekregen, lukte het niet om het stuk grond waarop de kerk is gebouwd terug te krijgen.

Voor het EHRM stellen klagers dat hun recht op effectief genot van eigendom is geschonden

doordat de onrechtmatig gebouwde kerk nog steeds op hun grond staat (art. 1 Eerste Protocol EVRM). Daarnaast stellen klagers dat de beslissing van de nationale rechter in de civiele procedure in strijd is met art. 6 EVRM. Met verwijzing naar de beslissingen van de CRPC en het ministerie en het 'Dayton Peace Agreement' stelt het Hof allereerst vast dat niet is betwist dat klagers de eigenaar van het stuk grond waar het in deze zaak over gaat en dat zij recht hebben op restitutie. De vraag die het Hof moet beantwoorden is of Bosnië-Herzegovina heeft voldaan aan de positieve verplichting onder art. 1 Eerste Protocol EVRM om volledige restitutie van eigendom te realiseren. In dit verband overweegt het Hof dat de verplichting om de eigendomsrechten van klagers te beschermen betekent dat de autoriteiten stappen hadden moeten ondernemen om de beslissingen van de CRPC en het ministerie ten uitvoer te leggen. Het Hof stelt vast dat de autoriteiten het tegenovergestelde hebben gedaan door bijvoorbeeld in 2004 nog een vergunning voor de kerk af te geven en daarmee de kerk toestemming te geven om op de grond te mogen blijven. Daarnaast overweegt het Hof dat de beslissingen van de CRPC en het ministerie definitief en bindend waren, maar dat de lokale autoriteiten zonder rechtvaardiging hebben geweigerd deze beslissingen ten uitvoer te leggen. Het Hof concludeert dan ook dat art. 1 Eerste Protocol EVRM is geschonden. In het licht van deze schending acht het Hof het niet noodzakelijk de klacht over art. 6 EVRM te beoordelen.

Wel formuleert het Hof onder art. 46 EVRM specifieke maatregelen die nodig zijn om een einde te maken aan de gevonden schending van art. 1 Eerste Protocol EVRM. Het Hof acht het formuleren van deze maatregelen noodzakelijk omdat de omstandigheden van deze zaak geen keuze laten wat betreft de maatregelen die moeten worden genomen om herstel te bieden. Het Hof draagt Bosnië-Herzegovina op om zo snel mogelijk, in ieder geval binnen drie maanden na het definitief worden van de uitspraak, de kerk te verwijderen om zo de beslissingen van de CRPC en het ministerie alsnog ten uitvoer te leggen.

Orlović e.a.
tegen
Bosnië-Herzegovina

De volledige uitspraak is te raadplegen op

opmaat.sdu.nl.

NOOT

1. De klagers in deze zaak zijn erfgenamen van slachtoffers van de genocide in Srebrenica in 1995 die plaatsvond tijdens de Bosnische burgeroorlog (1992-1995). Tijdens de Bosnische burgeroorlog hebben klagers hun huis en de grond waarvan zij eigenaar waren tijdelijk gedwongen moeten verlaten. De zaak betreft de restitutie van eigendom van een deel van deze grond.

2. De context van de nasleep van de burgeroorlog is cruciaal in deze zaak. Onder het Vredesverdrag van Dayton, dat in 1995 het zeer gewelddadige conflict beëindigde, had eenieder die tijdens de oorlog huis of bezit had verloren het recht op teruggave. Een speciaal daartoe opgerichte 'Commission for Real Property Claims of Displaced Persons and Refugees' (CRPC) werd opgericht om onder internationaal toezicht over teruggaveclaims te beslissen. Normatief uitgangspunt waren daarbij internationale mensenrechten, waaronder die zoals vastgelegd in het EVRM (ook al voordat Bosnië-Herzegovina dat Verdrag in 2002 ratificeerde). Tegelijkertijd bevestigde datzelfde Daytonakkoord de in de oorlog door etnische zuiveringen ontstane scheidslijnen. Het land werd een sterk gedecentraliseerde staat waarbij de meeste bevoegdheden bij twee 'entiteiten' kwamen te liggen: de Republika Srpska, waarin het stuk land van Orlović lag, en de zogenaamde 'Federatie' – een samenvoeging van kleine regio's die politiek hetzij door Bosnische Kroaten hetzij door Bosniaks (Bosnische moslims) werden gedomineerd. Met het recht op teruggave en terugkeer enerzijds en de vastlegging van de *facto* etnische verdeeldheid anderzijds bevatte het Daytonakkoord vanaf het begin juridische en politieke spanningsvelden die nog steeds niet zijn opgelost (zie in het kader van kiesrecht in dezelfde Bosnische context bijvoorbeeld EHRM 22 december 2009 (GK), nrs. 27996/06 en 34836/06, «EHRC» 2010/17, m.nt. Gerrards (*Sejdić en Finci/Bosnië en Herzegovina*); EHRM 29 oktober 2019, nr. 30100/18, ECLI:CE:ECHR:2019:1029JUD003010018 (*Baralija/Bosnië-Herzegovina*)).

3. De klagers in deze zaak zijn Bosniaks die zijn teruggekeerd naar hun stuk land dat sinds de oorlog in de door Bosnische-Serviërs gedomi-

neerde 'Entiteit' ligt. Onder zware internationale druk heeft deze Republika Srpska moeizaam en langzaam meegewerkt aan de teruggave van bezit. De Servisch-Orthodoxe kerk in dit deel van Bosnië is sterk gelieerd aan etnisch-nationalistische partijen. De bouw van kerken in dit deel van Bosnië na het conflict, zoals in de onderhavige zaak, heeft vaak geleid tot spanningen en wordt veelal gezien als een symbool en bewust signaal van dominantie van de etnisch-religieuze meerderheidsgroep (in dit geval Bosnische Serviërs) tegenover minderheden zoals de klagers in deze zaak. Het feit dat de gemeente relatief kort na de oorlog op verzoek van een parochie een deel van de grond van klagers onteigend heeft om er een kerk op te kunnen bouwen kan in dit licht worden gezien. Hoewel deze context geen expliciete rol speelt in de argumentatie van het EHRM in deze uitspraak, zijn er in het feitencomplex wel allerlei vingerafdrukken van terug te vinden. Waar de lokale gemeente de kerk sterk lijkt te steunen, hebben de klagers uiteindelijk wel voor hen gunstige beslissingen verkregen van zowel de semi-internationale CRPC alsook van het Bosnisch-Servische ministerie voor vluchtelingen zaken, dat de internationale druk waarschijnlijk sterker voelde dan de lokale autoriteiten. Al in 1999 en 2001 hebben deze instanties vastgesteld dat klagers eigenaar zijn van de grond en dat zij recht hebben op onmiddellijke restitutie. Desalniettemin hebben klagers het stuk grond waar de kerk op is gebouwd twintig jaar later nog steeds niet terug in eigendom. De bindende en definitieve beslissingen van de CRPC en het ministerie zijn dus nooit volledig ten uitvoer gelegd. Het EHRM overweegt dat klagers als gevolg hiervan een excessieve en disproportionele last hebben moeten dragen. Terwijl de verplichting uit art. 1 Eerste Protocol EVRM vereist dat de autoriteiten stappen hadden moeten ondernemen om de beslissingen van de CRPC en het ministerie ten uitvoer te leggen, hebben de autoriteiten het tegenovergestelde gedaan. Uiteraard is het ironisch, maar tegelijkertijd internationaal-juridisch correct, dat de staat Bosnië-Herzegovina als EVRM-partij hierop wordt aangesproken, terwijl die Staat politiek en feitelijk weinig controle heeft over de obstructie door lokale autoriteiten.

4. Het Hof constateert niet alleen een schending van art. 1 Eerste Protocol EVRM, maar het formuleert onder art. 46 EVRM ook specifieke maatregelen die de Staat moet nemen om een einde te maken aan de gevonden schending. Om volledige restitutie van eigendom te realiseren moet Bosnië-Herzegovina ervoor zorgen dat de kerk zo snel mogelijk wordt verwijderd. Dit art. 46-oordeel is uitzonderlijk. Het komt immers zelden voor dat het Hof aan een Staat specifieke maatregelen oplegt waarmee uitvoering moet worden gegeven aan de uitspraak. In deze annotatie wordt het art. 46-oordeel daarom nader belicht.

Bij deze bespreking komt ook de *partly dissenting opinion* van Kjølbros aan bod, waarin hij betoogt dat bij het opleggen van de maatregel meer rekening had moeten worden gehouden met de belangen van de kerk.

5. Art. 46 EVRM ziet op de bindende kracht van uitspraken van het Hof en de tenuitvoerlegging van die uitspraken. Het bepaalt dat staten gebonden zijn aan de einduitspraken van het Hof in de zaken waarbij zij partij zijn. Toezicht op de tenuitvoerlegging van uitspraken is een bevoegdheid van het Comité van Ministers van de Raad van Europa. In het overgrote deel van de gevallen waarin het Hof een schending constateert beperkt het zich tot het vaststellen van een financiële schadevergoeding, door de Staat aan het slachtoffer te betalen, maar laat het voor het overige de keuze van passende individuele en algemene maatregelen om de schending te beëindigen aan de Staat zelf. Onder toezicht van het Comité kan de Staat dan maatregelen treffen die passen in de eigen nationale rechtsorde. In zeer uitzonderlijke gevallen – in de gehele jurisprudentie van het Hof gaat het slechts om een handvol zaken – gebruikt het Hof art. 46 EVRM als rechtsbasis om heel specifiek aan te geven welke maatregelen nodig zijn. Dit is vooral het geval als het type schending naar de aard van de zaak geen echte keuze laat in de methode van rechtsherstel. In *Orlović e.a.* was dit in de visie van het Hof het geval: enkel teruggave (en dus verwijdering van de kerk) zou de schending daadwerkelijk beëindigen. Nu restitutiepogingen al zo lang hadden voortgesleept, verbond het Hof daaraan zelfs – en ook dat is vrij uitzonderlijk – een termijn: drie maanden.

6. Kjølbros is het oneens met het oordeel van de meerderheid met betrekking tot art. 46 EVRM; het opdragen tot verwijdering van de kerk. In zijn *partly dissenting opinion* betoogt Kjølbros dat het opleggen van deze maatregel problematisch is, omdat hierbij onvoldoende rekening is gehouden

met het feit dat de zaak niet alleen een geschil betreft tussen klagers en de Staat, maar ook een geschil tussen klagers en een private partij: de kerkparochie. Kjølbros is van mening dat het Hof met de opdracht tot het verwijderen van de kerk *de facto* oordeelt over een geschil tussen twee private partijen. De parochie is echter geen partij in de procedure bij het Hof en heeft daardoor niet de kans gehad om zijn belangen te verdedigen. Tegelijkertijd wordt de parochie negatief geraakt door het opleggen van maatregel. De conclusie die Kjølbros aan zijn argumentatie verbindt is dat het Hof verschillende mogelijkheden had moeten formuleren om een einde te maken aan de schending – het verwijderen van de kerk of het bieden van compensatie – en het vervolgens aan de nationale rechter had moeten laten om in een procedure tussen de klagers en de parochie tot een juiste oplossing te komen.

7. Het probleem dat Kjølbros beschrijft gaat over de situatie waarin een zaak tussen twee private partijen op nationaal niveau transformeert tot een zaak tussen een private partij en de Staat bij het EHRM. Een van de twee betrokken private partijen ‘verdwijnt’ dan als het ware uit de procedure bij het Hof. Waarbij wel moet worden opgemerkt dat, alhoewel uit de jurisprudentie van het Hof blijkt dat de ‘verdwijnde partij’, zo ook de kerkparochie, zelden als derde partij intervenieert in de procedure bij het Hof, de verdwijnde partij deze mogelijkheid wel heeft op basis van art. 36 EVRM. De situatie dat een partij uit de procedure verdwijnt kan zich voordoen in verschillende typen zaken, bijvoorbeeld zaken omtrent het recht op privé- en gezinsleven versus het recht op vrijheid van meningsuiting (zie bijv. EHRM 24 juni 2004, nr. 59320/00, ECLI:CE:ECHR:2004:0624JUD005932000, «EHRC» 2004/79, m.nt. Gerards (*Von Hannover/Duitsland no. 1*); EHRM 7 februari 2012 (GK), nrs. 40660/08, 60641/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0207JUD004066008, «EHRC» 2012/72, m.nt. De Lange en Gerards (*Von Hannover/Duitsland no. 2*)), arbeidsgelateerde zaken (zie bijv. EHRM 5 september 2017 (GK), nr. 61496/08, ECLI:CE:ECHR:2017:0905JUD006149608, «EHRC» 2018/3, m.nt. Ter Haar (*Bărbulescu/Roemenië*); EHRM 17 oktober 2019 (GK), nrs. 1874/13, 8567/13, ECLI:CE:ECHR:2019:1017JUD000187413, «EHRC» 2019/247 (*López Ribalda e.a./Spanje*)) en familiezaken (zie bijv. EHRM 14 januari 2016, nr.

30955/12, ECLI:CE:ECHR:2016:0114JUD003095512, «EHRC» 2016/76, m.nt. Florescu (*Mandet/Frankrijk*)).

8. Wat betreft de categorie familiezaken heeft Wojtyczek in de vrij recente zaak *A en B t. Kroatië* een punt gemaakt dat vergelijkbaar is met het betoog van Kjølbros (EHRM 20 juni 2019, nr. 7144/15, ECLI:CE:ECHR:2019:0620JUD000714415, «EHRC» 2019/172, m.nt. Loven (*A en B/Kroatië*)). In het kort ging deze zaak over een moeder die de vader beschuldigde van het seksueel misbruiken van hun dochter. Nadat het Kroatische openbaar ministerie had besloten het onderzoek te beëindigen en de vader niet te vervolgen, diende de moeder en dochter een klacht in bij het EHRM waarin zij klaagden over de effectiviteit van het onderzoek naar de beschuldigingen van seksueel misbruik door de vader. In zijn *concurring opinion* betoogt Wojtyczek dat aan de zaak bij het Hof een procedureel gebrek kleeft, omdat de vader geen rol heeft gespeeld in de procedure. Volgens Wojtyczek is dit problematisch, omdat het in deze zaak ook ging over de rechten en belangen van de vader en de vader ook door de uitspraak van het Hof geraakt kan worden. De vader was namelijk in twee hoedanigheden bij de zaak betrokken: als vader en wettelijk vertegenwoordiger van zijn dochter en als beschuldigde. Wojtyczek werpt daarom de vraag op of in dit soort zaken niet een bepaalde procedurele status moet worden toegekend aan de verdwijnde partij of dat het Hof in dergelijke zaken de verdwijnde partij niet actief moet uitnodigen om als derde partij te interveniëren.

9. De zaak *Orlović e.a.* die in deze annotatie centraal staat is wat betreft de inhoud niet te vergelijken met de zaak *A en B*. Dit neemt niet weg dat uit de *separate opinions* van Kjølbros en Wojtyczek blijkt dat het EHRM zich langzaam bewuster lijkt te worden van mogelijke problemen die kunnen ontstaan rond het verschijnen van de verdwijnde partij in de procedure bij het Hof. Tegelijkertijd laten de twee zaken zien dat afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval de consequentie die hieraan moet worden verbonden kan verschillen. In sommige omstandigheden kan het inderdaad gerechtvaardigd zijn dat de verdwijnde partij een rol krijgt in de procedure bij het Hof. Zo ook zou het Hof af kunnen zien van het opleggen van een art. 46-maatregel, omdat de verdwijnde partij hierdoor negatief wordt geraakt. Echter kan in de

zaak *Orlović e.a.* de vraag worden opgeworpen of de rechten en belangen van de kerk wel zo sterk in de procedure zouden moeten zijn betrokken als Kjølbros betoogt. De kerk in kwestie wordt namelijk slechts een keer per jaar gebruikt, omdat de inwoners van de gemeente niet zijn aangesloten bij de parochie die de kerk in eigendom heeft (par. 47). Bovendien miskent zijn *opinion* de hierboven geschetste politiek-juridische context post-Dayton. Het is de vraag of in die context deze kerkparochie daadwerkelijk als een losstaande private partij kan worden gezien. Het lijkt erop dat de meerderheid van de rechters in deze uitspraak zich sterker bewust waren van het recente verleden van etnische zuiveringen en de politiek-etnische context in Bosnië, waardoor de overwegingen van Kjølbros een wat theoretisch, wellicht zelfs losgezongen karakter, lijken te hebben in deze zaak.

prof. dr. A.C. Buyse
Hoogleraar rechten van de mens in multidisciplinair perspectief en directeur van het Studie- en Informatiecentrum Mensenrechten (SIM), Universiteit Utrecht

mr. C.M.S. Loven
Promovenda bij het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging, Universiteit Utrecht

238

Pastors t. Duitsland

Europees Hof voor de Rechten van de Mens
3 oktober 2019, 55225/14,
ECLI:CE:ECHR:2019:1003JUD005522514
(Grozev (President), Nußberger, Potocki,
O’Leary, Mits, Kucsko-Stadlmayer, Chanturia)
Noot mr. dr. P.E. de Morree

**Vrijheid van meningsuiting. Parlementaire
immunititeit. Holocaustontkenning. Misbruik
van recht. Eerlijk proces.**

[EVRM art. 6 lid 1, 10, 17]

Klager is lid van de Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD) en is in die hoedanigheid lid van het parlement van de deelstaat Mecklenburg-Voor-Pommeren. Op 27 januari 2010 werd in dat parlement een herdenkingsbijeenkomst gehouden voor de Holocaust. De dag erna gaf klager een speech in het parlement waarin hij kritiek uitte op de – in zijn visie – huichelachtige manier waarop de Holocaust steeds weer werd herdacht en waarin hij opmerkte dat op deze manier steeds weer de ‘Auschwitzprojecties’ van zogenaamd democratische groepen over de Duitse bevolking werden uitgestort, waarbij volgens hem de hoop bestond dat leugens zouden triomferen over de waarheid. Naar aanleiding van deze toespraak werd klager’s parlementaire immunititeit opgeheven en werd hij strafrechtelijk vervolgd en veroordeeld in verband met het schenden van de nagedachtenis van de overledenen. In hoger beroep werd dit nader gekwalificeerd als Auschwitzontkenning en daarmee als smaad. Deze uitspraak bleef ook in nader hoger beroep in stand. Voor het EHRM stelt klager dat zijn veroordeling een schending vormt van zijn door art. 10 EVRM beschermde vrijheid van meningsuiting. Het Hof stelt voorop dat het eerdere zaken waarin sprake was van Holocaustontkenning en andere statements in verband met nazi-misdrijven soms niet-ontvankelijk heeft verklaard op grond van art. 17 EVRM en soms heeft behandeld onder art. 10 EVRM. Art. 17 EVRM is alleen in uitzonderlijke gevallen van toepassing. Of het passend is